Organi dell'Associazione

Consiglio direttivo: Giuseppe Tesauro (presidente), Giandonato Caggiano (segretario generale), Patrizia De Pasquale, Alessia Di Pascale, Roberto Mastroianni, Paola Mori, Jacques Ziller

Collegio dei garanti: Antonio Tizzano, Paolo Mengozzi, Bruno Nascimbene, Ennio Triggiani

Annali

Comitato editoriale: Giandonato Caggiano e Teresa Maria Moschetta (coordinatori); Simone Marinai, Michele Messina, Paola Mori, Ilaria Ottaviano, Rossana Palladino, Emanuela Pistoia; Viviana Sachetti (segreteria)

Post

Giandonato Caggiano, Andrea Circolo

Newsletter

Karol Jablonski

Volume stampato in collaborazione con il Dipartimento di Giurisprudenza e il Centro di eccellenza di Diritto europeo dell'Università Roma Tre.

AA.VV.

ANNALI AISDUE

Volume I

CACUCCI EDITORE
BARI

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2020 Cacucci Editore – Bari
Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220
http://www.cacucciedi tore.it – e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

Indice

Presentazione XI

Sezione I

Il ruolo della Corte di giustizia nel consolidamento e nello sviluppo del diritto dell'Unione europea
Atti del I Convegno annuale, Università Roma Tre, 26-27 ottobre 2018

Koen Lenaerts, The Autonomy of European Union Law 3
Adelina Adinolfi, I fondamenti del diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia: il rinvio pregiudiziale 15
Irene Agnolucci, Andrea Biondi, Il contributo della Corte di giustizia in materia di aiuti di Stato 33
Susanna Cafaro, Il ruolo della Corte di giustizia nella definizione della politica economica e monetaria europea 47
Francesco Rossi Dal Pozzo, La giurisprudenza della Corte di giustizia sul trattamento dei dati personali 63
Antonietta Damato, L'incidenza della giurisprudenza della Corte di giustizia sul diritto penale europeo 87
Luigi Daniele, Corte di giustizia e Mercato unico 103
Fabio Ferraro, Brevi note sulla competenza esclusiva degli Stati membri in materia di sicurezza nazionale 117
Claudia Morviducci, Qualche considerazione sul come la Corte di giustizia abbia "usato" la CEDU 133
Lorenzo Federico Pace, La Corte di giustizia, la "nascita" del diritto *antitrust* europeo e i tre *building blocks* della giurisprudenza in materia di articoli 101 e 102 TFUE 147
Eleanor Spaventa, Le libertà fondamentali del Mercato 167

Sezione II

Ruolo e poteri del Parlamento europeo nella prospettiva giuridica. Rappresentatività e principio di democrazia

Atti del I Convegno interinale, Università Firenze, 10 maggio 2019

Maria Eugenia Bartoloni, Il principio democratico rappresentativo nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Il *deficit* democratico dell'UE è una premessa necessaria? 183

Ivan Ingravallo, Il (modesto) contributo dei partiti politici europei alla definizione del profilo democratico rappresentativo dell'Unione europea 195

Andrea Manzella, Parlamento europeo: un nuovo inizio? 203

Celeste Pesce, Il contributo dei parlamenti nazionali per il superamento del *deficit* democratico 211

Michele Vellano, Il ruolo del Parlamento europeo nella tutela e nella promozione della democrazia fuori dall'Unione europea 227

Enza Cirone, Le iniziative europee contro le "*fake news*" e il *microtargeting* nell'ottica della salvaguardia del principio di democrazia 239

Sezione III

Articoli

Giandonato Caggiano, Le recenti modifiche della legge "Salvini" su immigrazione e asilo nella prospettiva del diritto dell'Unione europea e della CEDU 249

Simone Marinai, La litispendenza in materia di controversie matrimoniali nello spazio giudiziario europeo 261

Paola Mori, La Corte costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE: dalla sentenza 269/2017 all'ordinanza 117/2019. Un rapporto in mutazione? 281

Lorenzo Federico Pace, Il ruolo dell'Unione nel processo di formazione delle leggi di bilancio degli Stati membri 299

Celeste Pesce, Blocchi geografici ingiustificati 313
Emanuela Pistoia, La scelta di Meseberg. Brevi note sulla rinuncia ad assorbire il MES nel quadro giuridico-istituzionale dell'Unione 325
Giuseppe Tesauro, Patrizia De Pasquale, Rapporti tra Corti e retroattività della *lex mitior* 341

Sezione IV

Note e commenti

Flavia Caloprisco, La Corte di giustizia si esprime sulla portata territoriale dell'obbligo di deindicizzare i dati personali *online* 357
Andrea Circolo, Accertamento o annullamento? La prima volta della Corte sull'art. 14, par. 2 statuto SEBC e BCE: il caso *Rimšēvičs* 369
Angela Correra, La notifica del recesso dall'Unione non incide sulla qualifica di Stato competente ai sensi del regolamento Dublino III 383
Fabio Ferraro, Il Tribunale dell'Unione riconsidera la decisione sul caso Tercas in tema di aiuti (non) di Stato alle banche 391
Gaspare Fiengo, La decisione sul regime fiscale riservato ad alcuni club di calcio professionistici spagnoli al vaglio del Tribunale dell'Unione 403
Adriano Maffeo, Gli oneri ricadenti in capo ai proponenti di un'ICE ed i poteri accordati alla Commissione 411
Teresa Maria Moschetta, La solidarietà interstatuale nella politica energetica dell'Unione europea: note a margine della sentenza del Tribunale *Polonia c. Commissione* 425
Vittoria Musardo, Note a margine del caso *Solvay*: sistemi di distribuzione chiusi e oneri di dispacciamento nel nuovo pacchetto "Energia Pulita per Tutti gli Europei" 437
Maurizio Orlandi, È indispensabile per la tutela dei lavoratori che il datore proceda all'effettiva registrazione delle ore da essi lavorate 451

Vito Rubino, I sapori fra *copyright* e altri strumenti di tutela della proprietà industriale: note a margine della sentenza *Levola* della Corte di giustizia 463

Viviana Sachetti, La nozione di autorità giudiziaria nel mandato d'arresto europeo, tra mutuo riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali 473

Presentazione

L'Associazione Italiana degli Studiosi di Diritto dell'Unione Europea (Aisdue) si propone il compito istituzionale di sostenere l'approfondimento e la diffusione della ricerca e dell'insegnamento del diritto dell'Unione europea.

Il suo Statuto prevede, tra l'altro, la promozione di convegni e dibattiti su temi di attualità e la divulgazione dei relativi contributi scientifici tramite il suo sito internet e la produzione di pubblicazioni in formato elettronico e cartaceo. Nei primi diciotto mesi di attività (maggio 2018-dicembre 2019), l'Associazione ha promosso due convegni annuali, un convegno interinale e un rilevante numero di Post. La pubblicazione dei contributi sul sito assicura una rapida diffusione e l'*open access*; la pubblicazione degli Annali ne determina il carattere scientifico tramite la cura editoriale e l'attribuzione del numero ISBN.

Il I Volume degli Annali Aisdue contiene: gli Atti del I Convegno annuale, Il "Ruolo della Corte di giustizia nel consolidamento e nello sviluppo del diritto dell'Unione europea", Università Roma Tre; gli Atti del I Convegno interinale, "Ruolo e poteri del Parlamento europeo nella prospettiva giuridica. Rappresentatività e principio di democrazia", Università di Firenze; sette articoli e undici note/commenti postati sul sito Aisdue nel periodo dal 20 febbraio 2019 al 30 dicembre 2019. Il Volume, suddiviso in quattro Parti, contiene 35 contributi scientifici.

Gli atti del II Convegno annuale "Costituzioni europee e primato del diritto dell'Unione europea", Università di Napoli Federico II e Parthenope, sono in via di compilazione e i singoli contributi vengono postati in tempo reale sul sito Aisdue. Saranno pubblicati nel prossimo Volume degli Annali.

Giandonato Caggiano
Segretario generale AISDUE

Sezione I

Il ruolo della Corte di giustizia nel consolidamento e nello sviluppo del diritto dell'Unione europea

Atti del I Convegno annuale, Università Roma Tre, 26-27 ottobre 2018

Koen Lenaerts*

The Autonomy of European Union Law

Summary: 1. Introduction. – 2. What EU law is not: it is not ordinary international law. – 3. What EU law is: an autonomous, self-sufficient and coherent system of norms. – 4. Concluding remarks.

1. The autonomy of EU law is a topic that has drawn a great deal of interest from academics since the Court of Justice of the European Union (the 'Court of Justice' or the 'Court') gave its ruling in Opinion 2/13[1]. That is perhaps unsurprising as that Opinion contains what is probably the most detailed and comprehensive analysis of the autonomy of EU law[2].

That said, when examining the concept of autonomy of EU law, one should begin by revisiting the classics. As is well known, the 'constitutionalisation' of the EU integration project began fifty five years ago when the Court of Justice delivered its ground-breaking judgment in *van Gend en Loos*[3]. In what is probably the most famous passage ever written by the Court, the latter held that

'… the [European Union] constitutes a new legal order of international law for the benefit of which the States have limited their sovereign rights, albeit within

---

* President of the Court of Justice of the European Union and Professor of European Union Law, Leuven University.

1 All opinions expressed herein are personal to the author. This article is largely based on the speech that I delivered on the occasion of the First Annual Conference of the Associazione italiana degli studiosi di diritto dell'Unione europea (AISDUE), Rome, 27 October 2018.

Opinion 2/13 (*Accession of the European Union to the ECHR*) of 18 December 2014, EU:C:2014:2454.

2 See, e.g., D. Kochenov, *EU Law without the Rule of Law: Is the Veneration of Autonomy Worth It?*, in *Yearbook of European Law*, 2015, p. 74; E. Spaventa, *A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, p. 35; P. Eeckhout, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky*, in *Fordham International Law Journal*, 2015, p. 955, and S. Peers, *The EU's Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare*, in *German Law Journal*, 2015, p. 213. But see D. Halberstam, *"It's the Autonomy, Stupid!" A Modest Defence of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward*, in *German Law Journal*, 2015, p. 105; F. Picod, *La Cour de justice a dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH. - Le mieux est l'ennemi du bien, selon les sages du plateau du Kirchberg*, in *Semaine Juridique Edition Générale*, 2015, p. 230; J. Malenovský, *Comment tirer parti de l'avis 2/13 de la Cour de l'Union européenne sur l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue générale de droit international public*, 2015, p. 705.

3 Judgment of 5 February 1963, 26/62, *van Gend & Loos*, EU:C:1963:1. See A. Tizzano, J. Kokott, S. Prechal (eds.), *50th Anniversary of the Judgment in van Gend en Loos*, Luxembourg, 2013.

limited fields, and the subjects of which comprise not only the Member States but also their nationals'[4].

Contrary to the position in relation to international agreements in general, the Court of Justice held that it is not for the constitutions of the Member States to determine whether an EU Treaty provision may produce direct effect, as that determination is to be found in 'the spirit, the general scheme and the wording' of the EU Treaty itself. Questions regarding the normative nature of EU law are to be solved in the light of the Treaties themselves.

It follows from *van Gend en Loos* that the autonomy of EU law is governed by two different, albeit intertwined, dynamics. Negatively, autonomy seeks to define what EU law is not, i.e. it is not ordinary international law. Positively, autonomy seeks to define what EU law is, i.e. an autonomous legal order that has the capacity to operate as a self-sufficient system of norms. The present contribution will focus on exploring those two dynamics of autonomy[5]. To that effect, it is divided into two parts, each focusing on one of those two dynamics. Finally, a brief conclusion supports the contention that the concept of autonomy of EU law in no way conveys the message that the EU and its law are euro-centric and that the Court of Justice seeks to insulate EU law from external influences by building legal walls that prevent the migration of ideas.

2. The autonomy of EU law may be defined in a negative fashion: EU law is not ordinary international law. Traditionally, international law has operated on the assumption that actions brought by a contracting party against another contracting party are sufficient to guarantee respect for an international agreement.

However, in *van Gend en Loos*, the Court of Justice rejected that assumption. It explained that if the judicial protection of EU rights were limited to proceedings brought by the European Commission or a Member State, that limitation 'would remove all direct legal protection of the individual rights of [Member State] nationals'. Hence, the judicial protection of EU rights is based on a system of 'dual vigilance': in addition to the supervision carried out by the European Commission and the Member States, individuals are entitled to rely on their EU rights in the national courts[6].

Van Gend en Loos established the autonomy of the EU legal order *vis-à-vis* international law. In the following years, the Court of Justice continued to distance itself from international law. For example, whilst in *van Gend en Loos*, it wrote 'the [Union] constitutes a new legal order *of international law*'[7], in subsequent judgments, the expression 'of international law' was abandoned by the Court.

For example, in *Commission v. Luxembourg*[8], decided a year and a half later, the Court of Justice refused to apply, in the context of infringement proceedings, the

---

4 Judgment of 5 February 1963, 26/62, *van Gend & Loos*, EU:C:1963:1.

5 K. Lenaerts, J.A. Gutierrez-Fons, *The European Union: a Constitutional Perspective*, in R. Schütze, T. Tridimas (eds.), *Oxford Principles of European Union Law - Volume I: The European Union Legal Order*, Oxford, 2018, at p. 103-141.

6 *Ibid.*

7 *Ibid* (emphasis added).

8 See, e.g., judgment of 13 November 1964, 90/63 and 91/63, *Commission v Luxembourg and Belgium*, EU:C:1964:80, at 631.

principle of international law according to which 'a party, injured by the failure of another party to perform its obligations, [may] withhold performance of its own' (the so-called '*exceptio non adimpleti contractus*'). '[T]he Treaty is not limited to creating reciprocal obligations between the different natural and legal persons to whom it is applicable', the Court wrote, 'but establishes *a new legal order* which governs the powers, rights and obligations of the said persons, as well as the necessary procedures for taking cognisance of and penalising any breach of it'[9].

In the same way, in *Costa v. ENEL*, the Court of Justice ruled that '[by] contrast with ordinary international treaties, the EEC Treaty has created its *own legal system* which, on the entry into force of the Treaty, became an integral part of the legal systems of the Member States and which their courts are bound to apply'[10].

Similarly, in Opinion 1/91, the Court of Justice refused to interpret the provisions of the envisaged EEA Agreement and the corresponding Treaty provisions in the same fashion, in spite of the fact that they were identically worded. The reason was that, whilst '[t]he EEA is to be established on the basis of an international treaty which, essentially, merely creates rights and obligations as between the Contracting Parties and provides for no transfer of sovereign rights to the inter-governmental institutions which it sets up', the Treaties, 'albeit concluded in the form of an international agreement, nonetheless constitut[e] the constitutional charter of a [Union] based on the rule of law'[11].

Again, this idea of autonomy finds an echo in the recent judgment of the Court of Justice in *XC and Others*[12]. That judgment constitutes an important development in the case law of the Court as it serves to illustrate the fact that the EU system of judicial protection of fundamental rights operates in a different fashion from that of other international systems of protection, such as the European Convention on Human Rights (the 'ECHR').

As I mentioned in January 2018 during my speech at the Opening of the European Court of Human Rights' (the 'ECtHR') Judicial Year, although both the ECHR and the EU legal order are committed to protecting fundamental rights, their respective systems of protection do not operate in precisely the same way. Whilst the ECHR operates as an external check on the obligations imposed by that international agreement on the Contracting Parties, the EU system of fundamental rights protection is an internal component of the rule of law within the EU[13]. That distinction can be seen clearly in *XC and Others*.

In that case, Austrian legislation provided for a judicial remedy that allowed for criminal proceedings closed by means of a final decision to be reheard in the event of a violation of the ECHR. That remedy was applicable where the ECtHR had issued a ruling finding that Austria had committed such a violation. In addition, the

---

9 *Ibid* (emphasis added).

10 Judgment of 15 July 1964, 6/64, *Costa*, EU:C:1964:66.

11 Opinion 1/91 (First Opinion on the EEA Agreement) of 14 December 1991, EU:C:1991:490, paras 20 and 21.

12 Judgment of 24 October 2018, C-234/17, *XC and Others*, EU:C:2018:853.

13 K. Lenaerts, *The ECtHR and the CJEU: Creating Synergies in the Field of Fundamental Rights Protection*, speech delivered on the occasion of the Opening of the Judicial Year at the ECtHR, 26 January 2018, Strasbourg. An article based on that speech was published in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2018, p. 9.

same applied where it was the Austrian Supreme Court itself that made that finding, provided that the conditions of admissibility set out in the ECHR were met, notably that concerning the exhaustion of domestic remedies[14]. However, the judicial remedy at issue did not apply where the final decision was adopted in breach of EU law, and in particular of the Charter of Fundamental Rights of the EU (the 'Charter'). Thus, the question that arose was whether, in order for that remedy to comply with the principles of equivalence and effectiveness, its scope had to be expanded so as to include infringements of EU law.

As to the principle of equivalence, the Court of Justice examined whether the judicial remedy at issue was, in the light of its purpose and cause of action, similar to those that seek to safeguard the rights that EU law confers on individuals[15].

On the one hand, the Court of Justice described the main features of the remedy at issue in the main proceedings. It pointed out that that remedy was functionally linked to proceedings before the ECtHR[16]. It sought to implement the rulings of the ECtHR in the Austrian legal order. In addition, it aimed to anticipate situations where the ECtHR would find that Austria had breached the ECHR. That was the reason why reliance on the remedy at issue was made conditional upon complying with the admissibility requirements set out in the ECHR[17].

On the other hand, the Court of Justice provided an overview of the constitutional framework within which judicial remedies that seek to protect EU rights operate. First, by virtue of the principles of primacy and direct effect, national measures that are incompatible with directly effective rights recognised in the Charter cannot form part of the EU legal order[18]. Second, the EU system of judicial protection entrusts national courts with responsibility for protecting effectively the rights that EU law confers on individuals. To that end, those courts may and, where appropriate, must engage in a dialogue with the Court of Justice, by means of the preliminary reference mechanism[19]. That mechanism has the object of securing uniform interpretation of EU law, thereby serving to ensure its consistency, its full effect and its autonomy as well as, ultimately, the particular nature of the law established by the Treaties. Third and last, national courts called upon to apply provisions of EU law are under a duty to give full effect to those provisions, if necessary refusing of their own motion to apply any conflicting provision of national law, and without requesting or awaiting the prior setting aside of that provision of national law by legislative or other constitutional means[20].

Accordingly, the Court of Justice reached the conclusion that the remedy in question and those that seek to protect the rights that EU law confers on individuals were not similar, given that the EU 'constitutional framework guarantees everyone the opportunity to obtain the effective protection of rights conferred by the EU legal order even before there is a national decision with the force of res judicata'[21].

14 See Article 35 ECHR.
15 Judgment of 24 October 2018, C-234/17, *XC and Others*, EU:C:2018:853, para. 27.
16 *Ibid.*, para. 31.
17 *Ibid.*, para. 34.
18 *Ibid.*, para. 37.
19 *Ibid.*, paras 40 and 41.
20 *Ibid.*, para. 44.
21 *Ibid.*, para. 46.

As to the principle of effectiveness, the Court of Justice recalled its previous case law on the principle of *res judicata*. In that regard, it held that EU law does not require a national court automatically to go back on a judgment having the authority of *res judicata* in order to take into account the interpretation of a relevant provision of EU law adopted by the Court of Justice after delivery of that judgment. Given that no element of the file called into question the effective protection of the rights of the applicants in the main proceedings, the Court ruled that the principle of effectiveness did not preclude a limitation of the scope of the remedy at issue to a violation of the ECHR. In any event, the Court of Justice added that, where a final decision is adopted in breach of EU law, applicants can still seek damages against the defaulting Member State in accordance with the *Köbler* line of case law[22].

However, the emphasis that the Court of Justice places on autonomy cannot be read as an attempt to cut the EU loose from its international law origins entirely; autonomy must not be confused with complete detachment. In the light of *van Gend en Loos* and the cases that followed, the Court strives to define the EU constitutional space, but without denying the fact that EU law influences, and is influenced by, the legal orders that surround it[23].

For example, when called upon to interpret international agreements to which the EU is a Contracting Party, the Court of Justice will interpret those agreements consistently with customary international law. For example, in *Front Polisario*[24], the Court was asked to interpret the expression 'territory of the Kingdom of Morocco' contained in the EU-Morocco Liberalisation Agreement (the 'Liberalisation Agreement'), so as to determine whether that agreement applied to the territory of Western Sahara. Taking account of the principle of self-determination, the rule codified in Article 29 of the Vienna Convention and the principle of the relative effect of treaties, the Court of Justice replied in the negative. Notably, drawing on several resolutions of the UN General Assembly and on the Advisory Opinion of the ICJ on Western Sahara, the Court observed that, since the indigenous population of Western Sahara must exercise its right to self-determination, international law accords to the territory of Western Sahara a separate and distinct status. Thus, in accordance with that principle, the expression 'territory of the Kingdom of Morocco' could not be interpreted as including the territory of Western Sahara within the geographical scope of the Liberalisation Agreement.

3. Expressed positively, the autonomy of EU law focuses on the fact that the EU legal system functions as an autonomous legal order, since it has the capacity to operate as a self-sufficient system of norms. As mentioned in my introduction, in Opinion 2/13 the Court of Justice undertook what is probably the most detailed and comprehensive analysis of the autonomy of EU law[25]. By giving concrete expres-

22 *Ibid*., paras 54, 55 and 58.

23 See J. Malenovský, *La contribution ambivalente de la Cour de justice de l'Union européenne à la saga centenaire de la domestication du droit international public*, in V. Kronenberger, M.T. D'Alessio, V. Placco (eds.), *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union à la croisée des chemins, Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Brussels, 2013, at p. 25.

24 Judgment of 21 December 2016, C-104/16 P, *Council v. Front Polisario*, EU:C:2016:973.

25 Opinion 2/13 (*Accession of the European Union to the ECHR*) of 18 December 2014, EU:C:2014:2454.

sion to the relevant passages of *van Gend en Loos* and *Costa v. ENEL*[26], the Court explained that the concept of 'autonomy' relates to the constitutional structure of the EU[27], the nature of EU law[28], the principle of mutual trust between the Member States[29], the system of fundamental rights protection provided for by the Charter[30], the substantive law of the EU that directly contributes to the implementation of the process of European integration[31], the principle of sincere cooperation[32], and the EU system of judicial protection of which the preliminary reference procedure laid down in Article 267 TFEU is conceived as its keystone[33].

One may draw five distinct conclusions from that positive understanding of autonomy. First, it is the Treaties themselves that determine whether a norm belongs to the EU legal order. The incorporation of external norms into EU law is made conditional upon those norms complying with the fundamental values and structures on which the European Union is founded[34]. If those norms fail to comply with those values and structures, then they cannot form part of EU law.

For example, the *Kadi I* and *II* judgments demonstrate that no public international law obligation may be incorporated into the constitutional fabric of the EU if compliance with that international obligation entails a violation of fundamental rights as recognised in the Charter[35]. In the same way, it follows from Opinions 1/09 and 2/13 that the EU may not enter into an international agreement the effects of which would be to compromise the judicial dialogue between the Court of Justice and national courts[36].

More recently, in *Achmea*, the Court of Justice held that the autonomy of EU law precludes an international agreement entered into by the Member States the effect of which would be to remove from the jurisdiction of national courts – and thus from the scope of the preliminary reference procedure – disputes that may involve the application and interpretation of EU law. *Achmea* clarifies that the application of EU law at national level and judicial dialogue between the courts of the Member States and the Court must *always* go hand-in-hand[37].

---

26 *Ibid.*, paras 157 to 177.

27 *Ibid.*, para. 165 (referring to the principle of conferral and to the institutional framework of the EU).

28 *Ibid.*, para. 166 (referring to the principles of primacy and direct effect).

29 *Ibid.*, paras 167 and 168.

30 *Ibid.*, paras 169 to 171.

31 *Ibid.*, para. 172 (referring to the Treaty provisions 'providing for the free movement of goods, services, capital and persons, citizenship of the Union, the area of freedom, security and justice, and competition policy').

32 *Ibid.*, para. 173.

33 *Ibid.*, paras 174 to 176.

34 See Opinions 1/00 (*Agreement on the establishment of a European Common Aviation Area*) of 18 April 2002, EU:C:2002:231, paras 21, 23 and 26; 1/09 (*Agreement creating a Unified Patent Litigation System*) of 8 March 2011, EU:C:2011:123, para. 76, and 2/13 (*Accession of the European Union to the ECHR*) of 18 December 2014, EU:C:2014:2454, para. 183.

35 Judgments of 3 September 2008, C-402/05 P and C415/05 P, *Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, EU:C:2008:461, and of 18 July 2013, C584/10 P, C593/10 P and C595/10 P, *Commission and Others v. Kadi*, EU:C:2013:518.

36 See Opinions 1/09 (Agreement creating a Unified Patent Litigation System) of 8 March 2011, EU:C:2011:123, and 2/13 (Accession of the European Union to the ECHR) of 18 December 2014, EU:C:2014:2454.

37 Judgment of 6 March 2018, C284/16, *Achmea*, EU:C:2018:158.

Moreover, as the *Pringle* case shows[38], changes to the founding Treaties may only be made in accordance with Article 48 TEU. For example, a Treaty amendment adopted under the simplified revision procedure must comply with the requirements laid down in Article 48(6) TEU[39].

Second, it is the EU law provision itself that determines whether it produces direct effect. As *van Gend en Loos* made clear, it is by interpreting the EU law provision in question that one may determine whether it vests rights in individuals which may be judicially enforced. Thus, the Treaties and EU legislation adopted pursuant to those Treaties are not mere 'programmatic' norms without legal effects. On the contrary, the very *raison d'être* of EU law is inherently linked to the creation of individual rights that are directly enforceable before national courts. For every EU right, there must be a judicial remedy. It is on this founding postulate that the entire EU system of judicial protection is based[40].

In that regard, it is worth noting that the Court of Justice has explicitly held that a right recognised in the Charter may produce horizontal direct effect where the Charter provision setting out that right is sufficient in itself and does not need to be further specified by other provisions of EU or national law in order to confer on individuals a right which they may rely on as such. Accordingly, such a right is unconditional and mandatory in nature, applying not only to action taken by public authorities, but also in disputes between private parties. Thus, the Court has noted that Articles 21 and 47 as well as the essence of Article 31(2) of the Charter may produce horizontal direct effect[41].

Third, EU law does not allow normative gaps to appear. Indeed, autonomy could hardly be achieved in a legal system that was not self-sufficient and complete. In order for the EU legal order to find its own independent space between national and international law, the fragmentation that would inevitably result from constitutional and legislative gaps cannot be allowed to persist. Although the solutions adopted to fill any gaps may be inspired by the constitutional traditions common to the Member States or by international treaties, those solutions must come from within the Union legal order itself[42]. Thus, the very nature of EU law requires the Court of Justice to 'find' the law ('*Rechtsfindung*') by fashioning general principles of law where necessary. Gap-filling grounded in the 'system of the Treaty' aims to create norms that properly reflect the nature, objectives and functioning of the

38 Judgment of 27 November 2012, C-370/12, *Pringle*, EU:C:2012:756.

39 *Ibid*, paras 70 and 76.

40 See, e.g., K. Lenaerts, *The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 1625.

41 See judgments of 19 January 2010, C-555/07, *Kücükdeveci*, EU:C:2010:21; of 19 April 2016, C-441/14, *DI*, EU:C:2016:278; of 17 April 2018, C-414/16, *Egenberger*, EU:C:2018:257; of 11 September 2018, C-68/17, *IR*, EU:C:2018:696, and of 6 November 2018, C-569/16 and C-570/16, *Bauer and Broßonn*, EU:C:2018:871 and C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, EU:C:2018:874.

42 P. Pescatore, *La carence du législateur communautaire et le devoir du juge*, in G. Lüke, G. Ress, M.R. Will (eds.), *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration: Gedächtnisschrift für Léontin – Jean Contantinesco*, Köln, 1983, at p. 559-580.

European Union[43]. This applies not only to substantive EU norms but also to the EU system of judicial protection.

In *Rosneft*, for example, the Court of Justice ruled that it has jurisdiction to give judgment, by way of a preliminary ruling, on the validity of an EU act adopted under the EU's common foreign and security policy (the 'CFSP'), provided that the questions referred relate to one of the following two matters. First, whether the CFSP act at issue complies with the constitutional principle requiring that the implementation of the CFSP does not encroach upon the powers conferred on the EU institutions under the TFEU. Second, whether the CFSP act in question relates to restrictive measures adopted against natural or legal persons. In that regard, the Court noted that in the context of actions for annulment, the EU Courts enjoy jurisdiction *ex ratione materiae* to rule on the validity of CFSP acts that relate to restrictive measures adopted against natural or legal persons. Accordingly, 'it would be inconsistent with the system of effective judicial protection established by the Treaties to interpret the [relevant Treaty provision] as excluding the possibility [for national courts to make preliminary references to the Court of Justice] on the validity of [CFSP] decisions prescribing the adoption of such measures'[44].

Fourth, that positive understanding of autonomy favours 'a spacious approach to constitutional language'[45]. This means, in essence, that the Treaties and the Charter are to be construed as 'the basic constitutional charter'[46] of the EU and that as such, they provide a 'great outline'. As Chief Justice Marshall famously wrote in *McCulloch v. Maryland* almost 200 years ago, 'we must never forget that it is *a Constitution* we are expounding'[47]. The philosophy underpinning that famous passage finds an echo in the autonomy of EU law: the Treaties and the Charter must be read with sufficient flexibility in order for the EU legal system 'to endure for ages to come, and consequently to be adapted to the various crises of human affairs'[48]. The autonomy of EU law enables the Court of Justice to interpret the Treaties and the Charter as a 'living instrument' that takes account of the ongoing changes in the societies of the Member States[49], whilst remaining faithful to the immutable values on which the entire EU project is founded, such as respect for democracy, fundamental rights[50], and the rule of law[51].

Fifth and last, normative conflicts between EU norms (internal conflicts) or between an EU norm and norms belonging to other legal orders (external conflicts) are to be solved in accordance with primary EU law. Internally, the principle of hier-

---

43 See, in this regard, K. Lenaerts, J.A. Gutiérrez-Fons, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1629, at p. 1631.

44 Judgment of 28 March 2017, C72/15, *Rosneft*, EU:C:2017:236, para. 76.

45 L.H. Bloom, *Methods of Interpretation: How the Supreme Court Reads the Constitution*, Oxford, 2009, p. 7.

46 Judgment of 23 April 1986, 294/83, *Les Verts v. Parliament*, EU:C:1986:166, para. 23.

47 *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 433 (1819).

48 *Ibid*., at 415.

49 See, in this regard, judgment of 5 June 2018, C-673/16, *Coman and Others*, EU:C:2018:385, paras 49 and 50 (where the Court of Justice held that Article 7 of the Charter is to be interpreted as protecting the rights of homosexual couples to have and develop a family life in the same way as heterosexual couples).

50 Judgment of 6 October 2015, C-362/14, *Schrems*, EU:C:2015:650.

51 Judgment of 27 February 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, EU:C:2018:117.

archy of norms pervades EU law[52]. Secondary EU law must comply with primary EU law. In the same way, EU administrative measures which are incompatible with EU legislative measures will be annulled or declared invalid. Externally, the Court of Justice has held that international treaties which have been incorporated into EU law enjoy a 'supra-legislative' status[53] but, as mentioned above, may not prevail over the constitutional tenets on which the EU is founded[54]. Rules of national law, even those of constitutional rank, that conflict with EU law must be set aside[55]. Since EU law indicates how normative conflicts are to be solved, that law establishes a coherent legal order based on the rule of law.

However, it does not follow from the fact that EU law itself determines how normative conflicts are to be solved – and, in particular, that EU law prevails over conflicting provisions of national law – that the autonomy of EU law rules out value diversity. On the contrary, diversity forms part and parcel of that autonomy. In the field of fundamental rights, the case law shows that it is ultimately for the EU political process to decide whether a uniform standard of protection is to replace a plurality of national standards.

Where EU law allows room for such a plurality, national standards must comply with three cumulative conditions. First, those standards must comply with the level of protection guaranteed by the Charter. Second, national standards may only be applied where the EU has not adopted a uniform level of protection which, needless to say, must itself comply with the Charter. Last but not least, a higher level of protection provided for by national law must not jeopardise the objectives pursued by EU law.

Allow me to illustrate that point by highlighting the contrast between, on the one hand, the ruling of the Court of Justice in *Melloni* and, on the other hand, that in *M.A.S. and M.B*. Whilst in the first case, it was held that EU law did indeed prescribe a uniform level of fundamental rights protection, in the circumstances of the latter case the opposite conclusion was reached, leaving room for national diversity.

In *Melloni*[56], the EU legislator amended, in 2009, the European Arrest Warrant Framework Decision with a view to protecting the procedural rights of persons subject to criminal proceedings whilst improving mutual recognition of judicial decisions between Member States. To that effect, the EU legislator introduced a new provision that lists the circumstances under which the executing judicial authority may *not* refuse execution of a European Arrest Warrant issued against a person convicted *in absentia*. The Court of Justice noted that the new provision complied with Articles 47 and 48 of the Charter given that it only applied to situations where

---

52 See, generally, K. Lenaerts, P. Van Nuffel, *European Union Law*, 3rd Ed, London, 2011, p. 817 et seq.

53 Judgment of 3 June 2008, C-308/06, *The International Association of Independent Tanker Owners and Others*, EU:C:2008:312, para. 42.

54 Judgment of 3 September 2008, C-402/05 P and C415/05 P, *Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, EU:C:2008:461, para. 282.

55 Judgments of 15 July 1964, 6/64, *Costa*, EU:C:1964:66, and of 9 March 1978, 106/77, *Simmenthal*, EU:C:1978:49. See, also, judgments of 17 December 1970, 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, EU:C:1970:114, para. 3, of 8 September 2010, C-409/06, *Winner Wetten*, EU:C:2010:503, para. 61, and of 15 January 2013, C-416/10, *Križan and Others*, EU:C:2013:8, para. 70.

56 See judgment of 26 February 2013, C-399/11, *Melloni*, EU:C:2013:107.

the person convicted *in absentia* was deemed to have voluntarily and unambiguously waived his or her right to be present at the trial in the issuing Member State. Since the EU legislator had itself struck, in compliance with the Charter, a balance between the protection of those fundamental rights and the requirements of mutual recognition of judicial decisions, the application of higher national standards was ruled out.

The concept of diversity was explained by the Court of Justice in *M.A.S. and M.B.*, a VAT case. There, the Court recalled that the Member States must ensure, in cases of serious VAT fraud, that effective and deterrent criminal penalties are adopted. Nevertheless, in the absence of EU harmonization, it is for the Member States to adopt the limitation rules applicable to criminal proceedings relating to those cases. This means, in essence, that whilst a Member State must impose effective and deterrent criminal penalties in cases of serious VAT fraud, it is free to consider, for example, that limitation rules form part of substantive criminal law. Where that is the case, such a Member State must comply with the principle that criminal offences and penalties must be defined by law, a fundamental right enshrined in Article 49 of the Charter which corresponds to Article 7(1) of the Convention[57]. Accordingly, even where the limitation rules at issue prevent the imposition of effective and deterrent criminal penalties in a significant number of cases of serious VAT fraud, the national court is under no obligation to disapply those rules in so far as that obligation is incompatible with Article 49 of the Charter. That does not mean, however, that those limitation rules are left untouched to the detriment of the financial interests of the EU. In the light of the primacy, unity and effectiveness of EU law, it is, first and foremost, for the national legislator to amend those limitation rules so as to avoid impunity in a significant number of cases of serious VAT fraud.

It follows from those two examples that neither European unity nor national diversity is absolute, as they must both comply with the level of protection provided for by the Charter. In addition, national diversity must not jeopardise the EU integration project, since it must take due account of the primacy, unity and effectiveness of EU law.

4. From a normative perspective, the autonomy of EU law reflects the idea that the Treaties lay down a 'constitutional order', given that they have established an autonomous, self-sufficient and coherent system of norms. That constitutional order is to be distinguished from ordinary international law.

However, that concept of autonomy in no way implies that the EU and its law are euro-centric and that the Court of Justice seeks to insulate EU law from external influences by building legal walls that prevent the migration of ideas.

On the contrary, autonomy enables the Court of Justice to strike the right balance between the need to preserve the values that we Europeans cherish and wish to preserve for future generations and the '*esprit d'ouverture*' that inspired the authors of the Treaties when learning vital lessons from the past and more particularly from the ravages of World War II. Accordingly, the autonomy of EU law has, as part of its very DNA, the idea of engaging in a balancing exercise that allows the EU to

[57] See judgment of 5 December 2017, C-42/17, *M.A.S. and M.B.*, EU:C:2017:936, para. 55.

find its own constitutional space whilst interacting with the Member States and the wider world.

Abstract

L'autonomia del diritto dell'Unione europea

L'autonomia del diritto dell'UE è governata da due dinamiche diverse, sebbene interconnesse. In senso negativo, l'autonomia cerca di definire *cosa il diritto dell'UE non è*, ossia non è il diritto internazionale ordinario. In senso positivo, l'autonomia cerca di definire *cosa il diritto dell'UE è*, ossia un sistema giuridico autonomo che ha la capacità di operare come un sistema autosufficiente di norme. Ciò detto, si propone qui che il concetto di autonomia del diritto UE non trasmette in alcun modo il messaggio che l'UE e il suo diritto siano eurocentrici e che la Corte di Giustizia dell'Unione europea cerchi di separare il diritto UE da influenze esterne costruendo muri giuridici che impediscano la migrazione di idee. Al contrario, l'autonomia del diritto UE permette alla Corte di giustizia di trovare il giusto punto di equilibrio tra il bisogno di tutelare i valori che noi europei custodiamo e la volontà di preservare per le generazioni future l'"*esprit d'ouverture*' che ha ispirato gli autori dei Trattati, imparando lezioni vitali dal passato e più in particolare dalle devastazioni della Seconda guerra mondiale. Di conseguenza, l'autonomia del diritto UE ha, come parte del suo stesso DNA, l'idea di impegnarsi in un esercizio di bilanciamento che permetta all'UE di trovare il proprio spazio costituzionale, interagendo al contempo con gli Stati membri e il mondo in generale.

The Autonomy of European Union Law

The autonomy of EU law is governed by two different, albeit intertwined, dynamics. Negatively, autonomy seeks to define *what EU law is not*, i.e. it is not ordinary international law. Positively, autonomy seeks to define *what EU law is*, i.e. an autonomous legal order that has the capacity to operate as a self-sufficient system of norms. That said, it is submitted that the concept of autonomy of EU law in no way conveys the message that the EU and its law are euro-centric and that the Court of Justice of the European Union seeks to insulate EU law from external influences by building legal walls that prevent the migration of ideas. On the contrary, the autonomy of EU law enables the Court of Justice to strike the right balance between the need to preserve the values that we Europeans cherish and wish to preserve for future generations and the '*esprit d'ouverture*' that inspired the authors of the Treaties when learning vital lessons from the past and more particularly from the ravages of World War II. Accordingly, the autonomy of EU law has, as part of its very DNA, the idea of engaging in a balancing exercise that allows the EU to find its own constitutional space whilst interacting with the Member States and the wider world.

Adelina Adinolfi*

I fondamenti del diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia: il rinvio pregiudiziale**

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Le origini e l'evoluzione del rinvio pregiudiziale. – 3. La rilevanza del "dialogo" con le giurisdizioni nazionali nella definizione dei fondamenti dell'Unione. – 4. I principi costituzionali dell'ordinamento e la loro parziale codificazione. – 5. Rinvio pregiudiziale e fondamenti dell'Unione nell'attuale fase di sviluppo dell'ordinamento europeo. – 6. Il nuovo ruolo del rinvio pregiudiziale nella tutela dei valori dell'Unione.

1. In una riflessione sui fondamenti del diritto dell'Unione nella giurisprudenza della Corte di giustizia – tema a cui è dedicata questa sessione del Convegno – il rinvio pregiudiziale appare senza alcun dubbio come il principale strumento mediante il quale tali fondamenti sono stati enunciati. È, infatti, in sentenze rese in via pregiudiziale che è stata definita la gran parte dei principi portanti del diritto dell'Unione, delineando gradualmente la fisionomia di un "ordinamento giuridico di nuovo genere", caratterizzato da una marcata autonomia e da un proprio sistema di principi e di valori. Le sentenze rese in via pregiudiziale hanno altresì costituito la via privilegiata attraverso la quale il diritto dell'Unione ha fatto ingresso negli ordinamenti nazionali: mediante queste sono stati elaborati i criteri che regolano i rapporti tra norme dell'Unione e fonti nazionali, enunciando il principio del primato e chiarendo le sue diverse implicazioni.

Il rinvio pregiudiziale si è rivelato, nella prassi, uno strumento così essenziale per la definizione dei fondamenti dell'ordinamento comunitario da rendere giustificato affermare che, in assenza di esso, il diritto dell'Unione sarebbe oggi verosimilmente ben lontano dal presentare le caratteristiche peculiari che gli sono proprie e dal produrre negli ordinamenti degli Stati membri l'incidenza che gli è riconosciuta. E' nelle sentenze in via pregiudiziale che i "principi costituzionali che discendono dai trattati" – secondo la locuzione di recente apparsa nella giurisprudenza della Corte di giustizia[1] – hanno trovato la più importante espressione: ciò con riguardo sia ai

* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea presso l'Università di Firenze.

** Relazione tenuta al I convegno annuale dell'Associazione italiana studiosi di diritto dell'Unione europea (AISDUE), Roma, 26-27 ottobre 2018.

[1] Così, tra le altre, nella sentenza del 14 maggio 2019, cause riunite C-391/16, C-77 e 78/17 *M.* c. *Ministerstvo vnitra e a.*, ECLI:EU:C:2019:403, ove si afferma, in relazione al controllo di validità degli atti dell'Unione, che "detti atti devono essere pienamente compatibili con le disposizioni dei

principi relativi al funzionamento del sistema e all'efficacia delle fonti – come il primato nelle sue diverse articolazioni, la teoria degli effetti diretti, la leale cooperazione tra le istituzioni e con gli Stati membri – sia ai principi di tutela dei diritti fondamentali. Questi ultimi, enunciati in una giurisprudenza in via pregiudiziale caratterizzata da un ruolo fortemente creativo della Corte di giustizia, hanno portato a costruire un sistema originale di tutela che, sebbene fondato sulle tradizioni costituzionali comuni e sulla CEDU, ha sviluppato con tali fonti un rapporto di sinergia e di reciproca influenza, contribuendo ad un'interpretazione innovativa dei contenuti dei diritti fondamentali e ad una loro definizione tendenzialmente univoca nel contesto europeo. L'evoluzione che può leggersi attraverso le sentenze in via pregiudiziale ha portato a costruire l'ordinamento dell'Unione sul modello dello Stato di diritto – espresso dall'analogo concetto di Comunità (e poi Unione) di diritto – creando un sistema di principi che, se ha guardato ai modelli costituzionali nazionali, ha però assunto caratteristiche proprie e originali. Le sentenze in via pregiudiziale hanno consentito, attraverso i principi fondanti in esse enunciati, di gettare le basi per la costruzione del sistema giuridico dell'Unione, configurandolo secondo le linee delle democrazie parlamentari nazionali, ma al tempo stesso salvaguardandone l'autonomia[2]. Il successo del rinvio pregiudiziale può perciò misurarsi, oltre che con l'evidente dato quantitativo del suo vastissimo utilizzo da parte delle giurisdizioni nazionali, con la rilevanza costituzionale dei principi che grazie ad esso hanno potuto affermarsi. Peraltro, il successo del rinvio pregiudiziale ha probabilmente contribuito alla decisione di introdurne una versione analoga, benché assai meno incisiva, nel sistema di tutela previsto dalla CEDU[3].

Senza poter certamente condurre una ricognizione esaustiva in merito ai principi fondanti del diritto dell'Unione enunciati nelle sentenze rese in via pregiudiziale, mi propongo di porre in rilievo alcuni degli elementi che hanno portato il rinvio alla Corte di giustizia ad assumere un ruolo decisivo nella definizione dei caratteri peculiari dell'ordinamento comunitario. Ci si interrogherà, poi, sulle potenzialità che esso può tutt'oggi avere, in presenza, ormai, di una giurisprudenza ben consolidata circa i fondamenti del sistema e di una più precisa definizione normativa del

trattati e con i principi costituzionali che da essi discendono, nonché con le disposizioni della Carta". Si vedano anche le sentenze del 27 febbraio 2018, causa C-266/16, *Western Sahara Campaign UK*, ECLI:EU:C:2018:118, punto 46 e, benché con una formulazione in parte diversa, già del 3 settembre 2008, cause riunite C-402 e 415/05 P, *Kadi*, ECLI:EU:C:2008:461, punto 285, che si riferiva ai "principi costituzionali del Trattato CE".

[2] Sulla rilevanza del rinvio pregiudiziale come strumento che ha permesso di assicurare anche l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione, v. K. Lenaerts, *The autonomy of European Union Law,* in *I Post di Aisdue*, vol. I, sezione "Convegni annuali e interinali", n. 1, 2019.

[3] Il protocollo numero 16, che prevede tale procedura, è stato ratificato da 13 Stati (non ancora dall'Italia), e ha di recente portato all'adozione del primo parere della Corte europea (parere 10 aprile 2019, P16-2018-001) su richiesta della Corte di Cassazione francese. Come indicato nel parere, tale procedura ha l'obiettivo "to further enhance the interaction between the Court and national authorities and thereby reinforce implementation of the Convention". Cfr. in argomento i contributi di P. Gragl, *Love is not a one-way street: The EU preliminary reference procedure as a model for ECHTR advisory opinions under draft Protocol No. 16*, in *European Law Review*, 2013, p. 229 ss.; E. Lamarque (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali*, Torino, 2015; O. Feraci , *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2019; I. Anrò, *Il primo parere reso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi del Protocollo n. 16 alla CEDU*, in *SIDIBlog*, 2019.

diritto dell'Unione, spesso sviluppata, peraltro, grazie alla codificazione di principi enunciati dalla Corte.

2. Se si guarda alle origini del rinvio pregiudiziale, l'idea di prevedere un meccanismo volto a garantire l'interpretazione e, quindi, l'applicazione uniforme delle disposizioni dei trattati istitutivi e del diritto da essi derivato risultava solo in parte innovativa; la soluzione tecnica elaborata dai redattori del Trattato CEE appariva ispirata, infatti, sia a modelli nazionali relativi al controllo di legittimità costituzionale, in particolare a quello operante nell'ordinamento italiano, sia anche, sebbene con modalità peculiari, a meccanismi già noti in relazione alle convenzioni di diritto privato uniforme. Un elemento meno evidente, ma certamente significativo nel motivare i redattori del Trattato, è da ricondurre alla dimensione di carattere economico connessa alla realizzazione del mercato comune: la presenza di un organo giurisdizionale preposto all'interpretazione del Trattato e degli atti derivati mirava anche ad evitare il vantaggio competitivo che avrebbero potuto ottenere le imprese aventi sede in uno Stato membro in cui fosse stata accolta un'interpretazione poco rigorosa del diritto comunitario, alterando, quindi, quell'equilibrio tra vantaggi ed oneri derivanti dall'appartenenza alla Comunità che la Corte ha poi individuato come un asse portante del sistema.

L'evoluzione della prassi ha condotto a delineare un ruolo del rinvio pregiudiziale certamente non immaginabile in origine; era infatti difficile preconizzare che un istituto previsto al fine precipuo di garantire l'interpretazione uniforme delle regole connesse al funzionamento del mercato comune avrebbe potuto fornire la base per orientamenti innovativi di politica giudiziaria e per lo sviluppo del ruolo fortemente propulsivo dell'integrazione europea che ha improntato la giurisprudenza della Corte di giustizia[4].

Peraltro, l'evoluzione della prassi è avvenuta senza che il meccanismo del rinvio pregiudiziale abbia subìto modifiche rilevanti; la disposizione che sin dall'origine lo enunciava ha infatti attraversato più di sessant'anni di storia dell'integrazione europea con modestissime innovazioni, fatta salva la rinumerazione che ha condotto dall'art. 177 CEE al 234 a séguito del Trattato di Amsterdam, sino all'attuale art. 267 TFUE.

Una modifica che avrebbe potuto intaccare la struttura originaria del rinvio si è delineata con l'apertura della possibilità, ora prevista dall'art. 256, par. 3, TFUE, di conferire delle "quote" di competenza pregiudiziale al Tribunale dell'Unione; tale disposizione enuncia, infatti, la competenza del Tribunale a conoscere delle questioni pregiudiziali nelle "materie specifiche determinate dallo Statuto". Varie considerazioni hanno sinora opportunamente sconsigliato, peraltro anche a séguito della recente riforma che ha portato a raddoppiare il numero dei giudici

[4] A ciò si aggiunge anche l'aspetto, che non sarà qui trattato, della rilevanza che il rinvio pregiudiziale ha assunto ai fini della tutela delle persone, talora anche quale "contrappeso" al carattere rigoroso dei presupposti per l'impugnazione degli atti dell'Unione; il riferimento alla tutela giurisdizionale effettiva ha portato la Corte, tra l'altro, ad ammettere il rinvio pregiudiziale di validità riguardo alle misure restrittive nei confronti delle persone adottate nell'ambito della PESC (sentenza del 20 marzo 2017, causa C-72/15, *Rosneft*, ECLI:EU:C:2017:236); cfr. in argomento S. Poli, *The Common Foreign Security Policy after Rosneft: Still imperfect but gradually subject to the rule of law*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 1799 ss.

del Tribunale[5], di avvalersi di tale possibilità. Le principali perplessità concernono l'esigenza di predisporre alcuni strumenti – inevitabilmente alquanto macchinosi – volti a garantire l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione, consentendo alla Corte di rivedere le pronunce del Tribunale. Senza voler qui approfondire questa problematica, occorre considerare che una tale eventualità potrebbe pregiudicare il dialogo tra Corte di giustizia e giudici nazionali che, come più avanti sarà ricordato, costituisce un asse portante dell'efficacia del rinvio pregiudiziale. A ciò si aggiunge la difficoltà di individuare un criterio adeguato di ripartizione delle "materie specifiche", in considerazione non solo della probabile presenza di questioni relative ad una pluralità di settori, ma anche dell'eventualità che domande in apparenza meramente tecniche possano implicare, invece, problematiche giuridiche aventi una significativa dimensione costituzionale; è sufficiente in proposito ricordare i casi nei quali la riformulazione della domanda posta dal giudice nazionale ha portato a spostarne il baricentro, facendo emergere, talora inaspettatamente, dei profili rilevantissimi all'interno di una questione che poteva apparire di agevole soluzione[6].

3. Un aspetto che non può essere trascurato nel considerare il ruolo che il rinvio pregiudiziale svolge nella definizione dei fondamenti del diritto dell'Unione concerne la rilevanza del "dialogo" instaurato tra Corte di giustizia e giudici nazionali[7]. L'orientamento della Corte volto ad intendere la competenza in via pregiudiziale come un meccanismo di cooperazione tra organi giudiziari, sviluppandone in questo senso le caratteristiche, ha costituito un elemento essenziale per consentire al rinvio di affermarsi quale strumento idoneo ad esprimere i principi costituzionali del sistema dell'Unione. Sono molteplici gli orientamenti accolti dalla Corte di giustizia che convergono nel qualificare il rinvio pregiudiziale come espressione di un dialogo tra giurisdizioni[8]; tra questi, l'esigenza che sia lasciata sempre aperta per

[5] Nel progetto della Corte di giustizia sulle modifiche allo Statuto (28 marzo 2018) si legge che "la Corte di giustizia ritiene che non occorra, in questa fase, proporre di modificare il Protocollo n. 3 sullo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea al fine di trasferire al Tribunale una parte della competenza che essa esercita in materia pregiudiziale. Le ragioni di questa posizione sono esposte nella citata relazione e poggiano, segnatamente, sul ruolo centrale che occupa il rinvio pregiudiziale nel sistema giurisdizionale dell'Unione e sulla necessità di fornire ai giudici nazionali una risposta rapida e definitiva alle questioni di interpretazione o di validità del diritto dell'Unione sollevate dinanzi a essi, nonché sugli inconvenienti che potrebbero derivare da un trasferimento parziale della competenza in materia pregiudiziale al Tribunale nel momento in cui, da un lato, le domande di pronuncia pregiudiziale proposte dinanzi alla Corte sono trattate con rapidità e in cui, dall'altro, la riforma dell'architettura giurisdizionale dell'Unione europea non ha ancora prodotto tutti i suoi effetti" (p. 2).

[6] Come nel celebre caso *Hauer* (sentenza del 13 dicembre 1979, causa 44/79), in cui una domanda apparentemente assai semplice sull'applicazione nel tempo di un regolamento ha invece portato la Corte a sviluppare i principi relativi alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario.

[7] Nelle parole della Corte, il rinvio pregiudiziale costituisce "la chiave di volta del sistema giurisdizionale" in quanto "instaurando un dialogo da giudice a giudice proprio tra la Corte e i giudici degli Stati membri, mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione […], permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai trattati": parere della Corte di giustizia del 18 dicembre 2014, 2/13, punto 176.

[8] V. ad esempio la sentenza del 10 maggio 2017, causa C-133/15, *Chavez-Vilchez* e a., ECLI:EU:C:2017:354, punto 48: "In conformità di quanto ripetutamente statuito dalla Corte, anche se, sul piano formale, il giudice del rinvio ha limitato le proprie questioni all'interpretazione del solo articolo 20 TFUE, tale circostanza non osta a che la Corte fornisca a detto giudice tutti gli elementi di

il giudice nazionale la strada del rinvio, imponendo perciò di eliminare dagli ordinamenti nazionali qualsiasi ostacolo di natura procedurale[9], ma anche la volontà, costantemente enfatizzata dalla Corte, di "svincolare" la decisione di proporre la questione dalla posizione delle parti del giudizio, sottolineando come spetti unicamente al giudice nazionale la valutazione circa la pertinenza e la necessità del rinvio[10]. L'atteggiamento volto a favorire la cooperazione non ha tuttavia portato ad attenuare l'obbligo di rinvio posto alle giurisdizioni di ultimo grado; fermi restando i principi enunciati nella sentenza *Cilfit* e ormai oggetto di un orientamento consolidato[11], si è invece manifestato nella prassi recente un rafforzamento dell'obbligo del rinvio, sia per effetto di una giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo fondata sul principio del giusto processo[12], sia per il recente utilizzo della procedura di infrazione, da parte della Commissione europea, anche per la violazione di tale obbligo[13].

---

interpretazione del diritto dell'Unione che possano essere utili per dirimere le controversie ad esso sottoposte, indipendentemente dal fatto che tale giudice vi abbia fatto o no riferimento nella formulazione delle proprie questioni".

9 V. da ultimo la sentenza del 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starnet*, ECLI:EU:C:2017:985, in cui la Corte afferma che "il funzionamento del sistema di cooperazione tra essa e i giudici nazionali, istituito dall'articolo 267 TFUE, e il principio del primato del diritto dell'Unione esigono che il giudice nazionale sia libero di sottoporre alla Corte, in qualsiasi fase del procedimento che reputi appropriata, ed anche al termine di un procedimento incidentale di controllo di costituzionalità, qualsiasi questione pregiudiziale che esso consideri necessaria" (punto 22). V. anche la sentenza del 5 aprile 2016, causa C-689/13, *Puligienica*, ECLI:EU:C:2016:199.

10 La valutazione della rilevanza e della necessità rientra "in via di principio, esclusivamente nell'ambito della responsabilità del giudice che dispone il rinvio, fatta salva la limitata verifica effettuata dalla Corte […]" (sentenza del 16 dicembre 2008, causa C-210/06, *Cartesio*, ECLI:EU:C:2008:723, punto 96). Il giudice deve, peraltro, chiarire le ragioni per le quali ritiene necessaria la risposta alle questioni sollevate: nella sentenza "giudici portoghesi" del 27 febbraio 2018 (causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, ECLI:EU:C:2018:117), la Corte afferma che "dallo spirito di cooperazione che deve caratterizzare il funzionamento del rinvio pregiudiziale discende che è indispensabile che il giudice nazionale esponga nella sua decisione di rinvio i motivi precisi per cui ritiene che una risposta alle sue questioni […] sia necessaria alla soluzione della controversia".

11 Cfr. la chiara affermazione contenuta, tra l'altro, nella già ricordata sentenza *Global Starnet*, ove si indica che "se è vero che il procedimento istituito dall'articolo 267 TFUE costituisce uno strumento di cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali, grazie al quale la prima fornisce ai secondi gli elementi di interpretazione del diritto dell'Unione necessari a questi ultimi per risolvere la controversia che sono chiamati a dirimere, ciò non toglie che, quando non sia esperibile alcun ricorso giurisdizionale di diritto interno avverso la decisione di un giudice nazionale, quest'ultimo è, in linea di principio, tenuto a rivolgersi alla Corte ai sensi dell'articolo 267, terzo comma, TFUE, qualora venga sollevata dinanzi ad esso una questione di interpretazione del diritto dell'Unione" (punto 24).

12 Ci si riferisce ad alcune pronunce della Corte EDU, tra le quali in particolare quella dell'8 aprile 2014, nel caso *Dhahbi* c. *Italia*, ric. n. 17120/09, nelle quali la Corte europea ha ritenuto che il rifiuto del giudice di proporre un rinvio pregiudiziale senza che il diniego sia motivato viola l'art. 6 della Convenzione. Tuttavia, quando non si pongano questioni giuridiche di particolare importanza è sufficiente una motivazione sintetica affinché sia assicurata la compatibilità con la Convenzione; sentenza della Corte EDU del 24 aprile 2018, *Baydar* c. *Paesi Bassi,* ric. n. 55385/41. V. in argomento M. Broberg, N. Fenger, *Preliminary references to the Court of Justice of the EU and the right to a fair trial under article 6 ECHR*, in *European Law Review*, 2016, p. 599 ss.

13 Se alcuni procedimenti di infrazione hanno talora avuto ad oggetto orientamenti della giurisprudenza ritenuti non conformi al diritto dell'Unione (v. sentenza del 9 dicembre 2003, causa C-129/00, *Commissione* c. *Italia*, ECLI:EU:C:2003:656), di recente la Commissione ha proposto un ricorso per inadempimento a motivo della violazione dell'obbligo di rinvio; tale ricorso ha portato alla sentenza nel-

Benché possa apparire meno evidente, non sono estranee alla logica del dialogo la presunzione di rilevanza delle questioni[14] e la tecnica della "riformulazione", attraverso la quale la Corte spesso evita di adottare una decisione di irricevibilità, che rischierebbe di incrinare il rapporto di collaborazione e di scoraggiare ulteriori rinvii, "correggendo" la domanda posta dal giudice nazionale. Nella prospettiva del dialogo può intendersi, peraltro, la possibilità che il giudice nazionale, come risulta con chiarezza dalle raccomandazioni adottate da ultimo nel 2018[15], esprima nella ordinanza di rinvio, "sinteticamente il suo punto di vista sulla risposta da dare alle questioni pregiudiziali sottoposte".

La costruzione di un rapporto di cooperazione con le giurisdizioni nazionali ha non solo contribuito allo sviluppo di un atteggiamento positivo dei giudici nazionali, portando ad un costante incremento delle ordinanze di rinvio pregiudiziale[16], ma è stato, per almeno due ragioni, un elemento centrale nel determinare gli orientamenti della Corte in relazione al contenuto dei principi fondanti dell'ordinamento.

In primo luogo, sono stati talora i giudici nazionali a fornire alla Corte di giustizia lo spunto per enunciare un principio innovativo; si può menzionare, tra i casi più celebri, la domanda posta dalle preture di Vicenza e di Bassano del Grappa che ha aperto la strada, nel caso *Francovich,* al principio del risarcimento del danno causato dall'inadempimento del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri[17].

Rileva, in secondo luogo, che la Corte, nella consapevolezza che solo una condivisione con i giudici degli Stati membri può rendere realmente efficace la competenza in via pregiudiziale, ha sempre guardato con attenzione alle reazioni delle giurisdizioni nazionali a séguito dei principi da essa formulati. Nell'atteggiamento della Corte volto a "saggiare" la reazione della giurisprudenza nazionale e a tener conto del "livello di accettazione" dei principi da essa enunciati risiede un importante

---

la causa C-416/17, *Commissione* c. *Francia*, del 4 ottobre 2018. La Corte, ribaditi i criteri enunciati nella sentenza *Cilfit*, dichiara l'inadempimento della Francia "poiché il Conseil d'État (Consiglio di Stato, Francia) ha omesso di adire la Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi del procedimento di cui all'articolo 267, terzo comma, TFUE […] sebbene l'interpretazione da esso accolta delle disposizioni del diritto dell'Unione nelle sentenze del 10 dicembre 2012, *Rhodia* (FR:CESSR:2012:317074.20121210), e del 10 dicembre 2012, *Accor* (FR:CESSR:2012:317075.20121210), non s'imponesse con un'evidenza tale da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio". Cfr. in argomento S. Fortunato, *L'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267, par. 3: una disciplina in continua evoluzione*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 351 ss.

[14] Secondo una giurisprudenza consolidata, "le questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevate dal giudice nazionale nel contesto di diritto e di fatto che esso individua sotto la propria responsabilità, e del quale non spetta alla Corte verificare l'esattezza, godono di una presunzione di rilevanza" (così, da ultimo, nella sentenza del 20 giugno 2019, causa C-100/18, *Línea Directa Aseguradora*, ECLI:EU:C:2019:517).

[15] Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale, del 20 luglio 2018, punto 17.

[16] Dal primo rinvio pregiudiziale del 1961, l'incremento è stato costante nel tempo, con 568 rinvii presentati nel 2018 - circa 100 in più rispetto al 2016 e quasi il doppio di quelli di dieci anni prima - portando nel complesso a un totale di quasi 11.000 rinvii (10.717 al 31 gennaio 2018): Relazione annuale 2018, Attività giudiziaria.

[17] Con la prima domanda, identica nelle due cause, si chiede alla Corte se un privato leso dalla mancata attuazione di una direttiva possa far valere disposizioni idonee a produrre un effetto diretto "e comunque rivendicare il risarcimento dei danni subiti relativamente alle disposizioni che non godono di tale prerogativa"; sentenza del 19 novembre 1991, cause riunite C-6 e 9/90, ECLI:EU:C:1991:428.

elemento del dialogo che manifesta un'influenza reciproca tra Corte e giudici degli Stati membri[18]. Così, quando l'atteggiamento delle giurisdizioni nazionali è apparso critico, la Corte non ha esitato a precisare, sulla base di successivi rinvii, i contorni dei principi in precedenza enunciati, talora anche limitandone la portata; ciò lascia intendere che nella definizione del contenuto dei principi fondanti dell'Unione non sia stato indifferente l'apporto che, mediante il rinvio pregiudiziale, è giunto dalle giurisdizioni nazionali. Possono menzionarsi, ad esempio, le precisazioni che la Corte ha fornito riguardo al principio dell'interpretazione conforme – chiarendo, tra l'altro, come non possa pretendersi dal giudice nazionale un'interpretazione *contra legem* del diritto interno[19] – che hanno portato ad arginare le conseguenze ritenute troppo incisive che erano state tratte dalla sentenza *Marleasing*[20].

Se la Corte sembra, quindi, aver costantemente considerato l'impatto negli ordinamenti interni delle sue sentenze in via pregiudiziale, si può d'altronde rilevare come queste ultime siano state, nella grande maggioranza dei casi, puntualmente seguite dai giudici degli Stati membri. Se non è mancato qualche episodio di ribellione da parte di alcune giurisdizioni nazionali, che sono talora apparse critiche o insofferenti nei confronti di certi esiti della giurisprudenza, è, piuttosto, nella decisione di evitare il rinvio – quando questo sarebbe opportuno o obbligatorio – che si celano, in realtà, i casi di effettiva riluttanza ad adempiere al diritto dell'Unione[21]. Si tratta, tuttavia, di episodi che restano comunque marginali, sebbene a volte il dialogo si sia fatto burrascoso, come nella saga *Taricco*, evidenziando una differenza di approccio delle Corti nella concezione del rapporto tra ordinamenti e, in particolare, della tutela dei diritti fondamentali: una diversità di visioni che, tuttavia, non impedisce, anche quando è fondata su costruzioni teoriche profondamente diverse come avviene riguardo all'orientamento monista accolto dalla Corte di giustizia, di individuare soluzioni accettabili nei loro esiti benché divergenti nelle costruzioni che ne sono alla base. Alcune reazioni volte a contrastare i principi enunciati nella giurisprudenza della Corte sono arrivate forse più di frequente da parte dei decisori politici, sia al livello dell'Unione, come quando fu espressamente preclusa nel TUE l'idoneità delle decisioni-quadro a produrre effetti diretti al fine di evitare che la Corte potesse accogliere un orientamento analogo a quello seguito per le direttive,

[18] Lo sviluppo attraverso il rinvio pregiudiziale di "a system of mutual influence" era già stato teorizzato nel 1998 nello studio di A. Stone Sweet, T. L. Brunell, C*onstructing a Supranational Constitution: Dispute Resolution and Governance in the European Community*, in *The American Political Science Review*, n. 1, p. 63 ss.

[19] Come nella sentenza del 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*, ECLI:EU:C:2006:443, punto 110.

[20] Sentenza del 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*, ECLI:EU:C:1990:395.

[21] Possono menzionarsi i casi *Landtova* (sentenza della Corte suprema ceca del 31 gennaio 2012) e *Dansk Industri* (sentenza della Corte suprema danese del 6 dicembre 2016, n. 15/2014). Riguardo alla violazione dell'obbligo di rinvio, nella sentenza 9 settembre 2015, causa C-160/14, *Ferreira Da Silva e Brito*, la Corte di giustizia, rilevato che il Tribunale supremo portoghese aveva omesso di porre una domanda in via pregiudiziale, ha affermato che "in circostanze quali quelle del procedimento principale, contraddistinte al contempo da correnti giurisprudenziali contraddittorie a livello nazionale in merito alla nozione di "trasferimento di uno stabilimento", ai sensi della direttiva 2001/23, e da ricorrenti difficoltà d'interpretazione di tale nozione nei vari Stati membri, un giudice nazionale avverso le cui decisioni non sono esperibili ricorsi giurisdizionali di diritto interno è tenuto ad adempiere al suo obbligo di rinvio alla Corte e ciò al fine di eliminare il rischio di un'errata interpretazione del diritto dell'Unione".

sia dei legislatori nazionali; questi ultimi, infatti, hanno talora cercato di evitare le conseguenze di principi enunciati dalla Corte adottando soluzioni normative volte a limitarne la rilevanza nell'ordinamento interno.

Il rinvio pregiudiziale peraltro, attraverso la "vigilanza dei singoli"[22] che si affianca al ruolo svolto mediante la procedura di infrazione, adempie altresì, in modo indiretto, ad una funzione di controllo sul rispetto del diritto dell'Unione negli ordinamenti nazionali e, dunque, rafforza, per questa via, l'efficacia dei fondamenti dell'Unione; talora esso porta, infatti, a fare emergere situazioni di inadempimento, benché attraverso la formula "neutrale" – osta/non osta – che, se può apparire un po' *naif* o addirittura velata di qualche ipocrisia, consente tuttavia ai giudici nazionali di ottenere risposte utili ai fini delle sentenze che essi devono emettere.

4. Se si guarda nel merito ai fondamenti del diritto dell'Unione – senza proporsi di svolgerne una ricognizione esaustiva né puntuale – certamente l'enunciazione dei principi generali, e in particolare dei diritti fondamentali che si collocano nel loro ambito, appare come uno dei contributi più originali e creativi tra quelli che la Corte ha fornito nelle sentenze in via pregiudiziale[23]; sono, infatti, i principi generali ad aver permesso di collocare le varie normative materiali, di natura assai eterogenea sia per i loro effetti sia per il loro oggetto, all'interno di un ordinamento giuridico con caratteristiche di autonomia e di compiutezza. I principi hanno, inoltre, fornito un substrato comune rispetto alla varietà di competenze che, in misura crescente, sono state conferite alla Comunità e poi all'Unione; essi hanno consentito, infatti, di ovviare alla natura inevitabilmente frammentaria di un sistema fondato sul principio di attribuzione, sistema in cui le competenze non sono definite in base ad un disegno complessivo quanto, piuttosto, in ragione della possibilità di raggiungere il consenso tra gli Stati membri.

Benché alcuni dei principi generali enunciati dalla Corte di giustizia siano stati oggetto di codificazione – come anzitutto i diritti fondamentali tutelati dalla Carta, i valori dell'Unione di cui all'art. 2 TUE, nonché alcuni particolari principi contenuti nei Trattati[24] - tuttavia, una parte rilevante degli elementi fondanti dell'ordinamento trova ancora riscontro soltanto nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Se tale assetto può, sotto il profilo teorico, destare perplessità anche ai fini di garantire la trasparenza dell'ordinamento, d'altronde la mancanza di una codificazione di alcuni fondamenti del diritto dell'Unione porta a valorizzare il ruolo della giurisprudenza e, altresì, ad evitare di "cristallizzare" alcuni principi con il rischio di renderne più difficile una ricostruzione evolutiva. Si può menzionare, a questo riguardo, la circostanza che il principio del primato non abbia sinora trovato espressione all'interno dei Trattati, non essendo stata recepita con la riforma compiuta dal Trattato di

[22] Secondo l'espressione utilizzata dalla Corte nel caso *Van Gend & Loos* (sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26/62).

[23] Tra i molti contributi v., da ultimo, C. Amalfitano, *General Principles of EU Law and the protection of fundamental rights*, Cheltenham, 2018 e K. Ziegler, P. Neuvonen, V. Moreno-Lax (eds.), *Research Handbook on the General Principles of EU Law,* Cheltenham, 2019 (in corso di stampa).

[24] Mi permetto di rinviare al riguardo a A. Adinolfi, *La Corte di giustizia dell'Unione europea dinanzi ai principi generali codificati,* relazione al XXIII convegno annuale della SIDI, Ferrara, 6-8 giugno 2018, in A. Annoni, S. Forlati, F. Salerno (a cura di), *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, 2019, p. 553 ss.

Lisbona la disposizione della Costituzione europea che lo enunciava; la volontà di "avvalorare" la giurisprudenza della Corte mediante la dichiarazione n. 17 e il parere del Servizio giuridico del Consiglio a questa allegato sembra esprimere l'intento di evitare che possano essere tratte conseguenze dalla "omissione" del Trattato di Lisbona piuttosto che riflettere un orientamento volto a provvedere, in modo peraltro alquanto atipico, ad una sorta di codificazione del principio. Può altresì ricordarsi che neppure la teoria degli effetti diretti – benché abbia subìto una progressiva espansione rispetto a tutte le fonti del diritto dell'Unione, ivi compresa, in anni recenti, la Carta dei diritti fondamentali – né il già ricordato principio della responsabilità degli Stati membri per i danni causati dall'inadempimento degli obblighi posti dai Trattati hanno seguito la traiettoria della codificazione. Se ciò risponde ad un'evidente riluttanza degli Stati membri ad enunciare nel Trattato alcuni dei principi che esprimono i fondamenti costituzionali del sistema –verosimilmente anche al fine di evitare reazioni critiche di una parte dell'elettorato e di forze politiche sovraniste – tale atteggiamento presenta il vantaggio di lasciare alla Corte la piena "gestione" di tali principi, consentendole perciò di adattarli e modellarli in base alle diverse esigenze che possono presentarsi nella giurisprudenza e, in particolare, nel rapporto con le normative nazionali.

5. Se rivolgiamo l'attenzione alle ricostruzioni teoriche relative al ruolo svolto dal rinvio pregiudiziale nella definizione dell'ordinamento comunitario, appare senza dubbio convincente la lettura che valorizza l'incidenza della giurisprudenza della Corte di giustizia quale elemento propulsivo dell'integrazione politica europea. La riflessione avviata da Joseph Weiler nei primi anni ottanta[25], volta ad evidenziare il ruolo compensativo svolto dalla giurisprudenza della Corte rispetto a quello – allora assai limitato – dei decisori politici, ha infatti trovato espressione soprattutto nelle sentenze in via pregiudiziale, che hanno fornito la sede privilegiata per l'esercizio di una funzione di politica giudiziaria. Ne è derivata, in sostanza, una diversa profondità del processo di integrazione, che si è articolato su due distinti piani: l'uno caratterizzato dall'adozione di atti di carattere essenzialmente tecnico e da un contesto normativo spesso assai frammentario; l'altro che, invece, attraverso la giurisprudenza, poneva le basi per la costruzione di una dimensione costituzionale dell'integrazione europea delineando un ordinamento giuridico con caratteristiche di autonomia[26]. Una "sfasatura" che ha indotto ad esprimere affermazioni critiche riguardo ad un eccessivo attivismo della Corte di giustizia ed al ruolo quasi legislativo da essa svolto[27]. Se tale dicotomia è apparsa evidente nel periodo di costruzione

[25] J. Weiler, *The Community System: the Dual Character of Supranationality*, in *Yearbook of European Law*, 1981, p. 267 ss.

[26] Su tale nozione si veda K. Lenaerts, *op. cit*.

[27] Cfr. H. Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice: A Comparative Study in Judicial Policymaking,* Nijhoff, 1986. Il dibattito sull'attivismo della Corte si è poi ampiamente sviluppato anche sulla base di studi empirici; v. tra i molti contributi della dottrina R. Dehousse, W. E. Paterson, *The European Court of Justice: the politics of judicial integration*, New York, 1998; A. Grimmel, *Judicial Interpretation or Judicial Activism?,* Center for European Studies, Working Paper Series n. 176, 2010; M. Dawson, B. De Witte, E. Muir, *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Cheltenham, 2013; S. Saurugger, F. Terpan, *Measuring Judicial Activism: Is the Court of Justice of the European Union an activist court?*, Paper prepared for the ECPR General Conference, Montréal, 2015.

dei fondamenti del sistema, essa si è poi attenuata correlativamente all'estensione delle competenze dell'Unione e alla limitazione graduale dei casi di delibera all'unanimità da parte del Consiglio, elementi che hanno ampliato ed agevolato l'azione normativa. Il ruolo marcatamente costituzionale svolto dalla Corte attraverso l'esercizio della competenza in via pregiudiziale e quello di "supplenza" dell'azione del legislatore sembrava, quindi, avere ormai esaurito la sua funzione.

La più recente giurisprudenza in via pregiudiziale ha tuttavia evidenziato nuovi profili riguardo ai quali il ruolo della Corte appare decisivo nel processo di integrazione, lasciando ancora emergere, per alcuni aspetti, una funzione di compensazione rispetto alla difficoltà di azione del livello politico[28]. Da un lato, si riscontrano, infatti, importanti precisazioni relative a principi già in precedenza enunciati; così, tra l'altro, per il principio del primato, dal quale sono tratte nuove implicazioni nel rapporto con le norme nazionali, in particolare con quelle di rango costituzionale[29]. D'altro lato, si delineano orientamenti innovativi, che incidono sui fondamenti del sistema europeo riguardo ad una varietà di aspetti.

Tra questi ultimi, si può menzionare la valorizzazione della cittadinanza dell'UE, che ha portato la Corte, benché in casi definiti come eccezionali, a svincolare il diritto di soggiorno dal previo esercizio della libertà di circolazione. Si è così riconosciuto in via interpretativa una sorta di ricongiungimento familiare rovesciato, dichiarando che il diritto del minore cittadino dell'Unione di risiedere in uno Stato membro implica, affinché possa essere effettivo, il diritto di soggiorno del genitore che se ne prenda cura. La cittadinanza dell'Unione manifesta, in tale giurisprudenza, una dimensione di rilevanza prettamente costituzionale, prospettando un collegamento del cittadino con l'Unione nel suo insieme – come evidenzia il riconoscimento di un diritto del minore a non essere costretto a lasciare il "territorio dell'Unione"[30] – piuttosto che con il singolo Stato membro di appartenenza.

---

[28] A tale funzione si affianca l'incidenza che la giurisprudenza della Corte di giustizia produce sull'attività normativa; su tale aspetto cfr., tra i contributi recenti, l'indagine di S. K. Schdmit, *The European Court of Justice and the Policy Process. The Shadow of Case law*, Oxford, 2018.

[29] Ad esempio, estendendo la classica formula relativa al primato anche rispetto ai diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta: così, in una sentenza del 2018, dopo aver ricordato che il giudice deve rispettare gli obblighi posti dal diritto dell'Unione "disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione nazionale, senza chiedere né attendere la previa soppressione di tale disposizione nazionale per via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale", la Corte sottolinea che è nel rispetto di tale quadro costituzionale "che vanno interpretati e applicati in seno all'Unione i diritti fondamentali, quali riconosciuti in particolare dalla Carta" (sentenza del 24 ottobre 2018, causa C-234/17, *XC, YB, ZA*, ECLI:EU:C:2018:853, punti 44 e 45). Si può anche ricordare che la Corte ha riconosciuto che in casi eccezionali è consentito al giudice nazionale mantenere temporaneamente gli effetti di un atto nazionale annullato per contrasto con il diritto dell'Unione: ribadito che secondo una giurisprudenza consolidata "solo la Corte può, eccezionalmente e per considerazioni imperative di certezza del diritto, concedere una sospensione provvisoria dell'effetto di disapplicazione esercitato da una norma di diritto dell'Unione rispetto a norme di diritto interno con essa in contrasto", essa ha tuttavia riconosciuto che il giudice "può essere eccezionalmente autorizzato ad applicare la disposizione nazionale che gli consente di mantenere determinati effetti di un atto nazionale annullato" (sentenza del 28 febbraio 2012, causa C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie e Terre wallonne*, ECLI:EU:C:2012:103; v. anche le sentenze del 28 luglio 2016, causa C-379/15, *Association France Nature Environnement*, ECLI:EU:C:2016:603, punto 34 e del 29 luglio 2019, causa C-411/17, *Inter-Environnement Wallonie*, ECLI:EU:C:2019:622, punti 177 e 178).

[30] Come emerge dalla sentenza dell'8 marzo 2011, causa C-34/09, *Zambrano*, ECLI:EU:C:2011:124, laddove si indica che, qualora non sia riconosciuto il diritto di soggiorno al genitore, "un divieto di sog-

Sono assai significativi anche gli orientamenti che, in una varietà di situazioni, portano la Corte ad affermare obblighi degli Stati membri in ambiti nei quali, pur non essendo attribuita all'Unione una competenza normativa, la disciplina nazionale incide rispetto ad obblighi posti dai Trattati istitutivi; così, ad esempio, riguardo all'attribuzione e alla revoca della cittadinanza dell'Unione[31] o ad alcuni aspetti della organizzazione della giustizia[32].

Non sono mancati, peraltro, nella giurisprudenza recente, casi di forte rilevanza politica, come la domanda in via pregiudiziale relativa al recesso del Regno Unito dall'Unione; la questione posta ha portato la Corte ad esprimere principi idonei ad influire sull'andamento dei negoziati, riconoscendo la libertà del Regno Unito di modificare la propria decisione di recedere sino al momento dell'entrata in vigore dell'accordo di recesso o, in mancanza, alla data di scadenza del termine previsto ai sensi dell'art. 50 TUE, purché in presenza, tuttavia, di determinate condizioni[33]. Importanti implicazioni sulla ripartizione di competenze tra l'Unione e gli Stati membri ha altresì prodotto la sentenza *Achmea*[34] in cui la Corte ha ritenuto che gli articoli 267 e 344 TFUE ostino alle clausole compromissorie arbitrali tra investitori e Stato contenute nei trattati bilaterali di investimento conclusi tra Stati membri; la rilevanza delle conseguenze di tale pronuncia ha indotto ad adottare una dichiarazione dei rappresentanti permanenti dei governi degli Stati membri sulla protezione degli investimenti nell'Unione europea[35].

6. La rilevanza che il rinvio pregiudiziale presenta nella definizione dei principi costituzionali dell'ordinamento dell'Unione emerge con chiarezza dai recenti sviluppi giurisprudenziali relativi alla protezione dei diritti fondamentali e, più in

giorno di tal genere porterà alla conseguenza che tali figli, cittadini dell'Unione, si troveranno costretti ad abbandonare il territorio dell'Unione per accompagnare i loro genitori" (punto 44).

31 Riguardo ai limiti all'attribuzione della cittadinanza cfr. le sentenze *Micheletti* (7 luglio 1992, causa C-369/90), *Rottmann* (2 marzo 2010, causa C-135/08) e *Tjebbes e a.* (12 marzo 2019, causa C-221/17).

32 Il requisito della indipendenza porta la Corte ad occuparsi, in sostanza, della organizzazione della giustizia negli Stati membri pur in assenza di una competenza dell'Unione a tale riguardo. Ad esempio, la Corte ha dichiarato che la nozione di autorità giudiziaria prevista dalla decisione sul mandato di arresto europeo deve essere interpretata (analogamente alla nozione di giurisdizione ai fini del rinvio pregiudiziale) in modo autonomo nell'applicazione del diritto dell'Unione. Le conseguenze di tale orientamento emergono da un caso di grande rilevanza: nella sentenza del 27 maggio 2019, cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU, *Minister for Justice and Equality c. OG e PI*, ECLI:EU:C:2019:456, la Corte ha affermato, in relazione ad un mandato emesso da una autorità tedesca, che la nozione "non ricomprende le procure di uno Stato membro che siano esposte al rischio di essere soggette, direttamente o indirettamente, a ordini o a istruzioni individuali da parte del potere esecutivo, quale un Ministro della Giustizia, nell'ambito dell'adozione di una decisione relativa all'emissione di un mandato d'arresto europeo".

33 Sentenza del 10 dicembre 2018, causa C-621/18, *Wightman*, ECLI:EU:C:2018:999.

34 Sentenza del 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, sulla quale cfr. F. Munari, C. Cellerino, *EU law is alive and healthy: the Achmea case and a happy good-bye to intra-EU bilateral investment treaties,* in *SIDIBlog,* 2018; S. Hindelang, *Conceptualisation and application of the principle of autonomy of EU law: the CJEU's judgment in Achmea put in perspective*, in *European Law Review*, n. 3, 2019, p. 383 ss.

35 Dichiarazione del 15 gennaio 2019 sulle conseguenze giuridiche della sentenza della Corte di giustizia (dell'UE) sul caso *Achmea* e sulla protezione degli investimenti nell'Unione europea. È stata altresì adottata, a seguito della sentenza, una comunicazione della Commissione del 19 luglio 2018, Protezione degli investimenti intra-UE, COM (2018) 547 def.

generale, al rispetto dei valori dell'Unione. A tale riguardo la giurisprudenza recente mostra importanti implicazioni per due diversi profili. In primo luogo, numerose sentenze in via pregiudiziale concernono la Carta dei diritti fondamentali a séguito dell'attribuzione ad essa dello stesso valore giuridico dei Trattati, chiarendo vari problemi interpretativi posti dai giudici nazionali riguardo agli effetti della Carta vincolante[36]; tra le principali questioni considerate dalla giurisprudenza possono rapidamente menzionarsi gli orientamenti relativi all'ambito di applicazione della Carta rispetto alle norme interne – inteso in modo ampio dalla Corte – e alla possibilità che le disposizioni da essa enunciate siano invocate direttamente nei giudizi nazionali, eventualmente anche in controversie tra soggetti privati. È assai rilevante che nel dialogo sui diritti fondamentali si inseriscano sempre più di frequente le Corti costituzionali che, rivolgendosi alla Corte di giustizia senza la "mediazione" del giudice *a quo*, sollevano in modo diretto delicate problematiche relative al rapporto tra la Carta e i diritti fondamentali tutelati dalle Costituzioni nazionali[37].

Alle pronunce relative agli effetti ed al campo applicativo della Carta, si affiancano quelle concernenti l'interpretazione del contenuto dei diritti da essa tutelati e al bilanciamento tra diversi diritti fondamentali. Poiché le disposizioni contenute nella Carta riflettono principi espressi in vari strumenti di tutela dei diritti umani, la Corte fornisce indirettamente un contributo interpretativo riguardo alle fonti "recepite", favorendo così un'interpretazione contestuale dei diritti fondamentali nell'ambito europeo. Consentono di evidenziare tale particolare profilo le recenti sentenze relative al rapporto tra la Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati e il divieto di trattamenti inumani o degradanti posto dalla CEDU[38], come pure le decisioni concernenti il rapporto tra la CEDU e la Convenzione di New York sui diritti dei minori[39]. Il numero assai elevato di domande in via pregiudiziale relative alla Carta o ad essa collegate ha portato a sviluppare una vastissima giurisprudenza sui diritti fondamentali, facendo apparire la Corte di giustizia in un ruolo assai simile a quello

[36] Il numero di decisioni della Corte di giustizia che menzionano la Carta è passato da 27 nel 2010 a 195 nel 2017 e a 356 nel 2018; inoltre, le domande in via pregiudiziale che contengono riferimenti alla Carta sono state 84 nel 2018 (19 nel 2010): European Commission, 2018 Report on the Application of the EU Charter of fundamental rights, 2019, pp. 14 e 29. Gli articoli della Carta relativi al divieto di discriminazione (art. 21) e al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva (art. 47) sono tra i più citati. Riguardo all'ambito applicativo e agli effetti della Carta v. N. Lazzerini, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018.

[37] Cfr., tra gli altri, E. Cannizzaro, *Rinvio pregiudiziale e Corti costituzionali nazionali*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, Napoli, vol. II, 2014, p. 819 ss.; M. Claes, *Luxembourg, here we come? National constitutional courts and the preliminary reference procedure*, in *German Law Journal*, 2015, p. 1331 ss.; M. Claes, *The validity and primacy of EU law and the 'cooperative relationship' between national constitutional courts and the European Court of Justice*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, p. 151 ss.

[38] Come nella sentenza *M. c. Ministerstvo vnitra e a.*

[39] Così, ad esempio, il "recepimento" nell'art. 24 della Carta del principio del migliore interesse del minore enunciato dalla Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia ha portato la Corte di giustizia ad interpretare tale principio, correlandolo sia con la CEDU sia con gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione; a tale riguardo, ho svolto alcune osservazioni nello scritto *Tutela degli interessi del minore e normativa dell'Unione europea sul ricongiungimento familiare*, Atti del Convegno *The best interest of the child*, Roma, 20-22 settembre 2018 (in corso di stampa).

di una corte dei diritti umani[40]; così, ad esempio, quando essa si è trovata ad occuparsi di libertà religiosa, per pronunciarsi sul divieto di portare il velo islamico[41] o sul licenziamento di un medico di un ospedale cattolico[42] o, ancora, sulla possibilità di effettuare la macellazione rituale in deroga alle regole sul trattamento degli animali stabilite dalle normative dell'Unione[43].

In secondo luogo, un forte impatto sui fondamenti costituzionali dell'Unione presenta la giurisprudenza recente relativa al rispetto dei valori enunciati dall'art. 2 TUE, che ha portato a sviluppare, attraverso passaggi argomentativi non sempre lineari, l'obbligo degli Stati membri di conformarsi a principi della *rule of law*. Se l'art. 2 TUE sembrava poter avere un'incidenza pratica assai limitata, esso è stato infatti collegato dalla Corte ad altre disposizioni dei Trattati, consentendo, così, di derivarne un contenuto concreto. Il rispetto dei valori enunciati dal TUE inizia pertanto a trovare riconoscimento non solo ai fini dell'adesione, ma anche riguardo alla perdurante partecipazione ai meccanismi di cooperazione stabiliti dall'Unione.

È stata, in particolare, la già ricordata sentenza "giudici portoghesi" del febbraio 2018[44] a dare impulso a tale nuova costruzione interpretativa, mostrando le potenzialità dell'art. 2 TUE nel definire il ruolo della Corte di giustizia riguardo alla violazione dei valori dell'Unione da parte degli Stati membri. Elemento centrale dell'argomentazione accolta dalla Corte è il nesso che essa stabilisce tra i valori dell'Unione e il principio della tutela giurisdizionale effettiva che gli Stati membri, ai sensi dell'art. 19, par. 1, secondo comma, del TUE, sono tenuti a garantire nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione; questa disposizione, infatti, "concretizza il valore dello Stato di diritto affermato dall'art. 2" (punto 32). Con un ulteriore passo argomentativo, la Corte colloca la condivisione dei valori dell'art. 2 TUE al centro delle politiche dell'Unione, calandola, così, nell'ambito del concreto funzionamento dei meccanismi dell'Unione; il principio di fiducia reciproca tra gli Stati membri, che regge la cooperazione giudiziaria civile e penale dell'Unione, si fonda, infatti, come la Corte aveva già in precedenza affermato[45], sulla "premessa fondamentale" della

[40] Cfr. G. de Burca, A*fter the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, p. 168 ss.

[41] Sentenze del 14 marzo 2017, causa C-157/15, *Achbita*, ECLI:EU:C:2017:203, e, in stessa data, causa C-188/15, *Bougnaoui*, ECLI:EU:C:2017:204.

[42] Sentenza dell'11 settembre 2018, causa C-68/17, *IR*, ECLI:EU:C:2018:696. V. anche la sentenza del 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257, nella quale la Corte afferma che il rispetto del requisito della appartenenza ad una certa religione ai fini di ottenere un posto di lavoro deve essere soggetto alla tutela giurisdizionale effettiva ed essere valutato alla luce della conformità alle condizioni a tal fine previste ed al principio della proporzionalità.

[43] Sentenza del 29 maggio 2018, causa C-426/16, *Liga van Moskeeën*, ECLI:EU:C:2018:335.

[44] Tra i numerosi commenti, cfr. M. Claes, *Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 622 ss.; S. Platon, *Judicial independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, in *Common Market Law Review,* 2018 p. 1827 ss.; A. Miglio, *Indipendenza del giudice, crisi dello stato di diritto e tutela giurisdizionale effettiva negli Stati membri dell'Unione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 421 ss.; M. Parodi, *Il controllo della Corte di giustizia sul rispetto del principio dello Stato di diritto da parte degli Stati membri; alcune riflessioni in margine alla sentenza Associacao Sindacal dos Juizes Portugueses*, in *European Papers*, 2018, p. 985 ss.

[45] Secondo la formula utilizzata nella sentenza della Corte di giustizia del 5 aprile 2016, cause riunite C-404 e 659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198, punto 78, e ribadita in varie altre pronunce (ad es., sentenza del 10 novembre 2016, causa C-452/16, *Poltorak*, ECLI:EU:C:2016:858):

condivisione di tali valori. Ne deriva che l'indipendenza dei giudici, "intrinseca alla funzione giurisdizionale" è essenziale per il funzionamento degli strumenti di cooperazione giudiziaria, come anche ai fini del rinvio pregiudiziale giacché quest'ultimo, secondo una giurisprudenza consolidata, "può essere attivato unicamente da un organo, incaricato di applicare il diritto dell'Unione, che soddisfi, segnatamente, tale criterio di indipendenza" (punto 43).

Tale pronuncia ha accolto una nuova prospettiva interpretativa, che ha, in sostanza, consentito alla Corte di giustizia, qualificando l'indipendenza del giudice come elemento essenziale della tutela giurisdizionale effettiva nei settori regolati dal diritto dell'Unione, di entrare nel campo del rispetto della *rule of law* da parte degli Stati membri. Allo stesso tempo, essa ha aperto la strada a domande di giudici nazionali che, in sostanza, pongono in dubbio la propria stessa indipendenza; il rinvio pregiudiziale acquista, perciò, una particolare ed inedita funzione, consentendo ai giudici nazionali di sollecitare la Corte di giustizia a chiarire se il diritto dell'Unione possa opporsi a riforme che pregiudicano l'indipendenza della magistratura[46].

Le implicazioni di tale orientamento accolto dalla Corte e le connessioni con il controllo di tipo politico relativo al rispetto dei valori dell'Unione previsto dall'art. 7 TUE emergono dalla giurisprudenza successiva: da un lato, dalle pronunce rese nei ricorsi per infrazione che la Commissione, muovendo anche da tale nuovo assetto interpretativo, ha iniziato a proporre[47]; d'altro lato, da sviluppi della giurisprudenza in via pregiudiziale dei quali la già ricordata sentenza *LM* del 2018 costituisce l'elemento più significativo. In tale pronuncia la Corte afferma che il giudice nazionale deve verificare, ai fini dell'esecuzione di un mandato di arresto europeo, se nello Stato richiedente sussista "un rischio reale di violazione del diritto fondamentale a un equo processo, connesso a una mancanza di indipendenza dei giudici di detto Stato membro" (punto 61). La possibilità di dimostrare un pregiudizio al princi-

"Tanto il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto il principio del mutuo riconoscimento, nel diritto dell'Unione, rivestono un'importanza fondamentale, dato che consentono la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne. Più specificamente, il principio della fiducia reciproca impone a ciascuno di detti Stati, segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, di ritenere, tranne in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettino il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo".

[46] Soprattutto dopo la sentenza *LM* sono stati numerosi i rinvii pregiudiziali sottoposti dai giudici polacchi relativi al requisito della indipendenza; possono ad esempio vedersi le domande del 3 settembre 2018 (causa C-558/18), del 5 settembre 2018 (causa C-563/18), del 3 ottobre 2018 (causa C-624/18) e del 26 ottobre 2018 (causa C-668/18) con le quali i giudici polacchi chiedono di accertare se il diritto dell'Unione osti alle nuove regole sui procedimenti disciplinari ovvero di precisare le conseguenze della incompatibilità con il diritto dell'Unione della normativa sul pensionamento anticipato dei giudici chiarendo se tale normativa debba essere disapplicata.

[47] È di particolare rilevanza il procedimento instaurato nei confronti della Polonia che ha dato luogo alla ordinanza della Corte di giustizia del 19 ottobre 2018 e alla sentenza del 24 giugno 2019 (causa C-619/18) nella quale la Corte afferma che il "requisito di indipendenza degli organi giurisdizionali, intrinsecamente connesso al compito di giudicare, costituisce un aspetto essenziale del diritto fondamentale a un equo processo, che riveste importanza cardinale quale garanzia della tutela dell'insieme dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e della salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati all'articolo 2 TUE, segnatamente del valore dello Stato di diritto". Sulla rilevanza del procedimento di infrazione in relazione alla violazione dei valori dell'Unione vedi P. Mori, *L'uso della procedura d'infrazione a fronte di violazioni dei diritti fondamentali*, in *Il diritto dell'Unione europea,* n. 2, 2018, p. 363 ss.; M. Aranci, *La procedura d'infrazione come strumento di tutela dei valori fondamentali dell'Unione europea*, in *Eurojus*, n. 3, 2019, p. 49 ss.

pio della fiducia reciproca tra Stati membri, che la Corte aveva già individuato in relazione al rischio che la consegna comporti, in ragione delle condizioni di detenzione, un trattamento inumano o degradante proibito dall'art. 4 della Carta, viene esteso, perciò, alla violazione di un principio riconducibile alla *rule of law*[48]. Tra i fondamenti dell'Unione emergono, quindi, principi e valori che gli Stati membri devono rispettare quale condizione non solo di natura politica, ma altresì collegata al funzionamento dei meccanismi operativi stabiliti da atti dell'Unione. Il rispetto dei valori dell'Unione si concretizza in un requisito in assenza del quale alcuni strumenti normativi fondati sulla cooperazione tra Stati membri – come la ricollocazione dei richiedenti asilo[49] o la consegna in base ad un mandato di arresto europeo – non possono trovare applicazione[50]. Attraverso sentenze in via pregiudiziale si giunge quindi a prospettare, nei confronti dello Stato membro in cui i valori dell'Unione non siano rispettati, una forma di "sanzione", che comporta, nella sostanza, la sospensione di forme di cooperazione che presuppongono la reciproca fiducia tra gli Stati membri; le implicazioni concrete di tale meccanismo appaiono senza dubbio più efficaci e rapide rispetto alle complesse procedure che, sulla base del procedimento di cui all'art. 7 TUE, possono portare a sospendere alcuni dei diritti previsti dai Trattati.

La giurisprudenza relativa al rispetto dei valori dell'Unione da parte degli Stati membri sembra poter assumere, quindi, un ruolo tale da "compensare" – riproponendo una funzione di supplenza analoga a quella sopra ricordata – la scarsa efficacia dei meccanismi di carattere politico stabiliti dall'art. 7 TUE[51]. Benché non

[48] Sul rapporto tra valori e diritti fondamentali cfr. R. Baratta, *Droits fondamentaux et "valeurs" dans le processus d'intégration européen*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2, 2019, p. 271 ss.

[49] Sentenza del 16 febbraio 2017, causa C-578/16 PPU, *CK*, ECLI:EU:C:2017:127, punti 59 e 65.

[50] Cfr. in argomento P. Mori, *Quelques réflexions sur la confiance réciproque entre les Etats membres*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, p. 651 ss.; C. Rizcallah, *"Dear Colleague, Are You Independent Enough?" The Fate of the Principle of Mutual Trust in Case of Systemic Deficiencies in a Member State's System of Justice*, in *EU Law Analysis*, 2018.

[51] Cfr., tra i molti contributi, C. Closa, D. Kochenov, J. Weiler, *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, in *EUI Working Papers*, 2014; A. Von Bogdandy, M. Ioannidis, *Systemic Deficiency in the Rule of Law: What It Is, What Has Been Done, What Can Be Done*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 59 ss.; D. Kochenov, L. Pech, M*onitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rhetoric and Reality*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, p. 512 ss.; L. F. M. Besselink, *The Bite, the Bark and the How Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, in A. Jakab, D. Kochenov (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2017, p. 136 ss.; G. Caggiano, *Dialogo sullo stato di diritto negli Stati membri dell'Unione europea*, in E. Triggiani, F. Cherubini, I. Ingravallo, E. Nalin, R. Virzo (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 513 ss.; R. Mastroianni, *Stato di diritto o ragion di Stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell'Unione negli Stati membri*, *ibidem*, p. 605 ss.; B. Nascimbene, *La violation grave des obligations découlant du traité UE. Les limites de l'application de l'art. 7*, in *Liber Amicorum Antonio* Tizzano, cit., p. 678 ss.

solo la Commissione[52] ma anche il Parlamento europeo[53] ed il Consiglio[54] abbiano attivato o proposto strumenti volti a garantire una maggiore efficacia alle complesse procedure previste dall'art. 7 TUE[55], è, in realtà, la giurisprudenza della Corte che si è sinora rivelata come lo strumento in concreto più incisivo per far emergere e contrastare situazioni di violazione di alcuni dei valori dell'Unione. Non possono, tuttavia, essere trascurate le intersezioni che si realizzano tra lo strumento politico di controllo e quello giudiziario. La proposta di avviare una procedura *ex* art. 7 può avere rilievo ai fini del rinvio pregiudiziale, sia in quanto può contribuire a motivare i giudici nazionali dello Stato interessato circa la necessità di porre questioni, sia anche a motivo del riferimento ai dati contenuti nella proposta, giacché questi costituiscono "elementi di particolare rilevanza" ai fini della valutazione che il giudice deve compiere[56].

---

[52] Iniziative che si sono espresse mediante il "quadro di controllo" adottato dalla Commissione nel 2014 (comunicazione dell'11 marzo 2014, COM(2014)158 def., su cui cfr. N. Lazzerini, *Less is more? Qualche rilievo sulla legittimità e sul merito delle recenti iniziative delle istituzioni europee in materia di salvaguardia dei valori fondanti dell'Unione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 514 ss.) e la comunicazione del 17 luglio 2019, Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione. Programma d'azione (COM (2019)343 final).

[53] Parlamento europeo, risoluzione del 25 ottobre 2016, Meccanismo UE in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali; la proposta di concludere un accordo interistituzionale formulata con la risoluzione non ha tuttavia avuto seguito, anche per l'orientamento negativo espresso dalla Commissione. A questa risoluzione ha poi fatto seguito la risoluzione sulla necessità di un meccanismo globale dell'UE per la protezione della democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali adottata il 14 novembre 2018.

[54] Nel Consiglio è stato concordato nel 2014 l'impegno a tenere annualmente un dialogo volto a salvaguardare e promuovere lo Stato di diritto nel quadro dei Trattati, valutando gli esiti di tale meccanismo nel novembre 2019. Cfr. O. Porchia, *Le Conclusioni del Consiglio del 16 dicembre 2014 "Rafforzare lo Stato di diritto": un significativo risultato dalla Presidenza italiana*, in *Eurojus*, 2015; S. Rossi, *Un nuovo soft instrument per garantire il rispetto della rule of law nell'Unione europea*, in *SIDIBlog*, 2015. Più recentemente, nella riunione del Consiglio affari generali del 16 settembre 2019, si è discussa, in previsione della valutazione prevista per novembre, l'esigenza di individuare strumenti più efficaci di controllo; prendendo avvio dal *discussion paper* della presidenza, del 10 settembre 2019, *Enhancing respect for the rule of Law in the Union*, (12044/19), vari governi si sono espressi a favore dell'adozione di un meccanismo preventivo di controllo riferito a tutti gli Stati membri.

[55] Sulle iniziative delle istituzioni, che appaiono complementari rispetto alla procedura di cui all'art. 7 TUE, collocandosi tutte in una fase che ne precede l'eventuale avvio, cfr. R. Baratta, *Rule of Law 'Dialogue' Within the EU: A Legal Assessment*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2016, p. 366 ss.; W. Schroeder (ed.), *Strengthening the Rule of Law in Europe*, Oxford, 2016; O. Porchia, *Le respect de l'*État *de droit dans les* états *membres: la complémentarité des initiatives politiques et le rôle de la Cour de justice*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano,* p. 770 ss.; N. Lazzerini, *Le recenti iniziative delle istituzioni europee nel contesto della crisi dello stato di diritto in Polonia: prove di potenziamento degli «anticorpi» dei Trattati?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2018. Rileva, inoltre, la proposta di regolamento sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri COM(2018)324 sulla quale il Parlamento europeo si è espresso in prima lettura nella precedente legislatura. Nella relazione che accompagna la proposta si legge che "l'Unione è una comunità di diritto e i suoi valori costituiscono la base stessa della sua esistenza, permeandone l'intera struttura giuridica e istituzionale e tutte le politiche e i programmi. Il rispetto di tali valori dev'essere pertanto garantito in tutte le politiche dell'Unione, compreso il bilancio dell'UE, nell'ambito del quale il rispetto dei valori fondamentali è un requisito essenziale per una gestione finanziaria sana e per finanziamenti europei efficaci".

[56] La constatazione della violazione grave e persistente ai sensi dell'art. 7 TUE costituisce invece automaticamente un motivo per sospendere l'applicazione del mandato d'arresto; infatti, il considerando 10 della decisione quadro 2002/584 indica, che "il meccanismo del mandato d'arresto europeo si basa su

Se è quindi certamente ben nota e innegabile l'incidenza che il rinvio pregiudiziale ha prodotto nella fase di creazione dei fondamenti del sistema comunitario, la giurisprudenza recente dimostra la rilevanza del ruolo che il meccanismo del rinvio può tuttora svolgere, non solo al fine di chiarire ulteriori implicazioni di principi consolidati, ma anche aprendo nuove e diverse prospettive. Si evidenzia un orientamento della Corte volto a trarre conseguenze di grande rilievo dalle innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona, valorizzando anche disposizioni aventi un carattere essenzialmente emblematico o ricognitivo, come dimostra il richiamo in via interpretativa finanche dell'obiettivo dell'Unione di promuovere la pace[57]. Il rinvio pregiudiziale acquisisce, così, nuove potenzialità nel definire i fondamenti costituzionali dell'ordinamento, includendo tra questi il rispetto dei valori da parte degli Stati membri, configurato come un elemento indispensabile ai fini dell'applicazione di alcune regole del diritto dell'Unione.

La varietà di elementi di rilevanza costituzionale che derivano da recenti sentenze rese in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia sembra delineare i tratti di una nuova fase di integrazione attraverso la giurisprudenza. Gli orientamenti accolti dalla Corte paiono, da un lato, contrapporsi alla difficoltà di assumere decisioni politiche in relazione a tematiche fortemente divisive, ma mostrano, d'altra parte, la capacità di stimolare, indirettamente, la ricerca di un consenso per soluzioni di tipo normativo; la centralità che all'interno dei più recenti documenti adottati dal Consiglio e dalla Commissione assumono dei principi assai simili, nel loro contenuto ma altresì nella loro formulazione, a quelli enunciati dalla Corte, dimostra l'incidenza che orientamenti giurisprudenziali innovativi possono esercitare sulle istituzioni politiche. Appare significativo al riguardo lo stretto collegamento di recente ravvisato dal Consiglio tra il rispetto dei valori condivisi dagli Stati membri e il buon funzionamento dell'Unione: ciò emerge, in particolare, dal *Discussion paper* adottato il 10 settembre 2019 dalla Presidenza del Consiglio affari generali dell'Unione ove si legge che "respect for the rule of law by Member States is intrinsically linked to the legitimacy and proper functioning of the EU" (punto 2)[58]. Neppure può trascurarsi come le domande in via pregiudiziale, nella prassi recente, consentano ai giudici nazionali di portare l'attenzione – anche politica – sullo sviluppo di normative e di prassi illiberali nei rispettivi Stati membri, rendendo le questioni poste alla Corte uno strumento attraverso il quale possono emergere violazioni dei diritti fondamentali e della *rule of law*.

---

un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri. L'attuazione di tale meccanismo può essere sospesa solo in caso di grave e persistente violazione da parte di uno Stato membro dei principi sanciti all'articolo 6, paragrafo 1, del trattato sull'Unione europea, constatata dal Consiglio in applicazione dell'articolo 7, paragrafo 1, dello stesso trattato, e con le conseguenze previste al paragrafo 2 dello stesso articolo".

[57] Nella sentenza del 2 maggio 2018, cause riunite C-331/16 e C-366/16, *K e HF*, ECLI:EU:C:2018:296, la Corte afferma che "i crimini e le azioni di cui all'articolo 1, sezione F, della Convenzione di Ginevra o all'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2011/95 costituiscono una grave minaccia ai valori fondamentali quali il rispetto della dignità umana e dei diritti umani, su cui […] l'Unione si fonda, e alla pace, che l'Unione ha lo scopo di promuovere […]".

[58] Rileva anche il documento della Commissione del 17 luglio 2019 in cui si legge che le minacce allo Stato di diritto "rappresentano […] una sfida alla base giuridica, politica ed economica del funzionamento dell'UE" e hanno "ripercussioni sugli altri Stati membri e sull'UE nel suo complesso", giustificando così che "l'Unione partecip[i] quindi anch'essa alla soluzione dei problemi inerenti allo Stato di diritto ovunque si presentino".

L'avere recentemente qualificato, in sentenze in via pregiudiziale, la condivisione dei valori dell'Unione come condizione e premessa del principio di mutua fiducia costituisce, quindi, un ulteriore e assai rilevante contributo che da tali sentenze risulta nella definizione dei fondamenti costituzionali dell'ordinamento.

Abstract

I fondamenti del diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia: il rinvio pregiudiziale

Il contributo si propone di ripercorrere il ruolo svolto dalla giurisprudenza in via pregiudiziale della Corte di giustizia nella definizione dei principi costituzionali dell'ordinamento dell'Unione. È considerata la rilevanza che il dialogo con i giudici nazionali ha avuto al fine della individuazione dei fondamenti del diritto dell'Unione ed è fatto cenno alla codificazione - in fonti primarie o derivate - di alcuni principi enunciati dalla giurisprudenza. È infine ricordata la funzione di compensazione che la giurisprudenza della Corte ha svolto rispetto alle decisioni politiche, verificando se tale ruolo possa tuttora emergere dalla giurisprudenza, in particolare da quella relativa al rispetto della *rule of law* da parte degli Stati membri.

The Foundations of EU Law in the Case-Law of the Court of Justice: The Preliminary Rulings

The contribution aims to trace the role played by the Court of Justice's preliminary rulings in defining the constitutional principles of the Union's order. Consideration is given to the importance that dialogue with national judges has in order to identify the foundations of Union law, and mention is made of the codification - in primary or derived sources - of some principles enunciated by the Court. Finally, the author considers the supplementary function that the Court's jurisprudence has fulfilled with respect to political decisions, verifying if this role can still emerge from the jurisprudence, in particular from that concerning the respect of the rule of law by the Member States.

Irene Agnolucci[*], Andrea Biondi[**]

Il contributo della Corte di giustizia in materia di aiuti di Stato[***]

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Le Corti UE e gli aiuti alle banche. – 2.1. Tre casi paradigmatici. – 2.2. La "giudizializzazione" delle questioni economiche sottese agli aiuti. – 2.3. La sovrapposizione della nozione di aiuto e di compatibilità. – 2.4. La protezione dei diritti individuali negli aiuti alle banche. – 3. Conclusioni.

1. Come molti settori del diritto europeo, anche la materia degli aiuti di Stato ha attraversato differenti fasi e momenti storici. Come auspicato dal Rapporto Spaak del 1956[1], gli articoli del Trattato sugli aiuti sono stati strumenti efficaci al servizio del corretto funzionamento del mercato comune, con il fine di attuare una circolazione delle merci, dei servizi e dei capitali che fosse libera e concorrenziale. Durante gli ultimi decenni, tuttavia, gli aiuti di Stato hanno assunto un ruolo sempre più preponderante nella definizione del processo di integrazione europea, attraverso una funzione di regolazione delle politiche economiche degli Stati membri, ancorché non fosse un obiettivo nei Trattati degli anni '60. Infatti, le regole sugli aiuti di Stato, proprio perché sovraintendono alla struttura concorrenziale del mercato europeo, tendono a sovrapporsi alle scelte di politica economica degli Stati membri, talvolta armonizzandole, talvolta collidendo con esse.

Pertanto, gli articoli 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) integrano un meccanismo complesso dal punto di vista legale e a volte rischioso dal lato politico-decisorio. La complessità deriva proprio dall'interazione dei fini che sottendono alla disciplina; da una parte, l'obiettivo della perfetta concorrenza in tutto il territorio dell'Unione e, dall'altra, la necessità di attuare politiche nazionali stategiche, come quelle sul lavoro, sulla politica industriale e sulla redistribuzione delle risorse statali. Quest'ultima considerazione, poi, si ricollega alla seconda caratteristica della materia degli aiuti, ossia l'azzardo politico, perché, quando le regole sugli aiuti sono perfettamente applicate, rimane scarso spazio di manovra per i governi nazionali, che vedono inevitabilmente diminuire i propri

[*] Visiting Lecturer in EU Law and PhD Candidate at King's College London.
[**] Professor of EU Law and Director at the Centre of European Law, King's College London.
[***] Relazione rivista e ampliata tenuta al I Convegno annuale AISDUE, Roma 26-27 ottobre 2018.
[1] Commissione Intergovernativa sull'integrazione europea, Il Rapporto Bruxelles sul mercato comune ("Rapporto Spaak"), 1956, Titolo II, Capitolo 2.

poteri sovrani. In conseguenza, la riuscita di questo meccanismo così potente, nei suoi effetti, e così fragile, al suo interno, risiede in alcuni accorgimenti da mantenere a livello europeo e nazionale. In primo luogo, deve essere preservato il ruolo della Commissione europea come arbitro *super partes* tra i vari attori, portatori di interessi diversi; in secondo luogo, la cooperazione degli Stati membri a livello politico e giurisdizionale deve essere rafforzata; inoltre, un giusto livello di discrezione va garantito agli Stati per implementare le proprie politiche nazionali[2]. Infine, e per quanto qui più attiene, un rigoroso ed effettivo controllo giurisdizionale sia sull'esercizio delle prerogative della Commissione che su quelle degli Stati membri deve essere assicurato. Anche la stessa Corte ha più volte riaffermato il suo ruolo centrale nelle controversie relative agli aiuti di Stato, assurgendo a interlocutore privilegiato delle Corti nazionali, che possono o devono devolverle una questione di diritto sull'interpretazione dell'articolo 107 TFEU, ma anche degli Stati membri e della Commissione, qualora una decisione della Commissione sia in tutto o in parte contestabile[3].

Invero, negli anni più recenti, la rigidità degli articoli 107 e 108 TFEU, rimasti peraltro sostanzialmente invariati dal Trattato di Roma fino ad oggi, è stata messa alla prova dai mutamenti sistemici dell'Europa e dalla grave crisi della struttura del mercato interno. Di fronte a delle premesse economiche diverse, è arduo negare che, a loro volta, la Commissione e la Corte non abbiano modificato il proprio *modus operandi*. Pertanto, in armonia con uno scenario globale inedito, la Commissione ha dovuto elaborare sempre nuovi (e complicati!) criteri di valutazione che sono contenuti principalmente in atti giuridici non vincolanti sia per affrontare nuove questioni in settori di mercato precedentemente meno esposti – ad esempio in materia di aiuti alle banche- sia e soprattutto per riorentare e adattatare la nozione stessa di aiuto di stato alle nuove realtà. Già nel Piano d'Azione del 2005[4], d'altronde, veniva introdotto il concetto di aiuto mirato agli obiettivi comunitari, che in quel caso erano investimenti in innovazione, ricerca e sviluppo tecnologico, piccole-medio imprese e *start-up*, le regioni più remote dell'Unione e il miglioramento delle condizioni ambientali. Solo nel bel mezzo della crisi finanziaria, poi divenuta, in Europa, banco-sovrana, la Commissione ha declinato, con maggiore chiarezza, la nozione di aiuto di Stato, cercando di mantenere sempre come obiettivo la concorrenza del mercato unico. Pertanto, attraverso la riforma del 2012, *State Aid Modernisation Package* (SAM)[5], la Commissione intendeva rendere l'Europa "a smart, sustainable and inclusive economy with the objective of enabling the EU and its Member States to deliver high levels of employment, productivity and social cohesion". La Commissione ha inteso focalizzarsi sulla promozione di "good aid", ossia dell'a-

[2] Per un'analisi più approfondita, si veda A. Biondi, *State Aid, government spending and the virtue of loyalty*, in P. J. Birkinshaw, A. Biondi (eds.), *Britain Alone!: The implications and consequences of UK exit from the EU*, Alphen aan den Rijn, 2016.

[3] Si veda, tra le altre, la sentenza del 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini,* ECLI:EU:C:2007:434 e dell'11 luglio 1996, causa C-39/94, *SFEI e altri*, ECLI:EU:C:1996:285.

[4] Commissione europea, Piano di Azione nel Settore degli aiuti di Stato Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009, COM(2005)107.

[5] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sulla modernizzazione degli aiuti di stato dell'UE, COM(2012)209 final.

iuto che mira a realizzare gli obiettivi dell'Unione europea, e sulla penalizzazione, invece, di "bad aid", quello che, in effetti, non apportando nessun beneficio diffuso, ha il solo risultato di distorcere la competenza e di inficiare gli scambi tra gli Stati membri. Inoltre, con l'occasione, veniva suggerito ai governi di programmare le loro politiche di spesa sulla base di un obiettivo di crescita di lungo termine, in modo più efficiente e più effettivo. In tal modo, gli aiuti di Stato assurgevano, per la prima volta esplicitamente, a strumento di rafforzamento delle politiche economiche nazionali. Più recentemente con la Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato[6], la Commssione ha da un lato cercato di dare conto dei grandi sviluppi in settori quali quello degli aiuti fiscali o delle infrastrutture e dall'altro ha cercato di proporre agli Stati membri e ai portatori di interessi un quadro generale e conciliante che rafforzi le buone pratiche, lasci agli Stati un giusto margine di controllo politico e, di conseguenza, eviti scollamenti volontari dalle regole del Trattato[7]. Al moltiplicarsi delle fonti normative non poteva che corrispondere un aumento esponenziale del contenzioso. Ad esempio, per quel che concerne il solo Tribunale nel 2018, delle 834 cause promosse, 70 riguardavano gli aiuti di Stato, mentre, nell'arco dello stesso anno solare, 123 sono state definite[8].

Nell'impossibilità di analizzare una così vasta giurisprudenza, si tratterà più nel dettaglio di un settore degli aiuti molto contemporaneo, il quale è caratterizzato da un'evoluzione dinamica e assai rapida, ossia gli aiuti alle banche.

2. Gli aiuti di Stato alle banche in difficoltà finanziarie sono diventati particolarmente rilevanti durante gli anni della crisi. Dal 1° ottobre 2008 al 1° ottobre 2014 la Commissione ha adottato più di 450 decisioni che hanno autorizzato misure di aiuti alle banche dell'Unione europea: 112 banche sono state esaminate individualmente dalla Commissione a seguito di una notifica *ex ante* o *ex officio*. In totale, sono stati stimati 1,5 mila miliardi di euro di aiuti approvati dalla Commissione ed usati dalle stesse banche nazionali[9].

L'aumento di contenzioso che ne è derivato occupa, invero, aree tematiche trasversali. Alcune cause riguardano norme di "settore", come ad esempio la solidità di un piano di ristrutturazione[10]. Altre sentenze, invece, vertono sulla questione più generale, ma fondamentale, della definizione di una misura statale come aiuto di Stato. Come è noto, l'articolo 107 TFEU, è diviso in due blocchi ben distinti. Da un lato, il paragrafo 1 individua le caratteristiche che integrano una misura statale come aiuto di Stato, la cui nozione viene estrapolata attraverso un "*test* oggettivo": l'aiuto deve integrare un intervento dello Stato o, ad ogni modo, provenire da risorse statali,

[6] Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, GU 2016/C 262/01.

[7] O. Stefan, *Hibridity before the Court: a hard look at soft law in the EU competition and State aid case law*, in *European Law Review*, 2012, p. 49; M. Blauberger, *Of good and bad State subsidies. European State aid control through soft and hard law*, in *West European Politics*, 2009, p. 719.

[8] Dati disponibili: curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-06/20190650_ra_pan_it_2019-06-06_09-48-21_183.pdf.

[9] European Commission, Economic review of the financial regulation agenda, Staff Working Document, SWD(2014)158 final.

[10] Ad esempio, sentenza del 2 marzo 2012, cause T-29 e 33/10, *ING*, ECLI:EU:T:2012:98 e ordinanza del 6 dicembre 2012, causa T-332/12 *ING Groep*, ECLI:EU:T:2012:655; sentenza del 3 aprile 2014, causa C-224/12 P, *ING*, ECLI:EU:C:2014:213.

deve essere tale da poter incidere sugli scambi tra gli Stati membri e distorcere la concorrenza e, allo stesso tempo, concedere un vantaggio selettivo al suo beneficiario. I paragrafi 2 e 3 del medesimo articolo 107 TFUE, invece, contengono un "*test* soggettivo": un aiuto di Stato risulta comunque compatibile con il mercato unico se, ad avviso della Commissione, determinate condizioni risultano soddisfatte.

Oltre al Trattato, la Corte di giustizia deve prendere in considerazione altre disposizioni fondamentali, come la direttiva 2014/59/UE[11] (*BRRD Banks Recovery and Resolution*), nota perché introduce a livello europeo il meccanismo del "*bail-in*", ma, in realtà, consente agli Stati di ricorrere comunque all'aiuto pubblico ("*bail-out*") in determinate circostanze. Ad esempio, l'articolo 56 prevede che gli Stati possano fornire sostegno finanziario pubblico straordinario mediante strumenti di stabilizzazione finanziaria che siano conformi non solamente alle norme della direttiva, ma anche alle regole sugli aiuti di Stato.

Le norme della direttiva BRRD si sovrappongono, in questo e in altri casi, alle norme sugli aiuti di Stato, talvolta creando assonanze e norme di armonizzazione, ma più frequentemente discrepanze e sovrapposizioni di funzioni, ad esempio tra la Commissione europea e il *Single Resolution Board*.

Infine, la Corte ha anche il compito di considerare una serie di atti non vincolanti, progressivamente adottati dalla Commissione *ex* articolo 107, par. 3, lett. *b*), TFUE che autorizzano, in via eccezionale, gli aiuti destinati a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro. Tali misure, negli anni della crisi banco-sovrana e in quelli immediatamente seguenti, sono stati molteplici. Ad esempio, è attraverso tale strumento che si è cercato di dare risposte di tipo emergenziale nel momento più drammatico della crisi finanziaria; infine, si è proceduto all' elaborazione di norme e criteri più sofisticati quali quelli contenuti nella Comunicazione del 2013[12]. Il principio di base rende i vari interventi, quali ad esempio le misure di ricapitalizzazione e di rilascio di garanzie su attività deteriorate, le garanzie sulle passività o gli schemi di garanzia dei depositi ("DGS"), compatibili con il mercato unico, purché vengano rispettati alcuni principi quali la condivisone degli oneri oppure la necessità di un piano di ristrutturazione della banca interessata.

Peraltro, gli atti non vincolanti producono, ad ogni modo, effetti legali e pratici. In primo luogo, come ribadito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Kotnik*, una comunicazione è comunque vincolante per l'istituzione che la emana, in questo caso la Commissione stessa[13]. In particolare, se è vero che, adottando la comunicazione sul settore bancario, la Commissione si è autolimitata nell'esercizio del suo potere, questo tuttavia non la dispensa da una legittima valutazione discrezionale in caso uno Stato membro invochi specifiche circostanze eccezionali. Nel caso di specie, la

[11] Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio, GU L 173/190, 12.6.2014.

[12] Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1 °agosto 2013 , delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria ("La comunicazione sul settore bancario"), GU C 216, 30.7.2013.

[13] Sentenza del 30 settembre 2016, causa C-526/14, *Kotnik*, ECLI:EU:C:2016:570, punto 40; dell'8 marzo 2016, C-431/14 P, *Grecia c. Commissione*, ECLI:EU:C:2016:145.

giusta condivisione degli oneri, prevista agli articoli 41, 42, 43 della comunicazione sul settore bancario, è subordinatia all'assorbimento, in via prioritaria, delle perdite per mezzo del capitale e poi, in linea di principio, al contributo dei creditori subordinati. A questa regola, come statuisce la Corte, può essere applicata un'eccezione, qualora tale contributo metta a repentaglio la stabilità finanziaria o determini risultati sproporzionati[14].

In secondo luogo, proprio per le ragioni sopra esposte, è realtà consolidata quella che vede i governi dei paesi membri considerare gli atti non vincolanti ai fini dell'emanazione delle proprie leggi e del perseguimento degli obiettivi di politica economica.

Infine, è bene ricordare che oltre a questo puzzle di norme, vige sempre l'obbligo di rispettare il Trattato ed in particolare l'articolo 107, paragrafo 1, TFUE.

2.1. Ai fini della trattazione, si farà riferimento a tre casi in particolare che fungeranno da spunto per discutere di problematiche più generali. La prima questione riguarda il grado di sindacato giurisdizionale che la CGUE di recente esercita anche su questioni prettamente economiche, sintomo di una "giudizializzazione" a largo raggio di settori di diritto economico, tradizionalmente estranei al sindacato del giudice, come ad esempio gli atti e i poteri che derivano dagli organi della BCE. La seconda questione, invece, riguarda la quasi impercettibile ma progressiva sovrapposizione tra concetto di aiuto e compatibilità dello stesso. Sicuramente, una tale affermazione merita adeguato approfondimento nel corso della trattazione. Infine, si si analizzerà la questione della protezione dei diritti individuali di azionisti e correntisti, che è ormai all'attenzione dei governi europei, dopo il verificarsi, in sequenza, di numerose crisi bancarie negli Stati membri.

2.2. Tradizionalmente, l'intensità del sindacato giurisdizionale su temi di economia non è di *full review* ma di *marginal review*. Ovvero, per citare la giurisprudenza consolidata «nell'ambito del controllo che i giudici dell'Unione europea esercitano sulle valutazioni economiche complesse compiute dalla Commissione nel settore degli aiuti di Stato, non spetta al giudice dell'Unione sostituire la propria valutazione economica a quella della Commissione»[15]. Tuttavia, la recente giurisprudenza dimostra che il controllo su tali valutazioni economiche si è fatto quanto meno più preciso e puntuale. Così, ad esempio, la CGUE ha recentemente precisato che il giudice europeo è tenuto, in particolar modo, a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova addotti, la loro attendibilità e coerenza, ma "altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che ne sono tratte"[16]. In *Fùtbol Club*, la Corte, ha rilevato che la Commissione, al momento di adottare la decisione, avrebbe potuto condurre un'analisi sulla presenza di un vantaggio in modo del tutto differente, dato che "era

[14] Sentenza *Kotnik*, cit., punto 42.

[15] Sentenza *ING*; sentenza del 20 settembre 2017, causa C-300/16 P, *Frucona Kosice*, ECLI:EU:C:2017:706; del 2 settembre 2010, causa C-290/07 P, *Commissione c. Scott*, ECLI:EU:C:2010:480, punti 64 e 65.

[16] Sentenza del 25 agosto 2007, causa T-282/06, *Sun Chemical Group BV*, ECLI:EU:2007:203, punto 60.

in possesso di elementi che mettevano in evidenza la specificità del settore […], il che avrebbe dovuto condurla a dubitare della possibilità di applicare a detto settore le contestazioni effettuate, per tutti i settori, sulla tassazione effettiva rispettiva degli enti senza scopo di lucro e degli enti assoggetati al regime generale"[17].

Tuttavia, la prova dell'inesattezza o dell'errore di valutazione su situazioni economiche complesse può risultare più agevole nella fase di notifica e di negoziazione con la Commissione, piuttosto che *ex post* in sede di sindacato giurisdizionale.

Il caso dell'applicazione del principio dell'operatore di mercato è emblematico. Secondo la definizione della Commissione nella Comunicazione sulla nozione di aiuto[18], il criterio dell'operatore di mercato è il "metodo di riferimento per valutare se una serie di operazioni economiche svolte da enti pubblici avvenga in condizioni normali di mercato"[19]. Se, dunque, da una parte, la conformità della misura statale al criterio dell'operatore economico è un compito che spetta alla Commissione, come ad esempio l'analisi della corrispondenza dei livelli di remunerazione delle garanzie statali a quelli applicati sul mercato, è d'uopo dire che la recente giurisprudenza della Corte ritiene la soddisfazione del principio dell'operatore di mercato un passaggio logico e giuridico fondamentale per determinare se una certa misura possa qualificarsi come aiuto, *ex* paragrafo 1 dell'articolo 107 TFUE. Pertanto, siccome non ricade sulla valutazione circa la compatibilità dell'aiuto, bensì sulla qualificazione della misura come aiuto, la Corte ha giurisdizione nel rivedere l'analisi effettuata dalla Commissione. In passato, la Corte si era limitata a sanzionare o la totale mancanza di valutazione da parte della Commissione o l'errata qualificazione del corretto termine di comparazione, poichè, come è noto, tale comparazione deve avvenire tra operatori di mercato simili, dato che lo Stato può sempre agire in qualità di investitore, creditore, venditore, garante, acquirente o prestatore.

La vicenda *EDF* ha cercato di delineare meglio i confini dell'esercizio regolatorio dello Stato. La Commissione aveva rifiutato di applicare il criterio dell'operatore di mercato all'attività del governo francese che aveva finanziato 888.89 milioni di euro all'impresa Electricité de France (EDF), perché riteneva che tale criterio si applicasse alle sole attività commerciali imputabili allo Stato e non anche all'esercizio dei propri poteri regolatori. Tuttavia, la Corte aveva reputato che, invece, spettasse allo Stato dimostrare che non agisse come operatore economico, bensì all'interno dei confini dei propri poteri statuali. Inoltre, secondo la Corte, spettava allo Stato anche provare che le misure fossero assunte sulla base di un'analisi economica dettagliata, comparabile alle strategie che, in condizioni normali di mercato, un operatore di mercato razionale deciderebbe di adottare, al fine di valutare la profittabilità dell'investimento e i rischi sottesi a questo[20].

In tema di aiuti alle banche, la complessità delle valutazioni ha costretto la Corte a elaborare un controllo più puntuale, non strettamente procedurale ma sostanziale. Invero, molti degli interventi statali di salvataggio non sono una tantum, ma sono frequentemente provvedimenti ed operazioni che si scaglionano nel

17 Sentenza del 26 febbraio 2019, causa T-865/16, *Fùtbol Club*, ECLI:EU:T:2019:113, punto 66.

18 Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, GU 2016/C 262/01.

19 *Ibidem*, punto 75.

20 Sentenza del 5 giugno 2010, causa C-124/10 P, *Commissione c. EDF*, ECLI:EU:C:2012:318, punti 82-85 e 105.

tempo e che dipendendo molto dall' esito dell'aiuto, ad esempio, se consegua o meno un ritorno ad uno stato di salute della banca in questione. Pertanto ci si è chiesti se, una volta che sia stato concesso un aiuto ad una banca, anche nel caso questo fosse stato qualificato come compatibile, le eventuali ulteriori misure a favore della stessa siano da considerarsi anch'esse come singoli aiuti. Su questo tema verte il recente caso della banca danese *FIH*[21] che aveva beneficiato di alcune misure, tra le quali un apporto di capitale e alcune garanzie statali. Tali interventi erano state dichiarati dalla Commissione come aiuti e tuttavia compatibili con il mercato unico. Successivamente, il governo danese aveva poi varato una serie di ulteriori misure, compresa la creazione di una *newco* e lo stanziamento di un finanziamento da parte dell'ente pubblico designato alle crisi bancarie, la *FIH*. Ancora una volta, la Commissione aveva stabilito che le misure integrassero aiuti di Stato. Di conseguenza, la Banca aveva contestato questa conclusione ed il Tribunale in primo grado le aveva dato ragione. La Corte di giustizia, tuttavia, in appello, aveva annullato la sentenza del Tribunale, spingendosi ad un'analisi puntuale sull'applicazione del principio dell'operatore economico.

In primo luogo, la Corte ha reiterato il proprio sindacato, non solo sull'opportunità dell'applicazione del test dell'operatore privato, ma anche sulle modalità. In secondo luogo, ha chiarito una questione fondamentale, ossia che i rischi ai quali è esposto lo Stato e che derivano da aiuti che lo Stato ha precedentemente concesso sono direttamente collegati alla sua qualità di potere pubblico e, quindi, non rientrano tra gli aiuti quelle operazioni che, in condizioni normali di mercato, un operatore privato avrebbe preso in considerazione nei suoi calcoli economici, "ovvero allorché le autorità statali mirino esclusivamente a ridurre l'esposizione finanziaria derivante da una misura di aiuto di Stato già adottata, il criterio dell'operatore privato non può applicarsi, perché l'intervento precedente ha già determinato condizioni di mercato non concorrenziali"[22].

Infine, non ogni intervento successivo a quello pricipale deve necessariamente e automaticamente qualificarsi come aiuto. Invece, si deve operare un'analisi puntuale circa la distinzione tra il perseguimento di obiettivi di redditività e il tentantivo di minimizzare perdite connesse ad aiuti già concessi. Nel caso di *FIH*, secondo la Corte, le misure adottate dal governo danese rientravano in questa seconda categoria.

A ben vedere, la vicenda della banca danese *FIH* sembrerebbe chiarire i contorni del principio dell'operatore economico, ma, in realtà, anticipa il campo di battaglia tra la Commissione e le parti interessate.

2.3. La seconda questione sui confini della nozione di aiuto richiama una vicenda nota, quella di Banca Tercas[23]. I fatti riguardano la ricapitalizzazione di tale banca ad opera del Fondo interbancario di tutela dei depositi (FITD). L'alternativa alla ricapitalizzazione sarebbe stata solamente quella radicale, ossia il fallimento della banca e della conseguente compensazione dei depositi (fino a 100mila). Pertanto, il

[21] Sentenza del 6 marzo 2018, causa C-579/16 P, *FIH*, ECLI:EU:C:2018:159.

[22] *Ibidem*.

[23] Sentenza del 19 marzo 2019, cause riunite T-98, 196 e 198/16, *Banca Tercas SpA*, ECLI:EU:T:2019:167.

FITD scelse la ricapitalizzazione e la prestazione di garanzie. La questione giuridica in *Banca Tercas* verte sulla nozione di Stato e di risorse statali, ossia se tale misura sia stata emanata a livello centrale. Anche se, secondo la Commissione, lo era stata e pertanto la misura era da considerarsi un aiuto di Stato in base ai criteri stabiliti nell'articolo 107 paragrafo 1, TFUE, il Tribunale, invece, ha recentemente annullato tale decisione della Commissione europea. La sentenza del Tribunale è peraltro interessante sia dal punto di vista sostanziale, sia dal punto di vista formalistico e pertanto si presta ad una riflessione più attenta. Preliminarmente, infatti, occorrerà dire che il Tribunale qualifica il fondo interbancario FITD come ente privato in possesso di un'autonomia gestionale, pur dando per scontato un'analisi puntuale circa la sua valutazione. Infatti, per quanto riguarda la sostanza, secondo il Tribunale, la Commissione non aveva provato sufficientemente che la condotta del FITD fosse ascrivibile direttamente allo Stato. A tal fine, i giudici citano la giurisprudenza più classica in materia di qualificazione di risorse statali. In *Stardust Maritime*[24], adottata nel 2002, la Corte ha stabilito che non è sufficiente per la Commissione stabilire l'imputabilità allo Stato di una certa misura solo perché sia stata adottata da un ente pubblico ma che è tuttavia necessario provare, attraverso una serie di indicatori, che l'ente in questione sia sottoposto ad un effettivo controllo da parte dello Stato. Tuttavia, nonostante la Corte citi tale autorevole precedente, ne ribalta, allo stesso tempo, l'impostazione, stabilendo che in caso di ente privato la Commissione "non può limitarsi a dimostrare, tenuto conto delle circostanze del caso di specie, che la mancanza d'influenza e di controllo effettivo delle autorità pubbliche su tale ente privato sia improbabile"[25].

Da un punto di vista testuale, l' uso di una doppia negativa non è mai un buon segno. Per quanto riguarda il contenuto, sembra che il Tribunale reinterpreti *Stardust Maritime* in maniera più rigida, in modo da sottoporre la Commissione ad un onere della prova maggiormente gravoso, o, per dirla con le parole della Corte, "solo un grado sufficientemente elevato di intervento consente di concludere nel senso dell'imputabilità delle misure di cui trattasi allo Stato italiano"[26].

Con questa sentenza, il Tribunale indica alla Commissione di ricercare non già una serie di indicatori, bensì una prova decisiva – la prova regina – dell'imputabilità allo Stato. Un onere ben più gravoso rispetto al dettato di *Stradust Maritime*.

Inoltre, secondo il Tribunale "occorre constatare che gli interventi di sostegno del FITD mirano principalmente a perseguire gli interessi privati delle banche che sono membri del FITD"[27] e pertanto non ci sarebbe alcun intervento statale coinvolto nella vicenda. Tuttavia, il Tribunale sembra ignorare una circostanza decisiva, ossia che in mancanza di capitalizzazione sarebbe scattato per legge l'obbligo di rimborso. Come è noto, la giurisprudenza ormai consolidata indica che, nel caso ci sia un sufficiente nesso casuale tra la misura e la condotta dello Stato, si tratta di aiuto[28].

---

[24] Sentenza del 16 maggio 2002, causa C-482/99, *Francia c. Commissione*, ECLI:EU:C:2002:294.

[25] Sentenza *Banca Tercas SpA*, cit., punto 89.

[26] *Ibidem*, punto 91.

[27] *Ibidem*, punto 96.

[28] Sentenza del 19 dicembre 2013, causa C-262/12, *Vent de Colère*, ECLI:EU:C:2013:851; del 17 luglio 2008, causa C-206/06, *Essent Netwerk Noord*, ECLI:EU:C:2008:413; sentenza *Francia c. Commissione*; del 13 marzo 2001, causa C-379/98, *PreussenElektra*, ECLI:EU:C:2001:160.

Con riferimento alla condizione riguardante il finanziamento dell'intervento mediante risorse statali, secondo il Tribunale l'intervento del FITD, che utilizzava fondi forniti dagli istituti bancari membri del FITD nell'interesse dei membri del FITD, non configura un onere finanziario sullo Stato. L'analisi, che impegna più di venti paragrafi, menziona un unico precedente, ma non il fatto che i contributi utilizzati dal FITD per finanziare l'intervento abbiano avuto carattere obbligatorio[29]. Infatti, le banche che erano parti del Fondo non avevano altra scelta che aderirvi ed inoltre non potevano nemmeno opporre il loro veto sulle decisioni del FITD o dissociarsi dall'intervento da esso deciso. Come stabilito ad esempio nelle sentenze *Essent*[30] e *Vente des Colere*[31], il fattore rilevante per determinare se si tratti di un aiuto non è l'origine delle risorse, ma il livello dell'intervento dell'autorità pubblica nella definizione della misura e anche in caso di risorse private se la destinazione di tali contributi versati da soggetti privati è determinata dallo Stato.

Attestato che le parti Tercas, Banca d'Italia e FITD si avvalevano di esperti ed ottimi avvocati, e riconosciuto che la stessa giurisprudenza della Corte in materia non sia cristallina, in quanto oscilla tra un approccio formalistico ed uno "teleologico", la soluzione del Tribunale sembra propendere per una rilettura della nozione stessa di aiuto. Il Tribunale suggerisce esplicitamente l'idea che gli interventi di sostegno mirassero ad evitare le conseguenze negative nei confronti delle banche che partecipavano al FITD e per l'intero settore bancario, soprattutto in termini di reputazione e di rischio di panico tra i correntisti. Il principio cardine che informa la materia degli aiuti di Stato è tuttavia quello per cui la nozione di aiuto ha un'accezione oggettiva[32] e pertanto lo scopo di un certo intervento è irrilevante. Nondimeno, il fine della misura può essere preso in considerazione dalla Commissione in sede di compatibilità ma non a livello di nozione di aiuto. Invece, l'analisi del Tribunale, peraltro non supportata da alcun precedente, è indice della difficoltà di applicare le norme sugli aiuti nel settore delle banche in difficoltà. È infatti chiaro, come emerge dalla comunicazione 2013 e della direttiva BRRD[33], che altri obiettivi pubblici, oltre a quelli della preservazione del mercato unico e della concorrenza, cardini del sistema di controllo sugli aiuti, vadano presi in considerazione, come ad esempio la sicurezza sociale o la prevenzione di ulteriori stress macroeconomici sul tessuto produttivo[34]. Nella sentenza *Banca Tercas* si nota, insomma, la tendenza a sussumere siffatti aspetti di politica pubblica nella nozione oggettiva di aiuto.

In realtà, "la distinzione fondamentale tra aiuti vietati e politica sociale ed economica generale è piuttosto vaga"[35]. Il fenomeno di una certa sovrapposizione tra la nozione di aiuto e quella di compatibilità è presente non solo nella materia degli aiuti alle banche ma anche nel settore di applicazione degli aiuti fiscali. La fiscalità è, infatti, tipicamente, quella porzione di sovranità nazionale attraverso cui gli Stati membri realizzano obiettivi di politica pubblica. La coesistenza di due mondi che

29 Sentenza *Banca Tercas SpA*, cit., punti 133-161.
30 Si veda nota 29.
31 *Ibidem*.
32 causa C-73/1973 *Italia c. Commissione*, ECLI:EU:C:1974:71.
33 Si veda nota 12.
34 Cfr. la sentenza *Kotnik*.
35 Conclusioni dell'avvocato generale Jacobs del 7 maggio 1996, causa C-124/94, *Francia c. Commissione*, ECLI:EU:C:1996:195, punto 30.

si ruotano attorno appare ancora più lapalissiana; un lato, la protezione del mercato unico, delle libertà fondamentali che lo strutturano e della concorrenza e, dall'altro, il perseguimento di obiettivi meritevoli di tutela, da realizzarsi per mezzo della fiscalità generale. Pertanto, se nel caso degli aiuti alle banche l'interesse sotteso è quello di ridurre l'impatto delle crisi degli istituti finanziari nel tessuto produttivo ed evitare un "effetto domino", con gli aiuti fiscali, parallelamente, gli Stati scelgono il proprio indirizzo di politica economica, favorendo o sgravando alcune attività produttive meritevoli di tutela pubblica. Non per questo, tuttavia, tale settore è esente dall'applicazione delle regole del Trattato ed in particolare la Corte dovrà verificare se l'aiuto in questione rientra tra gli obiettivi della fiscalità generale di un dato Stato membro o se, invece, conceda un indebito vantaggio selettivo al suo beneficiario.

Infatti, il tema degli aiuti fiscali si è sviluppato attorno alla definizione del criterio della selettività, contenuto nella nozione di aiuto. La Commissione definisce selettività materiale ogni misura statale che si applichi solo a determinate imprese o gruppi di imprese o a determinati settori dell'economia in uno Stato membro[36]. Il criterio della selettività, così come definito dalla Commissione e dalla Corte, opera infatti come una garanzia dei principi di uguaglianza e di legalità, in quanto distingue le politiche di spesa orizzontali, quelle cioè destinate ad apportare un beneficio economico ad una pluralità indeterminata di soggetti, da quelle settoriali, che, invece, distorcono la concorrenza senza peraltro generare investimenti proficui per il paese. La linea di demarcazione appare tanto semplice a parole quanto impervia nella pratica, per almeno due ordini di motivi. In primo luogo, la tassazione diretta rientra tra le competenze statali, poiché non è conferita esplicitamente dal Trattato all'Unione. Tuttavia, come ha precisato la Corte sin dagli albori della sua attività, il solo fatto che una misura rientri in un regime nazionale fiscale non esclude l'applicabilità delle norme in materia di aiuti[37]. Dunque, si applica il principio secondo cui bisogna distinguere la titolarità della competenza dal suo esercizio che deve essere comunque compatibile con i Trattati UE[38].

In secondo luogo, il concetto di selettività è arduo da applicare a molti degli aiuti fiscali che gli Stati mettono in pratica. Pertanto, la Commissione ha elaborato, sin dalla sentenza *Adria Wein*, un approccio più analitico, concependo un test a tre fasi[39]. Al fine di determinare se una misura statale si debba considerare come selettiva: *a*) deve essere individuato il sistema di riferimento dello Stato membro; *b*) occorre stabilire se una determinata misura costituisca una deroga a tale sistema, in quanto distingue tra operatori economici che si trovano in una situazione di fatto e di diritto analoga, alla luce dell'obiettivo perseguito dal sistema tributario di riferimento di tale Stato; *c*) in caso la misura risulti selettiva, occorre valutare se la deroga sia giustificata dalla natura e della struttura generale del sistema in cui tale deroga si inserisce.

---

36 Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, par 5. 1.

37 Sentenza *Italia c. Commissione*, punti 26 e 27.

38 Sentenza dell'8 marzo 2001, cause riunite C-397 e 410/98 *Metallgesellshaft*, ECLI:EU:C:2001:134, punto 37; del 12 dicembre 2013, causa C-362/12, *Test Claimants*, ECLI:EU:C:2013:834. Si veda, inoltre, A. Biondi, *Towards a theory of selectivity of fiscal measures*, in AA. VV, *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour Ceca à La Cour de L'Union: le lond parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 126.

39 Sentenza dell'8 novembre 2001, causa C-143/99, *Adria-Wein Piepline*, ECLI:EU:C:2001:598.

In *Paint Graphos* la Corte ha delineato i contorni del test più precisamente. Il caso concerne il regime italiano di tassazione delle cooperative, che è in deroga alla normale tassazione delle altre imprese, poiché la cooperativa è tenuta alle remunerazioni verso i suoi associati. Secondo la sentenza, le cooperative non sono paragonabili agli altri tipi di impresa, in ragione del loro scopo, delle loro attività e gli obblighi a cui sono sottoposte per statuto e pertanto, la selettevità sarebbe da interpretare *strictu sensu*[40]. Più recentemente, invece, la regione delle Asturie ha introdotto delle norme che imponevano una tassa sui grandi stabilimenti commerciali, la cui superficie fosse superiore ai 4.000m^2. In *ANGED*[41], la Corte ha reputato tale misura conforme all'articolo 107 TFUE, in quanto non selettiva, perché, pur introducendo un regime tribuario più gravoso per quelle attività commerciali la cui superficie di vendita sia superiore a 4000m^2, il solo fatto che un regime fiscale benefici un gruppo di imprese che rientrano nei requisiti posti per legge, non integra necessariamente una misura selettiva. Per di più, come sostenuto nelle conclusioni dell'avvocato generale Kokott, il regime generale varia "a seconda della disparità di trattamento presa in considerazione"[42], sostenendo la necessità di operare un esame obiettivo della legge e della giustificazione della differenziazione[43]. Questo stesso esame è condotto dalla Corte che conseguentemente esclude che la misura integri aiuto di Stato, in quanto la differenziazione tra imprese commerciali grandi e medio-piccole è "intrinseca all'obiettivo della legge" cioè la compensazione degli effetti negativi delle loro attività commerciali sull'ambiente.

Vedremo in che direzione andrà la Corte. Nel frattempo ci sarebbe bisogno di domandarsi se in alcuni settori, tra cui gli aiuti alle banche in difficoltà e gli aiuti fiscali, la nozione oggettiva e ortodossa di aiuto sia perfino troppo ortodossa e si debba invece accettare un'applicazione differenziata della nozione di aiuto.

2.4. Il tema della protezione dei diritti dei correntisti e degli azionisti a seguito delle crisi bancarie occupa la vicenda di *Banco Espirito Santo* (BES)[44]. Lo Stato portoghese aveva optato per l'attuazione di un modello alternativo di risoluzione della crisi, ossia la creazione immediata e conseguente capitalizzazione di un istituto di credito temporaneo – denominato "*bridge bank*" – a cui furono trasferite le attività commerciali "sane" del BES. Al contrario, le attività e passività rimanenti vennero mantenute in capo all'istituto originario, trasformato pertanto in una "*bad bank*". La Commissione aveva reputato tali misure aiuti di Stato, sebbene compatibili con il mercato unico[45]. La decisione aveva suscitato forti contestazioni da parte degli azionisti e obbligazionisti della banca, in quanto tale decisione autorizzava di fatto

[40] J. L. Buendia Sierra, *Finding selectivity or the art of comparison Joined cases C-78 to C-80/08*, in EStAL, n. 1, 2018 p. 85 ss., spec. p. 88.

[41] Sentenza del 26 aprile 2018, cause riunite C-234/16, C-236/16, C-237/16, *ANGED*, ECLI:EU:C:2018:291.

[42] Conclusioni dell'avvocato generale Kokott del 9 novembre 2017, C-234, 236 e 237/16, *ANGED*, ECLI:EU:C:2017:854, punto 86.

[43] *Ibidem*, punti 88-100.

[44] Sentenza del 7 novembre 2018, causa C-544/17 P, *BPC Lux 2 e a. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2018:880.

[45] Decisione della Commissione europea di autorizzazione degli aiuti di Stato ai sensi degli articoli 107 e 108 TFUE (SA.39250 Monitoring of Banco Espirito Santo, GU C 393, 7 novembre 2014).

il trasferimento delle azioni e delle obbligazioni subordinate alla *bad bank*, senza che gli interessati potessero vantare alcun diritto sui beni detenuti dalla *bridge bank*. Intentata dunque un'azione di annullamento davanti al Tribunale, esso dismetteva l'azione per mancanza di legittimità ad agire[46]. I ricorrenti, infatti, avevano portato a fondamento dell'azione di annullamento davanti al Tribunale l'interesse a risolvere le conseguenze negative che la creazione della *bridge bank* aveva arrecato loro[47]. Tuttavia, il Tribunale aveva invece sostenuto che il deprezzamento dei bond posseduti dai ricorrenti era stato causato non già dal trasferimento di questi alla *bridge bank*, ma dalla decisione delle autorità portoghesi di ricorrere ad una procedura di risoluzione che andava inevitabilemente contestata davanti al giudice portoghese[48].

La Corte, nell'annullare la sentenza del Tribunale ha invece riconosciuto la legittimità ad agire per i ricorrenti, in base alla circostanza che l'annullamento della decisione della Commissione avrebbe potuto avere un impatto sull'accoglimento di un eventuale ricorso per responsabilità che essi avrebbero potuto proporre nell'ambito di un procedimento giudiziario nazionale[49]. La Corte infatti statuisce che, da una parte, "l'eventualità di un ricorso per risarcimento è sufficiente a fondare un interesse ad agire, semprechè non sia ipotetico"[50] e, dall'altra, che "l'interesse ad agire può derivare da qualsiasi azione intentata dinanzi ai giudici nazionali nel cui ambito l'eventuale annullamento possa procurare un vantaggio al ricorrente"[51].

Banco Espirito Santo riguarda dunque un punto strettamente procedurale in quanto spetterà ora di nuovo agli attori dimostrare di fronte al Tribunale la sostanza dei loro argomenti. È una sentenza importante sotto molteplici aspetti: in precedenza le Corti avevano sempre rigettato le azioni di annullamento, a parte l'accoglimento della richiesta in un caso portoghese, sostenendo che ogni conseguenza giuridica su azionisti o correntisti, ed eventuali azioni danni, erano da imputarsi alle decisioni degli Stati membri[52]. Insomma, avevano sbagliato indirizzo. Nella sentenza *Banco Espirito Santo*, invece, la Corte prende atto delle conseguenze di un eventuale annullamento, ossia la possibilità che esso possa essere usato come argomento per corroborare un'eventuale azione di risarcimento di danni di fronte al giudice nazionale. La sentenza, tuttavia, non è di agevole lettura e non esonera investitori e correntisti dall'onere di provare davanti alla corte nazionale il danno subito, nonostante siano soggetti con rischi e profili molto diversi tra loro.

La questione fondamentale, ancora una volta, appare il bilanciamento degli interessi. Fino ad oggi la Corte aveva ritenuto che l'interesse a garantire la stabilità del sistema finanziario prevalesse sulla tutela dei diritti degli azionisti di una banca. Infatti, nella sentenza *Kotnik*, già ricordata, la Corte aveva negato che il principio del *burden sharing*, ossia della ripartizione delle responsabilità, potesse configurare

---

46 Ordinanza del 19 luglio 2017, causa T-812/14 RENV, *BPC Lux 2 e a. c. Commissione*, ECLI:EU:T:2017:560.

47 *Ibidem*, punto 27.

48 *Ibidem*, punti 28-30.

49 Sentenza *BPC Lux 2 e a. c. Commissione*, punto 44; sentenza del 17 settembre 2015, causa C-33/14, *Mory e a. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2015:609.

50 *Ibidem*, punto 43.

51 *Ibidem*, punto 44.

52 V. la sentenza del 20 settembre 2016, causa C-8/15, *LEDRA c. Commissione e BCE*, ECLU:EU:C:2016:701.

una violazione del principio del legittimo affidamento o del diritto di proprietà[53]. Con *Banco Espirito Santo*, tuttavia, si aprono scenari giurisprudenziali inediti e nuovi possibili livelli di interazione tra le corti, quelle nazionali e quella europea.

3. Alla luce delle considerazioni svolte e della giurisprudenza analizzata, è facile predire come la materia degli aiuti di Stato stia conquistando un posto preponderante tra le politiche europee. Certamente, il Trattato di Roma era basato su obiettivi di politica liberale, come "steady, steady expansion, balanced trade and fair competition"[54], ma anche su una contemporanea presunzione, senza dubbio ottimistica, che i Trattati e la legislazione europea avrebbero saputo istaurare un'economia di mercato efficiente ma equa. Allo stesso tempo, la legislazione sarebbe stata capace di assicurare "checks and balances" tra la promozione di un'economia virtuosa e la conservazione di politiche strategiche di welfare nazionale. Tale orientamento economico è rimasto immutato negli anni, almeno sulla carta. Tuttavia, a questa presunzione non sono quasi mai seguite adeguate politiche europee di implementazione. A ben vedere, l'articolo 3 del Trattato sull'Unione europea (TUE) menziona esplicitamente l'obiettivo, per le Istituzioni, di provvedere sia alla crescita economica e alla stabilità dei prezzi, quanto però anche alla realizzazione di un'economia di mercato sociale altamente competitiva, che miri alla piena occupazione, al progresso sociale e alla protezione dell'ambiente, insieme al progresso tecnologico e scientifico. Insomma, come la giurisprudenza succitata dimostra, gli aiuti di Stato soffrono di una bipolarità intrinseca, dovuta non già al fallimento delle politiche di coesione, quanto bensì al successo delle regole sugli aiuti. Proprio l'abilità degli articoli 107-109 TFUE di assicurare la salute del mercato interno ha incoraggiato le Istituzioni a servirsene per orientare le politiche economiche nazionali.

In quanto al punto di diritto, se, come le sentenze *FIH* e *Tercas* dimostrerebbero, si accetta che il sindacato giurisdizionale possa o debba farsi sempre più intenso e puntuale, possibilmente anche innovativo, a questo deve per forza corrispondere una tutela maggiore dei diritti individuali connessi. Certamente, i problemi derivanti dall'applicazione di norme complesse come quelle in materia di aiuti alle banche e la faticosa applicazione della direttiva BRRD sono molteplici, ma, come sostenuto dalla Corte: "L'esistenza stessa di un controllo giurisdizionale effettivo destinato ad assicurare il rispetto del diritto dell'Unione è intrinseca ad uno Stato di diritto"[55].

La Corte deve mantenere la sua parola anche quando si tratta di azionisti e riparmiatori.

[53] Cfr. la sentenza *Kotnik*.

[54] Preambolo del Trattato della Comunità economica europea, 1957.

[55] Sentenza del 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, ECLI:EU:C:2018:117, punto 36.

Abstract

Il contributo della Corte di giustizia in materia di aiuti di Stato

Le norme europee in materia di aiuti di Stato sono diventate uno dei punti caldi del diritto dell'Unione europea, specialmente a partire dalla crisi finanziaria che ha travolto l'Europa per oltre un decennio. Sebbene le disposizioni del Trattato siano rimaste praticamente invariate dal 1957, nuove norme sono sopraggiunte, come regolamenti, direttive e *soft law* provienti dalla Commissione europea. Il volume crescente di strumenti legislativi ha inevitabilmente portato ad un contemporaneo aumento delle cause. Il presente contributo considera il ruolo delle corti europee con un'attenzione specifica agli aiuti di Stato nel settore bancario. In particolare, analizza tre casi di studio, che sono connessi a tre aspetti più generali del corrente dibattito in materia di diritto europeo degli aiuti di Stato. Innanzitutto, la CGUE sta progressivamente estendendo la propria giurisdizione nel settore economico, come ad esempio in materia del principio dell'operatore di mercato, che tradizionalmente era lasciato in via esclusiva allo scrutinio della Commissione. In secondo luogo, vi è una tendenza crescente nella giurisprudenza delle Corti UE a fondere la nozione di aiuto e la compatibilità con il mercato interno, in particolare nei settori degli aiuti bancari e fiscali. In terzo luogo, i casi analizzati fanno sorgere la questione di quale potrebbe essere una protezione giudiziale adeguata per i diritti individuali lesi, come quelli degli azionisti e dei risparmiatori. In conclusione, per quanto concerne la normativa UE sugli aiuti di Stato e più nello specifico il settore bancario, la giurisprudenza della Corte è diventata più precisa e dettagliata sulle questioni tecniche. Di conseguenza, dovrebbe garantirsi una maggiore protezione ai diritti individuali.

The Court of Justice's Contribution on State Aid

EU State aid rules have become one of the hotspots of EU law especially since the financial crisis that has engulfed Europe for over a decade. Although Treaty rules are almost unchanged since 1957, new provisions were added, such as EU regulations, directives and soft law issued by the European Commission. The increasing volume of legal instruments led inevitably to a simultaneous rise in litigation. This paper discusses the role of the EU courts with a specific focus on State aid in the banking sector. In particular, it analyses three case studies, which are linked to three more general aspects of the ongoing debate in EU State aid law. First, the CJEU is progressively extending its jurisdiction to economic topics, such as the market operator principle, which were traditionally left to the sole Commission scrutiny. Second, there is a growing tendency in the case law of the EU courts to merge the notion of aid and the compatibility with the internal market, in particular in the sectors of banking and fiscal aid. Third, the cases analysed rise the question of what an adequate judicial protection for the individual rights affected such as those of shareholders and depositors should be. In conclusion, as regards EU State aid law and the banking sector more specifically; the Court's jurisdiction has become more precise and detailed on technical issues. Consequently, a higher level of protection of individual rights shall be guaranteed.

Susanna Cafaro*

Il ruolo della Corte di giustizia nella definizione della politica economica e monetaria europea

Sommario: 1. Introduzione. – 2. L'indipendenza della Banca centrale europea. – 3. La discrezionalità delle valutazioni del Consiglio in materia di *deficit* eccessivi. – 4. Il confine tra politica economica e politica monetaria e la creazione di strumenti innovativi. – 5. La legittimità dell'intervento non convenzionale di politica monetaria in caso di crisi. – 6. Conclusioni.

1. Il titolo appare ambiguo. Si potrebbe correttamente osservare che non spetta alla Corte definire la politica economica e monetaria europea. E, tuttavia, il ruolo svolto dalla giurisdizione suprema dell'Unione è rilevantissimo: pur non entrando nel merito delle due politiche (indirizzi, strumenti, obiettivi). La Corte è intervenuta nel definire cosa si intenda per politica economica e cosa per politica monetaria nell'Unione europea, quali ne siano gli attori e come si delimitino i rispettivi campi di intervento: un regolamento di confini che ha importantissime implicazioni giuridiche e politiche.

Infatti, in un sistema quale quello in oggetto, in cui i poteri, le competenze e gli strumenti sono definiti e attribuiti dai Trattati, il ruolo della Corte quale interprete qualificata degli stessi – attraverso gli strumenti del rinvio pregiudiziale e dell'impugnazione degli atti – si conferma fondamentale. Entrano in gioco il ruolo degli Stati e quello dell'Unione, gli spazi di discrezionalità del Consiglio e i margini di autonomia della Banca centrale. La Corte ci aiuta a comprendere cosa si intenda per indipendenza della BCE e cosa per stabilità dei prezzi, sia pure recependo spesso (e, così facendo, legittimando) l'interpretazione offerta dallo stesso istituto di emissione. Essa verifica, inoltre, se questo sia competente ad intervenire in caso di crisi ed in che termini.

In questo *ius dicere*, la Corte, delineando poteri e competenze, riconosce una legittimità che discende dai Trattati ma che – pur assunta in ipotesi – non si può dare per certa prima del suo intervento in tutti quei casi di interpretazione incerta in cui letture contrapposte portano a dubitare dell'esatto significato delle fonti primarie.

Questa operazione maieutica e definitoria che la Corte ha svolto con successo con riguardo al mercato interno negli anni Sessanta e Settanta – in una serie di

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso l'Università del Salento.

grands arrêts che figura oggi in tutti i manuali (*Van Gend en Loos*, *Dassonville*, *Cassis de Dijon*, per fermarci ai più significativi) – viene esercitata in relazione alla politica economica e monetaria dopo il Trattato di Maastricht che introduce le nuove competenze nell'ordinamento europeo e, soprattutto, a partire dall'introduzione dell'euro, quindi dal Duemila. Trova poi il suo culmine in occasione della crisi finanziaria globale che assume in Europa i connotati della crisi dei debiti sovrani e della crisi di liquidità.

Alcuni dei passaggi più rilevanti di questa progressiva definizione dei contorni delle due politiche saranno evidenziati di seguito, attraverso sentenze destinate anch'esse, probabilmente, a finire nei manuali.

2. La prima questione che la Corte di giustizia è stata chiamata ad affrontare nella sua opera di chiarificazione attiene all'indipendenza dell'istituto di emissione.

La Banca centrale europea (in appresso BCE) figura oggi, com'è noto, nella lista delle istituzioni dell'Unione, all'art. 13 del Trattato istitutivo dell'Unione (TUE). Non era così prima della riforma operata con il Trattato di Lisbona. Nella precedente versione consolidata del Trattato CE all'art. 7 che contemplava una lista più breve di istituzioni della Comunità seguiva un art. 8 che istituiva "un Sistema europeo di banche centrali [in appresso denominato SEBC] e una Banca centrale europea [in appresso denominata BCE], che agiscono nei limiti dei poteri loro conferiti dal presente trattato e dallo statuto del SEBC […]".

L'incardinamento della BCE tra le istituzioni dell'Unione non era quindi poi così chiaro nei primi anni della sua creazione, in virtù anche di ripetute sottolineature della sua indipendenza nei Trattati e nello statuto del Sistema europeo delle banche centrali (in appresso SEBC), che potevano dare ad intendere che tale autonomia si traducesse in una sorta di "statuto speciale" grazie al quale l'istituzione poteva sottrarsi al sistema delle garanzie e dei controlli propri del diritto dell'Unione.

L'indipendenza della BCE e del SEBC, tuttavia, per quanto elevata non è assoluta: è attribuita alla BCE "nell'esercizio dei poteri e nell'assolvimento dei compiti e dei doveri" attribuiti al sistema. Non è quindi tale da sottrarre la BCE all'operare dei principi generali di diritto europeo. Questo è quanto la Corte di giustizia ha avuto modo di precisare nella famosa sentenza *OLAF*, il caso C-11/00, giunto a sentenza il 10 luglio 2003.

In tale vicenda, oggetto della controversia era la sottoposizione della BCE all'operato dell'Ufficio europeo per la lotta antifrode (in prosieguo: l'OLAF), istituito con la decisione della Commissione 28 aprile 1999 per contrastare frodi, corruzione e ogni altra attività lesiva degli interessi finanziari della (allora) Comunità europea e con poteri di controllo e indagine su "le istituzioni, gli organi e gli organismi" creati dai trattati europei o da atti di diritto derivato dagli stessi. Era implicito, per la Commissione, che la BCE rientrasse nell'oggetto del regolamento, non così per la Banca centrale che, invocando la propria indipendenza, creava un proprio meccanismo autonomo, seppur speculare, con decisione del 7 ottobre 1999.

Inequivocabile, nel filo del ragionamento della Corte, il punto 91: "[…] il fatto stesso che un organo o un organismo tragga la propria esistenza dal Trattato CE suggerisce che esso è stato concepito per contribuire alla realizzazione degli obiettivi della Comunità europea e lo inserisce nel contesto comunitario, cosicché i mezzi di

cui esso dispone per effetto del detto Trattato presentano naturalmente un interesse finanziario proprio e diretto per la Comunità medesima". Ne conseguiva l'annullamento della decisione della BCE istitutiva di un autonomo meccanismo antifrode[1].

La questione è stata poi, in via definitiva, risolta dallo stesso Trattato di Lisbona, che nel 2009 inseriva l'istituto di emissione nel novero delle istituzioni di cui all'art. 13 TUE.

L'indipendenza della BCE pur (relativamente) limitata dall'appartenenza al quadro giuridico dell'Unione, si conferma tuttavia molto importante quando questa si trova a deliberare scelte controverse (e contestate) particolarmente in Germania, come dimostra il caso *Gauwailer* (causa C-62/14), sollevato diversi anni dopo in via pregiudiziale dalla Corte costituzionale tedesca al fine di far dichiarare alla Corte l'incompetenza dell'istituto di emissione ad adottare il programma OMT di sostegno illimitato agli stati in crisi mediante acquisto di titoli di debito pubblico.

Pur con tutte le cautele del caso, la Corte precisa, al punto 68, che "poiché il SEBC è chiamato, quando elabora e attua un programma di operazioni di mercato aperto quale quello annunciato nel comunicato stampa, a procedere a scelte di natura tecnica e ad effettuare previsioni e valutazioni complesse, occorre riconoscergli, in tale contesto, un ampio potere discrezionale". Discrezionalità che concretizza dunque tale ampio margine di autonomia[2].

La questione si ripresenta di nuovo, pochi anni dopo. Nel mirino, ancora una volta, un programma di acquisto di attività del settore pubblico sui mercati secondari (il PSPP) – parte dell'ampio piano di intervento più noto al grande pubblico come *quantitative easing* - ancora una volta la Corte costituzionale tedesca si fa portavoce di seri dubbi di legittimità sull'operato della Banca sollevati da numerosi ricorrenti.

Si tratta del caso *Weiss*, del dicembre 2018, causa C-493/17. Di nuovo, al punto 73, la Corte riprende (e richiama) le considerazioni già svolte nel caso *Gauweiler*: il giudice si ferma sulla soglia della discrezionalità tecnica dell'istituto di emissione, che d'altronde è rafforzata dalla efficacia e trasparenza del suo argomentare come illustrato nelle motivazioni degli atti attaccati in giudizio.

L'indipendenza tuttavia non è soltanto nelle scelte, che non possono essere condizionate da altri attori istituzionali per quanto autorevoli, ma è anche indipendenza personale dei protagonisti della politica monetaria: il Presidente, i membri del Comitato esecutivo, i membri del Consiglio direttivi che rivestono altresì il ruolo di governatori delle banche centrali dell'Eurozona.

In termini più generali, l'indipendenza personale è garantita dall'art. 130 TFUE, ripreso dall'art. 7 dello statuto SEBC, che recita "nell'esercizio dei poteri e nell'assol-

---

[1] Sentenza del 10 luglio 2003, causa C-11/00, *Commissione c. Banca centrale europea*, ECLI:EU:C:2003:395. A commento della sentenza si vedano, *inter alia,* R. Smits, *The European Central Bank in the European Constitutional Order*, Utrecht, 2003, p. 1 ss., spec. p. 16 ss.; N. Lavranos, *The limited, functional independence of the ECB*, cit., p. 115 ss.; O. Odudu, *Case C-11/00*, Commission of the European Communities v. European Central Bank, Judgment of 10 July 2003, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 1073 ss., F. Sucameli, *L'indipendenza della Banca centrale europea fra separazione ed equilibrio istituzionale,* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, p. 694 ss.; F. Spagnuolo, G. Pizzanelli, *La Corte di giustizia nel caso OLAF,* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 233 ss.

[2] G. Contaldi, *L'indipendenza della BCE alla luce del caso OMT*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, p. 71 ss.

vimento dei compiti e dei doveri loro attribuiti dal presente Trattato e dallo statuto del SEBC, né la BCE né una Banca centrale nazionale né un membro dei rispettivi organi decisionali possono sollecitare o accettare istruzioni dalle istituzioni o dagli organi comunitari, dai Governi degli Stati membri né da qualsiasi altro organismo". A completamento, vi è il divieto per organi, istituzioni comunitari e governi di cercare di influenzare i membri degli organi decisionali della BCE o delle banche centrali nazionali (in appresso, BCN). Tale disposizione vale a garantire l'istituzione monetaria in quanto tale da influenze esterne, ma rende anche indipendenti i membri dei suoi organi decisionali. Tale garanzia è particolarmente importante per il Consiglio direttivo, composto in gran parte dai governatori delle banche centrali degli Stati membri, nominati a seguito di procedimenti nazionali. E', infatti, un'ulteriore conferma del fatto che essi siedono nell'organo non in quanto rappresentanti di interessi nazionali (o delle banche centrali di cui sono espressione), ma in quanto componenti di un collegio sopranazionale di esperti.

Costituiscono garanzie supplementari dell'indipendenza la durata del mandato e la non rieleggibilità dei membri del Comitato esecutivo, nonché una procedura particolare che renda straordinaria, nonché conseguenza di una valutazione imparziale della Corte di giustizia la rimozione dall'incarico (art. 11, statuto SEBC). Anche i governatori delle banche centrali, pur nominati con procedura nazionale, non possono essere sollevati dall'incarico a meno che non si configuri l'ipotesi di gravi mancanze o del venir meno dei requisiti per la nomina. Il rispetto di questa disposizione (art. 14.2 dello statuto) è assicurato da uno strumento straordinario di impugnazione dinanzi alla Corte di giustizia da parte del Consiglio direttivo o del governatore interessato.

Questo il caso che si è verificato, per la prima volta nel 2018, quando il governatore della banca centrale lettone Rimšēvičs è stato sospeso dall'incarico in quanto sospettato di aver illecitamente favorito una banca commerciale dello stesso stato. In tale occasione è partito un doppio ricorso, dalla BCE e dal diretto interessato, fondato proprio sulla norma statutaria (cause riunite C-202 e 238/18)[3].

Se l'interesse per il giurista si appunta soprattutto sulle conseguenze pratiche di questo ricorso, azionato per la prima volta, e non descritto nel suo esito dallo statuto stesso (condanna dello Stato come proponeva l'avvocato generale o piuttosto annullamento dell'atto nazionale (!), come poi ha deciso la Corte?)[4], è il caso di sottolineare invece come sia stata l'ennesima occasione per consentire al giudice europeo di sottolineare l'importanza del principio di indipendenza che vale a garantire la posizione del governatore nazionale, in quanto membro del Consiglio direttivo, ma anche l'indipendenza della banca centrale nazionale, in quanto componente del Sistema europeo di banche centrali[5]. L'annullamento dell'atto nazionale

[3] Sentenza del 26 febbraio 2019, cause riunite C-202 e 238/18, *Rimšēvičs*, ECLI:EU:C:2019:139.

[4] Si veda in proposito l'efficace analisi di A. Circolo, *Accertamento o annullamento? La prima volta della Corte sull'art. 14, par. 2 statuto SEBC e BCE: il caso Rimšēvičs*, in *I Post di Aisdue*, vol. I, sezione "Note e commenti", n. 4, 2019.

[5] In particolare, nei punti da 46 a 50, la Corte precisa la *ratio* di tale strumento: "46. In proposito, è opportuno ricordare che gli autori del Trattato CE, poi del Tratto FUE, hanno inteso garantire che la BCE e il SEBC siano in grado di assolvere in maniera indipendente i compiti ad essi attribuiti […]. 48. È al fine di garantire l'indipendenza funzionale dei governatori delle banche centrali nazionali, le quali, ai sensi dell'articolo 282, paragrafo 1, TFUE, costituiscono il SEBC unitamente alla BCE, che l'articolo

è stato definito dai commentatori sorprendente e straordinario[6]. A tale conclusione la Corte è giunta argomentando in merito all'eccezionalità del rimedio di cui all'art. 14.2 dello statuto SEBC, che va interpretato come un'azione di annullamento che trova la sua ragion d'essere nella peculiarità del SEBC, "una costruzione giuridica originale che associa e fa strettamente cooperare istituzioni nazionali, ossia le banche centrali nazionali, e un'istituzione dell'Unione, segnatamente la BCE, e all'interno della quale vigono un'articolazione diversa e una distinzione meno pronunciata tra l'ordinamento giuridico dell'Unione e gli ordinamenti giuridici interni" (punto 69).

Nel merito, la Corte ha annullato l'atto nazionale perché inadeguatamente motivato: non solo non si trattava di un accertamento definitivo – con sentenza – delle responsabilità del governatore lettone, ma "la Repubblica di Lettonia non ha dimostrato che il sollevamento del sig. Rimšēvičs dall'incarico sia fondato sull'esistenza di indizi sufficienti del fatto che egli ha commesso gravi mancanze" (punto 96). L'"ardire" della Corte è stato definito un "momento costituzionale"[7] atto a definire ulteriormente il sistema e non si può non convenire sulla capacità della Corte di esplicitare la portata rivoluzionaria di norme come l'art. 14.2, inizialmente sottovalutate dai commentatori.

3. Se la Banca centrale è la protagonista indiscussa – e indipendente – della politica monetaria, la politica economica compete invece agli Stati membri che la esercitano nell'alveo dei divieti di debiti e *deficit* eccessivi (ma soprattutto di questi ultimi) previsti dai Trattati. La sede ultima in cui tanto il coordinamento quanto il controllo si attuano sono le istituzioni che degli stati sono rappresentative: Consiglio e Consiglio europeo. Si tratta di meccanismi eminentemente politici in cui il ruolo della Corte è espressamente limitato.

La procedura di controllo sui *deficit* eccessivi, di cui all'art. 126 TFUE sottrae alla Corte di giustizia il meccanismo sanzionatorio previsto dal par. 10, coerentemente con quanto previsto all'art. 121 TFUE, che istituisce una sorveglianza multilaterale in materia di coordinamento e coerenza delle politiche economiche degli Stati membri, interamente affidata al Consiglio, al Consiglio europeo e alla Commissione. Si tratta dunque di una gestione di natura politica come effettivamente la materia richiede. L'insieme di atti che precisano tanto le modalità di

14.2 dello statuto del SEBC e della BCE fissa in cinque anni la durata minima del mandato di tali governatori, prevede che questi ultimi possano essere sollevati dall'incarico solo se non soddisfano più le condizioni richieste per l'espletamento delle loro funzioni o se si sono resi colpevoli di gravi mancanze e introduce, a favore del governatore interessato e del consiglio direttivo della BCE, un mezzo di ricorso dinanzi alla Corte avverso siffatta misura. 49 Attribuendo direttamente alla Corte la competenza a conoscere della legittimità della decisione di sollevare dall'incarico il governatore di una Banca centrale, gli Stati membri hanno dimostrato l'importanza che essi attribuiscono all'indipendenza dei titolari di detto incarico. 50 Infatti, ai sensi dell'articolo 283, paragrafo 1, TFUE, e dell'articolo 10.1 dello statuto del SEBC e della BCE, i governatori delle banche centrali nazionali degli Stati membri la cui moneta è l'euro sono membri di diritto del consiglio direttivo della BCE, che è il principale organo decisionale dell'Eurosistema in virtù dell'articolo 12.1 di tale statuto e l'unico organo decisionale della BCE nel quadro del meccanismo di vigilanza unico in applicazione dell'articolo 26, paragrafo 8, del regolamento n. 1024/2013".

[6] Si legga il *post* di M. Costa, *Accountability and Independence of the Governors of National Banks: Any role for the Court of Justice of the European Union?*, in *eulawanalysis.blogspot.com*, 2019.

[7] Così D. Sarmiento, *Crossing the Baltic Rubicon*, in *verfassungsblog.de*, 2019.

controllo del rispetto dei meccanismi di coordinamento – fase preventiva – quanto le conseguenze del divieto di *deficit* eccessivi – fase sanzionatoria – vanno cumulativamente sotto il nome di "Patto di stabilità e di crescita". Si trattava inizialmente di due regolamenti (regolamenti del Consiglio n. 1466 e n. 1467/97) fondati sulle basi giuridiche degli articoli 121, par. 6 TFUE e 126, par. 14 TFUE e che costituivano normativa di attuazione dei due articoli. Tali normative non hanno brillato per efficacia, come un'esperienza ormai ventennale dimostra. Né ciò sorprende: se uno stato si trova in una situazione di *deficit* e di debito eccessivi o addirittura ingestibili, come può versare una pesante sanzione senza che la situazione si aggravi? A prezzo di quali riforme e di quali tagli (invadendo il terreno delle competenze di parlamenti e governi nazionali)? Come reagiranno i cittadini nei confronti dell'Europa se quei tagli andranno ad incidere sulle proprie posizioni soggettive, sui sistemi di *welfare*?

L'obiettivo non è dunque quello di arrivare a sanzione, ma semmai di cogliere tutte le tappe della procedura come occasioni per una correzione di rotta, a seguito del controllo dei pari operato in sede di Consiglio e di un meccanismo per così dire negoziale e partecipato in cui lo stato sotto procedura procede a progressivi aggiustamenti delle proprie misure di politica interna per giungere a dimostrare – con dati e proiezioni – la sostenibilità delle proprie finanze pubbliche.

Tuttavia, la possibilità della sanzione rimane un deterrente e questo spiega perché, a seguito della mancata applicazione della stessa, tali atti sono stati riscritti due volte nel 2005 (regolamenti del Consiglio n. 1055 e n. 1056/2005) e da ultimo nel 2011, per tentare di dare soluzione alle difficoltà applicative quanto per rinnovarne l'effetto.

Si potrebbe dunque ritenere di essere in un campo sottratto alle valutazioni del giurista e alla competenza del giudice. La prassi ha tuttavia dimostrato che rimane comunque un margine all'interno del quale la Corte può efficacemente svolgere il proprio ruolo di garante dei Trattati, se non in funzione sanzionatoria, quantomeno nel ruolo di interprete degli stessi. Anche in questo, come in tutti i casi di cui si tratta, la questione è a ben vedere un regolamento di confini: tra le istituzioni dell'Unione e più specificamente tra la valutazione politica (discrezionale) del Consiglio e la valutazione tecnica in capo alla Commissione; la funzione è *lato sensu* definitoria delle rispettive competenze.

Lo dimostra il caso *Commissione c. Consiglio* (causa C-27/04), giunto a sentenza il 13 luglio 2004. La Corte si è pronunciata a seguito dell'impugnazione, da parte della Commissione, di due atti con cui il Consiglio, nel novembre 2003, archiviava la richiesta della Commissione stessa di procedere ai provvedimenti formali di cui ai paragrafi 8 e 9 dell'art. 126 (pubblicazione delle raccomandazioni rivolte allo Stato per il quale sia accertata l'esistenza di un *deficit* eccessivo ed intimazione di prendere le misure volte alla riduzione del disavanzo) ed adottava un atto atipico intitolato "conclusioni del Consiglio relative alla valutazione delle misure adottate [rispettivamente, dalla Repubblica francese e dalla Repubblica federale di Germania] in risposta alle raccomandazioni del Consiglio ai sensi dell' art. 104, par. 7, del Trattato che istituisce la Comunità europea e che prendono in esame ulteriori misure volte alla riduzione del disavanzo per correggere la situazione di disavanzo eccessivo".

Poco importava, per la Commissione, che sotto procedura vi fossero due stati importanti come Francia e Germania. Particolarmente grave, a suo avviso, che il

Consiglio avesse rinunciato ad adottare la raccomandazione proposta e soprattutto avesse adottato in forma di conclusioni un *endorsement* dei piani di risanamento dei due governi in oggetto: un'evidente deviazione dalla procedura codificata dall'art. 126.

La Corte evidenziava nella sua decisione come la sospensione della procedura fosse espressamente prevista qualora lo Stato membro interessato ottemperasse a una raccomandazione o a un'intimazione del Consiglio (art. 9.1, regolamento n. 1467/97) ed anche come essa potesse essere di fatto l'esito di un mancato raggiungimento della maggioranza necessaria per adottare la raccomandazione. Non poteva invece essere espressamente deliberata in altre ipotesi, com'era avvenuto nel caso in oggetto (punti 84, 86, 87). La radicale deviazione dalla procedura codificata e l'adozione di atti atipici costituiscono dunque una violazione del Trattato (con conseguente annullamento degli atti), ma non così la mancata approvazione della raccomandazione della Commissione, che ricade nella competenza del Consiglio – e nella discrezionalità dei suoi membri nell'esprimere il proprio voto.

Ne è conseguita, qualche anno dopo, la scelta contenuta nell'ultima riforma del Patto di stabilità, anche nota come *Six pack*, che consta di sei atti entrati in vigore nel dicembre 2011[8]. La principale novità è nell'introduzione della c.d. maggioranza invertita. Sebbene la valutazione sui profili sanzionatori rimanga nell'opportuna sede politica, il Consiglio Ecofin, – con il voto sospeso dei Paesi con deroga e dello Stato soggetto alla procedura –vota a maggioranza qualificata entro dieci giorni non se approvare la proposta della Commissione, ma se respingerla. La proposta della Commissione che ha natura giuridica di raccomandazione si era rivelata debole alla prova dei fatti – e ne esce rafforzata – ma l'ultima parola rimane nell'opportuna sede politica, come la Corte aveva giustamente evidenziato[9].

4. Tanto la competenza degli Stati in materia di politica economica, quanto la competenza della BCE in materia di politica monetaria si sono tradotti – negli anni della crisi finanziaria – in un'attitudine creativa atta a generare ricorsi. A chi compete la gestione delle crisi? Quali strumenti di intervento ricadono nell'alveo della politica monetaria – e dunque della BCE – e quali nella discrezionalità degli Stati, attori protagonisti della politica economica?

Sul punto le sentenze rilevanti sono almeno tre: *Pringle*, *Gauweiler*, *Weiss*. Il ragionamento della Corte si fa sottile perché effettivamente le crisi finanziarie sono, a un tempo, crisi della finanza pubblica e minaccia alla stabilità dei prezzi e della moneta, rischio di inflazione o peggio di deflazione, quindi terreno di confine tra le due politiche e – spesso – zona grigia.

La divisione artificiale tra politica monetaria e politica economica si è sviluppata in tempi moderni per una ragione pratica: svincolare la politica monetaria dalla vista corta della politica economica, gestita – quest'ultima – dai governi e dall'élites poli-

[8] Quattro regolamenti adottati dal Consiglio dell'Unione insieme al Parlamento europeo (n. 1173, 1174, 1175 e 1176/2011) ed uno dal Consiglio soltanto (n. 1177/2011). Tutti si applicano ai 28 Stati membri, con alcune disposizioni specifiche per gli Stati la cui moneta e l'euro, relative in particolare ai profili sanzionatori

[9] Sulle caratteristiche e la ripartizione di competenze nella politica economica dell'Unione si veda *amplius* S. Cafaro, *L'Unione economica e monetaria dopo la crisi. Cosa abbiamo imparato*, Napoli, 2017, cap. I.3.

tiche, che vivono nel breve periodo del mandato elettorale e sono motivate dall'ansia della rielezione che porta a privilegiare il beneficio immediato sulla sostenibilità nel lungo periodo.

Tuttavia, la divisione tra politica monetaria e politica economica rimane piuttosto artificiosa: non si può dimenticare che la prima è in fondo un pezzo della seconda, tenuta distinta in funzione di una ripartizione di competenze orizzontale (tra la BCE e le istituzioni politiche dell'Unione) e verticale (tra l'Unione e gli Stati membri). Mentre la politica monetaria è di competenza esclusiva dell'Unione, ma solo per gli Stati membri che hanno adottato l'euro, la politica economica è competenza degli Stati membri (tutti) sebbene soggetti a vincoli e divieti di diversa intensità e ben più stringenti nell'area euro, nonché ad un dovere di coordinamento nel quadro istituzionale dell'Unione. Proprio il terreno della gestione delle crisi si rivela atto a far saltare questa distinzione, cosicché situazioni simili possono essere affrontate con strumenti diversi, tanto di politica economica che di politica monetaria e persino interventi simili possono essere azionati da attori differenti. Non a caso, proprio in quegli anni – tra il 2008 e il 2012 – le principali banche centrali nel mondo sono intervenute a gamba tesa nell'economia, con iniezioni di liquidità. E solo l'assenza di specifiche attribuzioni di competenza in tal senso alla BCE ne ha ritardato l'intervento fino a che la situazione non si è rivelata particolarmente grave per la zona euro, tanto da richiedere la creazione di strumenti *ad hoc*, in forma di operazioni di mercato programmate[10].

Gli Stati sono dunque intervenuti per primi, ricorrendo a soluzioni istituzionali fuori dall'alveo dei Trattati. Le scelte sono state compiute per lo più in via intergovernativa dagli Stati stessi – all'unanimità dai Capi di stato e di governo in Consiglio europeo o dai Ministri delle finanze nell'eurogruppo – dando luogo a soluzioni di diritto internazionale come il Meccanismo europeo di stabilità[11] (e prima ancora di diritto comunitario come il MESF[12] e di diritto privato come il meccanismo EFSF[13], società per azioni di diritto lussemburghese), o all'adozione di ulteriori vincoli – questa volta di diritto interno – come il trattato noto come *Fiscal compact*[14] che costituzionalizza per gli Stati che lo hanno ratificato l'obiettivo del pareggio di bilancio.

La Corte di giustizia è stata chiamata deliberare sulla legittimità di uno di questi strumenti, il Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità, da una

[10] Per una ricostruzione delle fasi della crisi e degli interventi normativi dell'Unione si rinvia a R. Cisotta, A. Viterbo, *La crisi della Grecia, l'attacco speculativo all'euro e le risposte dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea,* 2010, p. 961 ss. e successivamente in *La crisi del debito sovrano e gli interventi dell'UE: dai primi strumenti finanziari al Fiscal Compact*, *Il diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 323; nonchè a G. Peroni, *La crisi dell'euro: limiti e rimedi dell'unione economica e monetaria*, Milano, 2012.

[11] Trattato internazionale firmato dai Paesi dell'area dell'euro il 2 febbraio 2012. Il meccanismo europeo di stabilità (MES) è stato inaugurato l'8 ottobre 2012.

[12] Regolamento (UE) n. 407/2010 del Consiglio, dell'11 maggio 2010, che istituisce un meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria.

[13] Contratto firmato il 7 giugno 2010 dai rappresentanti degli Stati membri.

[14] Con questo nome si indica correntemente il "Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la governance dell'unione economica e monetaria", firmato il 2 marzo 2012 ed entrato in vigore il 1° gennaio 2013, che tra l'altro impone agli Stati contraenti l'inserimento nei rispettivi ordinamenti dell'obiettivo del pareggio del bilancio, mediante norme di rango costituzionale.

domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte dalla *High Court* irlandese nel celebre caso *Pringle* (C-370/12).

La domanda verteva nello specifico sulla validità della decisione n. 2011/199/UE del Consiglio europeo, del 25 marzo 2011, che modificava l'articolo 136 TFUE aggiungendovi un nuovo paragrafo[15], e, dall'altro, sull'interpretazione di una serie di articoli del trattato relativi essenzialmente a principi generali del diritto europeo. La tesi del ricorrente nella causa principale, parlamentare irlandese, era che la modifica dell'art. 136 e la ratifica del Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità costituissero di fatto una violazione dei principi fondamentali del diritto europeo. Nello specifico, gli Stati, ratificando tra loro un trattato internazionale, avrebbero assunto obblighi contrari ai Trattati, eludendone divieti e restrizioni in materia di politica economica e monetaria, e avrebbero invaso la competenza esclusiva dell'Unione – e per essa della BCE – nel campo della politica monetaria.

La Corte ha tuttavia ritenuto compatibili con il trattato quegli interventi, previsti dal Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità, indispensabili per salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso e soggetti a condizioni rigorose, dunque atti a non contravvenire allo spirito del Trattato, finalizzato a incentivare politiche di bilancio virtuose[16]. Come successivamente nel caso *Gauweiler*, la Corte si è dimostra attenta più allo spirito che alla lettera dei Trattati e ha verificato che non si contravvenisse alla *ratio* delle disposizioni ivi previste.

Nella sentenza *Pringle* si legge che "[a]lla luce degli obiettivi affidati al meccanismo di stabilità la cui istituzione è prevista dall'articolo 1 della decisione n. 2011/199, degli strumenti predisposti al fine del loro raggiungimento nonché dello stretto legame esistente fra tale meccanismo e le disposizioni del Trattato FUE relative alla politica economica nonché il quadro regolamentare per il rafforzamento della governance economica dell'Unione, si deve concludere che l'istituzione di detto meccanismo [il MES] rientra nel settore della politica economica" (punto 60). E, dunque, nella competenza degli Stati membri, firmatari del Trattato MES.

Analogamente, ma da una prospettiva rovesciata, essa si troverà a dover dimostrare poco dopo la legittimità dell'intervento della BCE in caso di crisi. Anche per

[15] Si tratta del terzo paragrafo a norma del quale "Gli stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità."

[16] Sulla sentenza *Pringle* vedi D. Thym, M. Wendel, *Préserver le respect du droit dans la crise; la Cour de justice, le MES et le mythe du déclin de la Communauté de droit (arrêt* Pringle*)*, in *Cahiers de droit européen*, 2012, p. 733 ss.; S. Adam, F. J. Mena Parras, *The European Stability Mechanism through the Legal Manderings of the Union's Constitutionalism: Comment on* Pringle, in *European Law Review*, 2013, p. 848 ss.; V. Borger, *The ESM and the European Court's Predicament in Pringle*, in *German Law Journal*, 2013, p. 113 ss.; P. Craig, *'Pringle': legal reasoning, text, purpose and teleology*', in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, p. 3 ss.; P. Mengozzi, *Il Trattato sul Meccanismo di stabilità (MES) e la pronuncia della Corte di giustizia nel caso* "Pringle", in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 129 ss.; B. De Witte, T. Beukers, *The Court of Justice approves the creation of the European Stability Mechanism outside the EU legal order:* Pringle, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 805 ss; F. Munari, *Da* Pringle *a* Gauweiler*: i tormentati anni dell'unione monetaria e i loro effetti sull'ordinamento giuridico europeo*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2015, p. 723 ss. Perplessità sulla linearità del ragionamento della Corte sono espresse da M. Ruffert *in The EMU in the ECJ: A New Dimension of Dispute Resolution in the Process of European Integration*, in L. Daniele, P. Simone, R. Cisotta (a cura di), *Democracy in the EMU in the Aftermath of the Crisis*, Cham-Torino, 2017, p. 338.

la BCE l'accusa era quella di aver invaso, eccedendo le sue competenze, il campo dell'"altra politica", la politica economica.

I confini della politica monetaria sono, come abbiamo visto, interpretati dalla BCE con un certo margine di libertà. È innegabile come in una situazione di eccezionalità gli strumenti utilizzati dalle banche centrali (tutte) siano molto più invasivi nell'economia di quanto normalmente competerebbe loro. Inoltre, le ragioni cha la BCE ha utilizzato per giustificare il suo intervento – la stabilità finanziaria e la sopravvivenza dell'euro – hanno collegato strettamente politica economica e monetaria. Infine, ai sensi degli articoli 127, par. 1, TFUE e 282, par. 2, TFUE, l'obiettivo primario della politica monetaria dell'Unione è quello di mantenere la stabilità dei prezzi, ma – come già osservato – le stesse disposizioni prevedono inoltre che il Sistema europeo di banche centrali (SEBC) è di sostenere le politiche economiche generali nell'Unione, al fine di contribuire alla realizzazione dei suoi obiettivi, come stabilito dall'art. 3 TUE.

La Banca dispone dei suoi strumenti di intervento, necessariamente finalizzati al mantenimento della stabilità dei prezzi, un obiettivo preciso che essa stessa ha quantificato in un tasso di inflazione prossimo al 2%, attraverso l'adozione della "strategia di politica monetaria" del 13 ottobre 1998 e del suo successivo emendamento[17].

Questi strumenti sono menzionati dall'art. 18.1 dello statuto SEBC e sono le operazioni di credito e di mercato aperto. E tuttavia non è certo in relazione all'intervento straordinario in caso di crisi che questi strumenti sono previsti, ma più in generale al fine di perseguire gli obiettivi del sistema e assolvere ai compiti di politica monetaria ad esso attribuiti.

Da qui, la contestazione, alimentata soprattutto in Germania del timore che la Banca eccedendo il proprio mandato stesse di fatto ponendo le basi per una futura deriva inflazionistica, tanto grave da spingere la Corte costituzionale tedesca a fare il suo primo rinvio pregiudiziale e a darle occasione di evidenziare – tra le righe dell'ordinanza di rimessione – gli stessi timori.

L'argomento, fin troppo facile, per sostenere che la banca stesse eccedendo il suo mandato, era sostenere che stesse di fatto operando un'incursione palese nel campo della politica economica.

La Corte – nel caso C-62/14, noto come *Gauweiler* (dal nome del primo ricorrente) o *OMT* (*Outright Monetary Transactions*, nome dello strumento immaginato dal Consiglio direttivo della BCE e mai entrato in vigore) – suggerisce di distinguere l'intervento di politica economica da quello di politica monetaria sulla base dell'obiettivo (come già sostenuto nel caso *Pringle*), ma anche degli strumenti.

Essa sostiene che i possibili effetti indiretti del programma OMT potrebbero manifestarsi nella politica economica (salvaguardare la stabilità della zona euro), ma questo non significa che tale misura debba essere classificata come strumento di politica economica. Tanto gli obiettivi che gli strumenti del programma OMT ricadono nell'ambito di applicazione della politica monetaria.

[17] Si veda il comunicato stampa della Banca centrale europea dell'8 maggio 2003, La *strategia di politica monetaria della BCE*, disponibile all'indirizzo *ecb.int/press/pr/date/2003/html/pr030508_2.it.html*, del 13 ottobre 1998, nonché il successivo emendamento, entrambi atti atipici apparsi in forma di comunicato stampa. Sul punto si rinvia a F. Martucci, *Objectifs et compétences en union économique et monétaire: réflexions sur l'objectif de la stabilité des prix,* in E. Neframi (ed.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2012, p. 96.

Poco importa dunque che le misure a cui si fa riferimento siano solo annunciate dalla BCE e mai entrate in vigore. La Corte ritiene comunque di sindacarne la ricevibilità alla luce delle caratteristiche tecniche e delle motivazioni adeguatamente descritte nel bollettino della BCE[18], un'occasione per precisare confini e competenze e assicurare all'istituto di emissione una legittimazione indiscussa.

Ne risulta che quella che sembra essere nei trattati una chiara ripartizione delle competenze – politica economica agli Stati membri, coordinati dal Consiglio e dal Consiglio europeo e politica monetaria alla BCE – è in realtà un'attribuzione funzionale di priorità. Decisioni di politica monetaria potrebbero avere un'influenza sulla politica economica come decisioni di politica economica possono riflettersi sulla politica monetaria, né potrebbe essere altrimenti. In questo senso, il ruolo della BCE di sostegno alle politiche economiche generali nell'Unione al fine di contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione – senza pregiudizio della stabilità dei prezzi – ha finalmente un senso.

Né si nega il permanere di margini di incertezza. Come la Corte avrà modo di precisare al punto 50 della successiva sentenza *Weiss*: "è importante rilevare che il Trattato FUE non contiene alcuna definizione precisa della politica monetaria, ma definisce al tempo stesso gli obiettivi di tale politica e i mezzi di cui dispone il SEBC per attuarla" e, ancora, al punto 53 "[r]isulta dalla giurisprudenza della Corte che, al fine di stabilire se una misura rientri nella politica monetaria, occorre fare riferimento principalmente agli obiettivi di questa misura. Sono altresì rilevanti i mezzi che tale misura mette in campo per raggiungere detti obiettivi". Una valutazione dunque caso per caso e, potremmo dire, sentenza per sentenza.

Non che la Corte sia sempre e comunque chiamata in causa, poiché se è vero che "gli autori dei Trattati hanno compiuto la scelta di definire l'obiettivo principale della politica monetaria dell'Unione, ossia il mantenimento della stabilità dei prezzi, in maniera generale e astratta, senza determinare con precisione il modo in cui tale obiettivo doveva essere concretizzato sul piano quantitativo" (punto 55), è anche vero che questo compito spetta in prima battuta alla BCE e solo nel caso in cui le scelte che essa opera siano messe in discussione, la Corte suprema dell'Unione assume un ruolo decisivo.

Ci sembra importante sottolineare, *en passant*, come anche questa novità istituzionale del rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale tedesca alla Corte di giustizia (*Gauweiler*, *Weiss*), rappresenti un importante "momento costituzionale" che chiude precedenti cesure del sistema, un'altra eredità significativa del "diritto della crisi"[19].

[18] Nel bollettino mensile del settembre 2012, p. 7, si legge infatti: "OMTs will enable the Eurosystem to address severe distortions in government bond markets which originate, in particular, from unfounded fears on the part of investors of the reversibility of the euro, as reflected, inter alia, in widening differences in the pricing of short-term sovereign debt up to July 2012 […]. In such an environment, OMTs will provide a fully effective backstop to avoid destructive scenarios with potentially severe challenges for price stability in the euro area". Precisa la Banca che questa modalità di intervento è definibile come "a necessary, proportional and effective monetary policy instrument", caratteri che si preoccupa di illustrare. L'accento posto sul carattere monetario della misura è d'altronde evidente sin dalla denominazione. La BCE evidenzia anche come le caratteristiche dello strumento siano state studiate nell'ottica del rispetto dell'art. 123 TFUE.

[19] Si rinvia, in proposito, a F. Bassan, *Le operazioni non convenzionali della BCE al vaglio della Corte costituzionale tedesca*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014; F. Martucci, *La Cour de justice face à la*

5. Una volta che si sia stabilito cosa sia politica economica e cosa politica monetaria, e si sia accertata la competenza della BCE ad intervenire in caso di crisi a sostegno della stabilità dei prezzi, rimane tuttavia un interrogativo aperto. Questa competenza dell'istituto di emissione, dedotta in via interpretativa dalle sue funzioni, incontra dei limiti? Se sì – com'è legittimo ritenere – quali sono? Esiste la possibilità di ritenere che essa passi il segno, che adotti degli atti *ultra vires*, passibili di impugnazione per annullamento?

L'interrogativo è più che legittimo, alla luce del fatto che non vi è una chiara assegnazione di competenze in materia alla BCE, ma anzi un preciso limite espresso: il divieto di finanziamento monetario del debito di cui all'art. 123[20]. Il tema diventa di scottante attualità a partire dal luglio 2012, dal famoso discorso tenuto da Mario Draghi a Londra in cui si annunciava che la BCE avrebbe fatto "whatever it takes" per salvare la valuta comune dalla *debacle*[21].

Da allora i programmi di intervento straordinari si sono moltiplicati, a partire dal già menzionato programma OMT annunciato e mai concretizzatosi, che dà luogo al caso *Gauweiler* e ancora di più, dal programma di acquisto di titoli noto come *quantitative easing*, all'origine del caso *Weiss*. Le due sentenze citate costituiscono la fondamentale legittimazione che la Corte di giustizia garantisce all'operato dell'istituto di emissione, che – seguendo l'esempio di tante autorevoli banche centrali – sceglie di intervenire con misure non convenzionali di politica monetaria per iniettare liquidità nel sistema[22]. Il percorso logico seguito per ritenere che tali misure non eccedano il limite di competenza è lungo, ma lineare.

Nella sentenza *Gauweiler* la Corte riconosce alla Banca una discrezionalità tecnica sulla soglia della quale il giudice deve fermarsi (punto 68) e che non deve necessariamente essere spiegata passo per passo nelle motivazioni dell'atto (punto 70) – ritiene importante tuttavia che la misura sia utile e adeguatamente meditata

---

politique monétaire en temps de crise de dettes souveraines: l'arrêt Gauweiler *entre droit et marché – Commentaire de l'arrêt CJ, 16 juin 2015, Peter Gauweiler e. a*, C-62/14, in *Cahiers de droit européen*, 2015, p. 493 ;V. Borger, *Outright Monetary Transactions and the Stability Mandate of the ECB:* Gauweiler, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 139; P. Craig, M. Markakis, *Gauweiler and the Legality of O.M.T.*, in *European Law Review*, 2016, p. 4 ss.; G. Contaldi *L'indipendenza della BCE alla luce del caso OMT*, in Studi sull'integrazione europea, 2017, p. 65; ancora F. Bassan, *Criteria for Determining the Legality of ECB's Unconventional Measures*, cit., p. 235 ss.; S. Cafaro, *How the ECB Reinterpreted Its Mandate During the Euro-Crisis (and Why It Was Right in Doing So)*, p. 217 ss.; L. F. PACE, *The OMT Case: Institution Building in the Union and a (Failed) Nullification Crisis in the Process of European Integration*, p. 371 ss., tutti in L. Daniele, P. Simone, R. Cisotta (a cura di), *op.cit.*

7 Cfr. ordinanza del *Bundesverfassungsgericht* del 18 luglio 2017, 2BvR 859/15; 2BvR

[20] A norma del quale "Sono vietati la concessione di scoperti di conto o qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia, da parte della Banca centrale europea o da parte delle banche centrali degli Stati membri (in appresso denominate "banche centrali nazionali"), a istituzioni, organi od organismi dell'Unione, alle amministrazioni statali, agli enti regionali, locali o altri enti pubblici, ad altri organismi di diritto pubblico o a imprese pubbliche degli Stati membri, così come l'acquisto diretto presso di essi di titoli di debito da parte della Banca centrale europea o delle banche centrali nazionali".

[21] M. Draghi, *Intervento alla Global Investment Conference*, Londra, 26 luglio 2012, disponibile su *ecb.europa.eu.*

[22] B. Bossone, *Unconventional Monetary Policies Revisited (Part I)*, 4 ottobre 2013, e *Unconventional Monetary Policies Revisited (Part II)*, 5 ottobre 2013, in *voxeu.org.*

dall'istituzione (punti 72-80), nonché proporzionale[23]. Rileva inoltre come il programma di acquisto di titoli di debito, benché definito illimitato, sia di fatto limitato perché: (i) si riferisce a titoli a breve termine (scadenza inferiore a tre anni); (ii) concernente gli Stati oggetto di programmi di aggiustamento macroeconomico e (iii) solo se la situazione non è così deteriorata da non consentire l'accesso al mercato. Nell'ultimo punto – il rispetto dell'art. 123 – la Corte seguendo il solco tracciato dalle argomentazioni della stessa BCE riscontra come sia rispettato lo spirito se non la lettera dell'art. 123: l'obiettivo di prevenire un potenziale rilassamento delle finanze pubbliche, ovvero l'emissione eccessiva da parte degli Stati di titoli di debito garantita da un piano di acquisto dell'istituto di emissione. Tale divieto appare sì aggirato da un acquisto sul mercato secondario, ma così non è perché l'intervento è assistito da garanzie ritenute efficaci, valendo a ridurre il rischio di perdite[24].

Il rischio tuttavia esiste, dice la Corte, in ciò rispondendo ai timori sollevati dai ricorrenti: i rischi fanno parte della gestione della politica monetaria e questo appare fin troppo evidente dando una scorsa allo statuto SEBC, che prevede il ricorso a strumenti di mercato aperto, a operazioni sui cambi, o ancora uno schema di ripartizione delle perdite (all'art. 33).

La Corte dichiara dunque che la BCE, varando il mai attuato programma OMT, sia rimasta nell'alveo delle proprie competenze, abbia annunciato il ricorso a strumenti di cui disponeva, utili e proporzionati rispetto agli obiettivi, assumendosi un rischio che rientra comunque nelle sue funzioni di banca centrale.

Soprattutto, la BCE fa passare un messaggio importante: difesa della stabilità dei prezzi uguale difesa della stabilità finanziaria uguale tenuta della zona euro e dunque sopravvivenza stessa dell'euro. Un ruolo forte dell'istituto di emissione era richiesto dalle circostanze e dalla lacuna di strumenti politici efficaci.

Da tale sentenza la BCE esce quindi rafforzata, tanto da varare successivamente altri strumenti[25], sino al ben più ampio programma di intervento straordinario noto come *quantitative easing* nel 2015.

Ma le prove non sono terminate per la BCE e il più recente caso *Weiss* ne è stata la riprova: esso conferma la necessità che la BCE torni a spiegare, davanti al giudice europeo, la *ratio* del proprio intervento, a beneficio di quella parte di opinione pubblica e soprattutto di classe politica che ancora ne mette in dubbio il ventaglio di competenze che non risultano semplicemente dai Trattati, ma da un'interpretazione degli stessi alla luce delle occorrenze politiche ed economiche.

Il caso *Weiss* riprende molti punti del precedente caso *Gauweiler*, pur differenziandosene per un aspetto non trascurabile: si tratta in questo caso di un programma non meramente annunciato, come nel caso *OMT*, ma pienamente operativo, il

[23] Come evidenziato da R. Cisotta, "Vale poi la pena di richiamare i termini in cui la Corte di giustizia ha verificato il rispetto del principio di proporzionalità. Per la Corte, al SEBC e alla BCE va riconosciuto un notevole margine di discrezionalità, a fronte del quale è posto un obbligo di motivazione relativo agli elementi considerati. La plausibilità del ragionamento non è peraltro inficiata dalla sola circostanza che altre considerazioni e possibilità di scelta possano essere avanzate" (Profili istituzionali della BCE, p. 13).

[24] Si veda la mia precedente pubblicazione, S. Cafaro, *L'azione della BCE nella crisi dell'area dell'euro alla luce del diritto dell'Unione europea*, in G. Adinolfi , M. Vellano (a cura di), *La crisi del debito sovrano degli Stati dell'area dell'euro. profili giuridici*, Torino, 2013 p. 49 ss.

[25] A. Viterbo, R. Cisotta, *op. cit*.

PSPP[26], parte dell'ampio piano di *quantitative easing* finalizzato a contrastare le minacce di deflazione.

La sentenza che conclude il caso *Weiss* conduce alle sue logiche conseguenze una premessa già posta in *Gauweiler* (punto 52) e *Pringle* (punto 56): la politica monetaria si interseca con la politica economica, o meglio è suscettibile di produrre effetti indiretti inquadrabili nell'ambito della politica economica. Tali effetti, tuttavia, non sono meri accadimenti esterni alla *ratio* dell'operare della banca, possono essere "prevedibili" e "scientemente accettati" (così al punto 63) e possono esser perfino ovvi, giacché, come si precisa nel paragrafo successivo "occorre ricordare che la gestione della politica monetaria implica in permanenza interventi sui tassi di interesse e sulle condizioni di rifinanziamento delle banche, il che ha necessariamente delle conseguenze sulle condizioni di finanziamento del *deficit* pubblico degli Stati membri", di talché, come si precisa al punto 66, "al fine di esercitare un influsso sui tassi di inflazione, il SEBC è necessariamente portato ad adottare misure che hanno determinati effetti sull'economia reale"[27].

La Corte non potrebbe essere più chiara di così: la linea di demarcazione tra le due politiche è tutt'altro che netta e passa per priorità e strumenti, laddove gli effetti intervengono su vasi comunicanti quali l'economia reale, la finanza pubblica, i tassi di interesse e di inflazione.

E quindi la Banca, il cui obiettivo è garantire la stabilità dei prezzi e, fatto salvo questo, sostenere le politiche economiche generali nell'Unione (art. 127, par. 1, TFUE), può benissimo contemplare nel proprio orizzonte tanto l'obiettivo principale quanto quello subordinato, i quali si sostengono a vicenda. Non solo, se così non fosse, si impedirebbe al Sistema europeo di banche centrali il perseguimento dell'obiettivo primario ogni qualvolta vi fossero effetti prevedibili sull'economia reale (cioè sempre!).

Di seguito la Corte applica il *test* della proporzionalità alla misura adottata e constata altresì l'assenza di manifesti errori di valutazione, dimostrando ancora una volta la disponibilità ripercorrere le tappe argomentative riportate nei documenti della banca, come pure l'esistenza, negli stessi, di un bilanciamento degli interessi in gioco.

Vi si conferma dunque un'interpretazione attenta e prudente del delicato ruolo tecnocratico della Banca - pronta ad arrestarsi sulla soglia della valutazione economica e tecnica. Si conferma anche, per l'istituto di emissione europeo, una legittimazione forte da parte della Corte.

6. L'analisi qui presentata si arresta sulla soglia del diritto dell'unione bancaria, ovvero del vasto ambito normativo recentemente occupato dal diritto europeo in materia di vigilanza prudenziale.

Anche in questo settore non manca una già articolata giurisprudenza che riflette la complessità e tecnicità dell'ambito normativo. Tuttavia, vuoi perché appare pre-

[26] *Public Sector Purchase Programme,* uno dei quattro sottoprogrammi in cui si sostanzia l'*Asset purchase programme* (APP) o *Quantitative easing*, insieme all'*Asset-backed securities purchase programme*" o "ABSPP", al *Covered bond purchase programme*" o "CBPP 3" e al *Corporate sector purchase programme*" o "CSPP".

[27] Si veda in commento A. Mooji, *Judicial Review of the ECB's Monetary and Economic Policy Powers: the Last Chapter*, in *eulawanalysis.blogspot.com*, 2019.

matura una ricostruzione sistematica, vuoi per le specificità del diritto bancario[28] che ha già trovato studiosi e appassionati, si preferisce circoscrivere il campo alla giurisprudenza che affronta in chiave istituzionale i temi della politica economica e monetaria.

Se si volessero disegnare, sulla base di questa breve rassegna, delle linee orizzontali che attengono al ruolo del giudice nella materia della politica economica e monetaria, alcuni punti focali si porrebbero come ineludibili: 1) il ruolo della *rule of law* e dunque del giudice anche in una materia così tecnica (e così "economica") appare confermato. Il diritto dell'Unione dimostra in questo una forte coerenza interna ed i suoi principi generali vi trovano sempre e comunque applicazione, prova ne sia il rilievo – solo per fare un esempio – del principio di proporzionalità; 2) la discrezionalità politica (degli Stati, dei Ministri) e la discrezionalità tecnica (dei banchieri centrali), sono rispettate dai giudici di Lussemburgo, che rimangono sul terreno strettamente giuridico che loro compete, limitandosi a verificare il rispetto del dettato dei Trattati; 3) questa verifica, pur mantenendo i tratti della giuridicità, si caratterizza – com'è prassi nella giurisprudenza della Corte – in un tratto fortemente sostanzialista. I giudici di Lussemburgo verificano la non manifesta infondatezza delle scelte compiute, il rispetto della procedura e dell'obbligo di motivazione alla luce di elementi formali e meno formali (quali i bollettini della BCE, i comunicati stampa, le dichiarazioni rese del suo presidente), avendo riguardo più che al dato letterale allo spirito delle norme, agli obiettivi perseguiti e agli strumenti impiegati.

Sbaglierebbe chi ritenesse il giudice di Lussemburgo pronto ad avallare supinamente sempre l'operato della Banca centrale, una sentenza in materia di vigilanza bancaria è pronta a smentirlo. Si tratta del caso *La Banque Postale* (T-733/16), in cui il Tribunale rivede e annulla una decisione in materia di vigilanza adottata dalla BCE, a seguito di una valutazione analitica e puntuale, che dimostra la volontà di non fare sconti[29].

Ci sembra interessante un suggerimento recentemente espresso da Rosa Maria Lastra: il ruolo del giudice è tale da richiedere un elevato livello di competenza, forse anche una specializzazione: un tribunale specializzato potrebbe forse essere creato sulla base dell'art. 257 TFUE e dell'art. 62 C dello statuto della Corte, un progressivo incremento del contenzioso dettato proprio dal nuovo ambito normativo dell'unione bancaria potrebbe renderlo opportuno[30].

[28] Si veda la rassegna di giurisprudenza pubblicata dallo European Banking Institute (EBI) in *bi-europa.eu/publications/eu-cases-or-jurisprudence*, o ancora quella riportata in *ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecblegalconferenceproceedings201712 .en.pdf?b452bb9c54dca55f8f5673b21631a4fe.*

[29] Si veda il commento di C. Bosque, A. Pizarroso, *Welcome to Hard Look Review, ECB*, in *eulawanalysis.blogspot.com*, 2019.

[30] R. M. LASTRA, *Accountability in the context of EMU & EBU Judicial Review of the ECB by the CJEU*, intervento all'*EBI Brexit Seminar Brussels*, 10 gennaio 2018, in *ebi-europa.eu*.

Abstract

Il ruolo della Corte di giustizia nella definizione della politica economica e monetaria europea

Il ruolo giocato dalla Corte di giustizia nel campo della politica economica e della politica monetaria è stato importante quanto sottostimato. Le due competenze dell'Unione sono profondamente differenti - ciascuna dotata di significative peculiarità - e tuttavia strettamente interconnesse. Definire i confini incerti tra politica economica e politica monetaria è stato il ruolo più importante svolto dalla Corte in questo campo. Questo ha comportato una precisazione dei ruoli delle istituzioni chiamate ad agire - Commissione, Consiglio, Banca centrale - così come dei limiti all'indipendenza dell'istituto di emissione, ma anche della ripartizione di competenze tra Stati e Unione. Dal 2012, un'ulteriore funzione è stata esercitata dalla Corte: la verifica della legittimità dell'intervento straordinario della BCE nell'economia per gestire le crisi. L'assenza nei trattati europei di disposizioni specifiche che contemplassero un ruolo della Banca come prestatore di ultima istanza o nella gestione delle crisi economiche e finanziarie spiega bene le contestazioni dell'ultimo decennio, così come la necessità di pronunce autorevoli da parte della Suprema Corte europea. Queste si collocano a buon diritto nel solco della giurisprudenza in tema di *rule of law* e di garanzia del rispetto dei principi generali nell'ordinamento europeo.

The Role of the Court of Justice in Defining the European Economic and Monetary Policy

The role played by the European Court of Justice in the field of economic and monetary policy is both underestimated and very significant. The two competences of the Union are deeply different - each peculiar in its own way - and yet deeply intertwined. Defining the uncertain border between the two was one of the exercises carried out by the ECJ after 2000. The Court defined the role of the Council and of the Commission in the Stability Pact as well as the notion of independence to be applied to the ECB. Since 2012, the ECJ was charged with another role: the assessment of the legitimacy of the ECB's intervention in the financial crisis. The lack in the EU Treaty of a specific role of the ECB as lander of last resort or as an authority in charge of managing crises made the ECJ's evaluations even more complex, yet necessary. The role of the European Judge appears to be consistent with that traditionally played in the EU legal order: aimed at guaranteeing the respect of the rule of law and the application of the general principles of the Union.

Francesco Rossi Dal Pozzo*

La giurisprudenza della Corte di giustizia sul trattamento dei dati personali

Sommario: 1. La protezione dei dati personali nel settore digitale tra nuove sfide e antichi dilemmi. – 2. Il nuovo quadro giuridico dell'Unione europea per la (progressiva) costruzione di un mercato unico digitale. – 3. L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di protezione dei dati personali. – 3.1. Il tenue legame tra la protezione dei dati personali e le libertà fondamentali sancite dai Trattati. – 4. La protezione dei dati personali come nuova competenza dell'Unione europea. – 4.1. … e come un autonomo diritto fondamentale. – 5. La nozione di dati personali nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 6. Il rapporto fra il diritto alla protezione dei dati personali e il diritto al rispetto della vita privata e familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 7. Il bilanciamento fra diritto alla protezione dei dati personali e altri diritti fondamentali garantiti dalla Carta nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 8. Alcune (brevi) riflessioni conclusive.

1. Nel settore digitale tutto scorre a un ritmo accelerato: un ritmo che si impone non solo a chi opera in questo campo, ma anche a chi è chiamato a stabilire le regole e a chi è tenuto ad assicurare che tali regole non soltanto siano rispettate, ma non finiscano per confliggere con principi giuridici che vengono enunciati e riconosciuti molto più lentamente e che, anche per questo motivo, sono ad esse gerarchicamente sovraordinati.

Una realtà complessa e sfaccettata con cui anche la Corte di giustizia si è dovuta misurare, e lo ha fatto con non poca fatica per la complessità e la delicatezza dei profili che entrano in gioco, spesso rappresentativi di interessi diversi, talora persino contrapposti, ma ugualmente meritevoli di tutela.

I dati personali rappresentano, invero, una componente essenziale dell'identità di ciascun individuo che va preservata con ogni mezzo, ma, occorre aggiungere, entro alcuni precisi confini, così che l'interesse privato e l'interesse pubblico possano pacificamente convivere. Se, infatti, la protezione dei dati personali è una dimensione del diritto alla vita privata, parimenti non si può non tenere conto che le normative in tema di dati personali perseguono alcune finalità divergenti, a volte persino opposte, alla tutela di questo diritto che sarà qualificato nel tempo come fondamentale anche nell'ordinamento dell'Unione europea.

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Milano. Relazione tenuta al I convegno annuale dell'Associazione italiana studiosi di diritto dell'Unione europea (AISDUE), Roma, 26-27 ottobre 2018.

Di qui, la difficoltà nella delimitazione degli ambiti concettuali, ma anche applicativi, della disciplina di riferimento proprio in ragione della eterogeneità dei fini perseguiti che si traduce in una progressiva tensione fra l'esigenza di tutelare il privato cui si riferiscono i dati trattati e quella di garantire la circolazione delle informazioni per finalità sociali, commerciali e di pubblica sicurezza[1]. Una tensione fra esigenze contrapposte sovente risolta dalla Corte, nel suo ruolo di "guardiana costituzionale" dell'ordinamento dell'Unione, a favore della centralità del diritto alla protezione dei dati personali, sia pure in presenza di istanze securitarie[2] [3], a seguito di un attento bilanciamento tra diritti fondamentali differenti in relazione al loro contenuto essenziale e alla necessità e proporzionalità delle misure adottate dall'Unione europea e dagli Stati membri.

Un compito di estrema complessità quello che la Corte è chiamata a svolgere, anche perché l'evoluzione tecnologica ha in pochi anni modificato punti di vista e prospettive. Ogni discorso di carattere sociologico su questo tema sarebbe qui del tutto inappropriato. Di certo, la Corte si è dovuta, nell'arco di pochi anni, confrontare con problemi che sono propri di un nuovo mondo, il mondo digitale, dove non esiste

[1] Sul tema, cfr., fra gli altri, C. Magnusson Sjöberg, *Threats to personal data security: how does the EU protect its citizens?*, *The European Union*, Cheltenham, 2018, p. 163; F. M.-P. Granger, K. Irion, *The right to protection of personal data: the new posterchild of European Union citizenship?, Civil rights and EU citizenship*, 2018, p. 279; L. Potvin-Solis, *Objectif de sécurité et protection des données personnelles: projection dans l'ordre international d'un système constitutionnel propre à l'Union européenne*, in E. Neframi, M. Gatti (eds.), *Constitutional issues of EU external relations law*, Buch, Wissenschaft, 2018, p. 343; M. Puglia, *La protezione dei dati personali nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE,* in AA.VV. (a cura di), *Liber amicorum Antonio Tizzano: de la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 788; F. Bestagno, *Validità e interpretazione degli atti dell'UE alla luce della Carta: conferme e sviluppi nella giurisprudenza della Corte in tema di dati personali*, *Il diritto dell'Unione europea*, 2015, p. 25; M. De Salvia, *Dati personali e sfera privata nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: ricostruzione sommaria delle linee-guida*, in M. Fumagalli Meraviglia (a cura di), *Diritto alla riservatezza e progresso tecnologico. Coesistenza pacifica o scontro di civiltà?*, Napoli, 2015, p. 11; O. Pollicino, M. Bassini, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, p. 741; O. Pollicino, *Diritto all'oblio e conservazione di dati: la Corte di giustizia a piedi uniti: verso un digital right to privacy*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, p. 2949; O. Pollicino, M. Bassini, *Reconciling right to be forgotten and freedom of information in the digital age: past and future of personal data protection in the EU*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, p. 640; G. González Fuster, *The emergence of personal data protection as a fundamental right of the EU Law*, Cham, 2014, p. 274; H. R. Kranenborg, *Article 8, Protection of personal data, The EU Charter of Fundamental Rights: a commentary*, in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, 2014, p. 223; O. Pollicino, M. Bassini, *Internet nella giurisprudenza delle Corti europee: prove di dialogo?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2014, p. 601; V. Zeno-Zencovich, *La "comunione" di dati personali: un contributo al sistema dei diritti della personalità*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2009, p. 5; F. Pizzetti, *La privacy come diritto fondamentale alla protezione dei dati personali nel Trattato di Lisbona*, in P. Bilancia, M. D'Amico (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, p. 83.

[2] M. Cartabia, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 2018, p. 2.

[3] Cfr. F. Fabbrini, *Privacy and National Security in the Digital Age*, in *Tilburg Law Review, Journal of International and European Law*, 2015, p. 8 e D. J. Solove, *Nothing to Hide – the False Tradeoff between Privacy and Security*, New Haven, 2011, spec. p. 24 e ss.

come nel mondo reale il passato[4], perché ogni elemento è sempre presente, potendone conservare traccia, oppure semplicemente non esiste perché è stato eliminato.

2. Oggi la Corte si trova a interpretare un quadro giuridico in materia profondamente innovato negli ultimi anni, anche se ancora incompleto e, invero, molto frammentato per la presenza di una pluralità di norme di cui appare, talora, difficile individuarne il campo di applicazione e, di conseguenza, garantirne un efficace coordinamento, anche per la quantità, qualità e diversità delle attività di trattamento dei dati personali.

Per questo motivo, la creazione di un mercato unico digitale, completo e coerente, rappresenta per l'Unione europea una delle principali sfide su cui concentrare i propri sforzi anche negli anni a venire, tenuto conto che ci troviamo in presenza di un settore non trascurabile neppure sul piano economico.

Fra gli atti adottati, volgendo lo sguardo alla sola categoria dei "dati personali", sulla cui definizione si tornerà più avanti, spicca per complessità e rilevanza il regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, che trae origine da una proposta della Commissione del 25 gennaio 2012 ed è divenuto direttamente e integralmente applicabile a partire dal 25 maggio 2018, dunque circa due anni dopo la sua entrata in vigore.

Il regolamento (UE) n. 2016/679 (anche definito "regolamento generale") si inserisce in un pacchetto di riforme che hanno profondamente mutato il quadro normativo europeo in tema di tutela dei dati personali[5].

---

[4] Cfr. V. Zeno-Zencovich, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *Medialaws*, n. 2, 2018, p. 32

[5] Infatti, si ricorda che, insieme al regolamento generale, sono entrate in vigore due direttive: la direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio e la direttiva (UE) 2016/681 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, sull'uso dei dati del codice di prenotazione (PNR) a fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi, il cui termine di recepimento negli ordinamenti nazionali era, rispettivamente, il 6 e il 25 maggio di quest'anno. La Commissione ha previsto anche l'adozione di un regolamento in materia di *e-privacy* che andrà a sostituire l'attuale direttiva 2002/58/CE (in *GUUE* L 201 del 31 luglio 2002, p. 37) con l'obiettivo di estendere, in quanto *lex specialis*, l'ambito di applicazione della disciplina sulla tutela dei dati personali anche ai trattamenti legati allo scambio di e-mail e di messaggi, comunicazioni via *social network* e a tutto quanto rientri nella definizione di comunicazione elettronica. La proposta di regolamento è attualmente in discussione al Consiglio. Infine, non va dimenticato che il diritto alla protezione dei dati personali si applica anche al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi, degli uffici e delle agenzie dell'Unione. La disciplina è oggi contenuta nel regolamento (UE) n. 2018/1725 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2018, sulla tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione e sulla libera circolazione di tali dati, e che abroga il regolamento (CE) n. 45/2001 e la decisione n. 1247/2002/CE (in *GUUE* L 295 del 21 novembre 2018, p. 39). Il regolamento (UE) n. 2018/1725 abroga e sostituisce il regolamento (CE) n. 45/2001 – pietra angolare nell'impianto della vigente normativa dell'UE in materia di protezione dei dati personali – che è stato adottato nel 2001 con due obiettivi: salvaguardare il diritto fondamentale alla protezione dei dati e garantire la libera circolazione dei dati personali in tutta l'Unione. Il nuovo regolamento ha lo scopo

Questo nuovo quadro giuridico di cui si sta dotando l'Unione europea trae ispirazione dal "Programma di Stoccolma — Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini"[6], in cui il Consiglio europeo ha invitato la Commissione a valutare il funzionamento degli strumenti giuridici dell'Unione in materia di protezione dei dati e a presentare, se quest'ultima lo avesse ritenuto necessario, iniziative a carattere legislativo o anche prive di tale natura. Nella sua risoluzione sul programma di Stoccolma, il Parlamento europeo ha accolto con favore la proposta relativa ad un quadro giuridico completo in materia di protezione dei dati nell'UE, mentre la Commissione, nel piano d'azione per l'attuazione di tale programma, ha sottolineato la necessità di assicurare l'applicazione sistematica del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali nel contesto di tutte le politiche europee.

In una successiva comunicazione del 2010, dal titolo "Un approccio globale alla protezione dei dati personali nell'Unione europea", la Commissione ha sostenuto che l'Unione europea avesse bisogno di una politica più completa e coerente in tema di protezione dei dati personali[7].

La *ratio* di una tale riforma organica è da rinvenirsi nella necessità di introdurre specifiche regole in grado di rispondere alle nuove sfide che la tecnologia e il suo evolvere pongono rispetto al diritto alla tutela dei dati personali. Si avvertiva già allora, dunque, l'esigenza di adeguare l'impianto normativo al nuovo contesto tecnologico, al fine di instaurare un clima di fiducia negli ambienti *online* e permettere al tempo stesso un continuo sviluppo economico[8], fondato su applicazioni tecniche innovative.

3. Il nuovo impianto normativo, così adottato, codifica alcune pronunce della Corte di giustizia in merito all'applicazione, anche in un contesto digitale, delle regole sulla *privacy*.

L'*acquis communautaire* in materia di protezione dei dati personali ha, infatti, visto quale fondamentale attore la Corte di giustizia la quale, ancora prima dell'entrata in vigore della direttiva 95/46/CE[9] che il regolamento (UE) n. 2016/679 sostituisce, ha permesso di edificare in via pretoria un diritto alla protezione dei dati personali tale da garantire una tutela elevata e il più possibile adeguata all'evo-

di adeguare le disposizioni contenute nel regolamento (CE) n. 45/2001 ai principi e alle norme stabiliti nel regolamento (UE) n. 2016/679, così da fornire un quadro di protezione dei dati solido e coerente nell'Unione e consentire di applicare contemporaneamente entrambi gli strumenti giuridici. L'allineamento, per quanto possibile, delle norme sulla protezione dei dati per le istituzioni, gli organi, gli uffici e le agenzie dell'Unione a quelle adottate per il settore pubblico degli Stati membri è, insomma, necessario al fine di garantire un approccio coerente in materia di protezione dei dati personali in tutta l'Unione.

6 In *GUUE* L 115 del 4 maggio 2010, p. 1.

7 COM(2010) 609 def.

8 Cfr. la proposta della Commissione (COM(2012) 11 def.), a partire dalla quale è stato adottato il regolamento (UE) n. 679/2016, dove, al punto 1, l'istituzione UE nell'illustrare il contesto della Proposta afferma che gli "incalzanti sviluppi tecnologici hanno allontanato le frontiere della protezione dei dati personali. La portata della condivisione e della raccolta di dati è aumentata in modo vertiginoso: la tecnologia attuale consente alle imprese private quanto alle autorità pubbliche di utilizzare dati personali, come mai in precedenza, nello svolgimento delle loro attività e, sempre più spesso, gli stessi privati rendono pubbliche sulla rete mondiale informazioni personali che li riguardano".

9 In *GUCE* L 281 del 23 novembre 1995, p. 31.

luzione tecnologica, anche quando la stessa direttiva 95/46/CE si è rivelata inadatta o incompleta.

Grazie a questa giurisprudenza evolutiva in materia di protezione dei dati personali, anche a livello di Unione europea, la tutela della *privacy* ha assunto nel tempo connotazioni diverse, passando dall'essere considerata quale mera eccezione alle libertà economiche sancite dai Trattati, per giungere oggi, ben prima dell'applicazione del regolamento generale, a una configurazione orientata sui diritti fondamentali.

Ed è proprio su questo processo evolutivo, tendente a una progressiva costituzionalizzazione[10] del diritto alla protezione dei dati personali, ora opportuno soffermarsi anche per evidenziarne alcune criticità.

3.1. Volendo ripercorrere, seppure in modo non certamente esaustivo, la giurisprudenza comunitaria prima e dell'Unione poi sul trattamento dei dati personali, un ideale punto di partenza può essere rappresentato dalla sentenza *Stauder*[11] del 1969 che, come è noto, rappresenta una delle prime pronunce nelle quali la Corte si è fatta carico del compito di tutelare, in un contesto di primordiale integrazione politica degli ordinamenti nazionali, i diritti fondamentali della persona, in quanto parte dei principi generali del diritto, sia pure nei limiti della loro compatibilità con la struttura e le finalità della allora Comunità economica europea[12]. Già in questa risalente pronuncia, che anticipa l'ampia e complessa giurisprudenza della Corte sul bilanciamento fra diritti fondamentali differenti, di cui si dirà in seguito, emerge l'obbligo per gli Stati membri di individuare, tra le possibili misure in grado di conseguire l'obiettivo prefissato, quelle meno pregiudizievoli dei diritti della persona, incluso il diritto alla riservatezza. I diritti fondamentali assurgono, dunque, a parametro di legittimità dei comportamenti degli Stati membri in attuazione del diritto comunitario e in questo quadro prende forma il diritto alla protezione dei dati personali quando il loro utilizzo si riverbera e interferisce sulla vita privata dell'individuo.

Nondimeno, la tutela dei dati personali appare, attraverso una possibile lettura di questa pronuncia, indissolubilmente connessa alle misure adottate per la realizzazione del mercato interno.

Di qui sono sorti dubbi sull'ambito di applicazione della prima normativa comunitaria in materia di protezione dei dati personali, la direttiva 95/46/CE, nella misura in cui il suo articolo 3, ma pressoché identica formulazione la ritroviamo anche nel regolamento (UE) n. 679/2017 all'art. 2, par. 2, lett. *a*), afferma che le sue disposizioni non coprono i trattamenti di dati personali effettuati per l'esercizio di

---

[10] In questi termini si esprime Oreste Pollicino in diversi suoi scritti di cui si dà parzialmente conto in questo contributo. Cfr., inoltre, G. Caggiano, *La Corte di giustizia consolida il ruolo costituzionale nella materia dei dati personali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 9 e P. De Hert, S. Gutwirth, *Data Protection in the Case Law of Strasbourg and Luxembourg: Constitutionalism in Action*, in S. Gutwirth, Y. Poullet, P. De Hert, C. De Terwangne, S. Nouwt (eds.), *Reinventing Data Protection?*, Cham, 2009, p. 3.

[11] Sentenza del 12 novembre 1969, causa 29/69, *Stauder*, ECLI:EU:C:1969:57.

[12] Cfr. F. Balducci Romano, *Il diritto alla protezione dei dati personali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, p. 1619 e P. Oliver, *The protection of privacy in the economic sphere before the European Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 113.

attività che non rientrano nel campo di applicazione del diritto comunitario, oggi dell'Unione europea.

Secondo una prima interpretazione, più restrittiva e, per un verso, più rigorosa nel leggere la norma, l'ambito di applicazione della direttiva andava limitato a quelle situazioni che avessero presentato un nesso sufficiente con l'esercizio delle libertà fondamentali stabilite dall'allora Trattato CE. Un'interpretazione ortodossa finalizzata ad affermare un legame indissolubile e simbiotico fra l'obiettivo di favorire la libera circolazione dei dati (anche) personali e, quello, al contempo, di salvaguardare i diritti fondamentali coinvolti nel loro utilizzo con la conseguenza di escludere l'applicazione del diritto alla protezione dei dati personali ai trattamenti effettuati per l'esercizio di attività di rilevanza puramente interna.

In linea con questa interpretazione, l'avvocato generale Tizzano, nelle conclusioni rese nella causa *ÖRF*[13], aveva escluso l'applicazione della direttiva 95/46/CE poiché, in quel caso, i trattamenti dei dati personali erano inerenti all'esercizio di un'attività pubblica di controllo contabile non rientrante nel campo di intervento del diritto comunitario. Riprendendo quanto già affermato nelle sue conclusioni rese nella causa *Lindqvist*[14], a parere dell'avvocato generale Tizzano il legislatore, nel perseguire un livello di tutela "equivalente in tutti gli Stati membri", ha sì tenuto conto dell'esigenza di salvaguardare "i diritti fondamentali della persona", ma solo al fine di realizzare l'obiettivo principale della direttiva, che si ricorda essere stata adottata sulla base dell'art. 100 A del Trattato CEE (poi divenuto art. 95 del TCE e oggi art. 114 del TFUE), ossia "favorire la libera circolazione dei dati personali, in quanto ritenuta "fondamentale per il mercato interno"[15]. Perché, aggiunge l'avvocato generale Tizzano, "[l]a salvaguardia dei diritti fondamentali rappresenta […] un importante valore ed un'esigenza di cui il legislatore comunitario ha tenuto conto nel delineare la disciplina armonizzata necessaria per l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno, ma non un autonomo obiettivo della direttiva. Diversamente, si dovrebbe ritenere che la direttiva intenda tutelare gli individui rispetto al trattamento dei dati personali anche a prescindere dall'obiettivo di favorire la libera circolazione di tali dati, con l'incongrua conseguenza di far rientrare nel suo campo di applicazione anche trattamenti effettuati per l'esercizio di attività che non presentino alcun rapporto con l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno".

Di diverso e contrario avviso la Corte[16] che, discostandosi dalle conclusioni dell'avvocato generale Tizzano, ha escluso che l'applicazione della direttiva 95/46 potesse dipendere dall'esistenza di un nesso fra le situazioni concrete prese in considerazione e l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato (CEE). Infatti, a giudizio della Corte, "un'interpretazione in senso contrario rischierebbe di rendere particolarmente incerti ed aleatori i limiti del campo di applicazione della detta direttiva, il che sarebbe contrario al suo obiettivo essenziale, che è quello di ravvicinare le disposizioni legislative, regolamentari, ed amministrative degli Stati

[13] Conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano del 14 novembre 2002, causa C-465/00, *ÖRF*, ECLI:EU:C:2002:662.

[14] Conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano del 19 settembre 2002, causa C-101/01, *Lindqvist*, ECLI:EU:C:2002:513.

[15] Cfr. le conclusioni Tizzano del 14 novembre 2002, cit., punto 53.

[16] Sentenza del 20 marzo 2003, causa C-465/00, *ÖRF*, ECLI:EU:C:2003:294, punto 42.

membri per eliminare gli ostacoli al funzionamento del mercato interno derivanti proprio dalle disparità esistenti tra le normative nazionali".

Per la verità, a questa soluzione si potrebbe giungere limitandosi a prendere in esame il titolo della direttiva 95/46/CE (e, in seguito, del regolamento (UE) n. 679/2017), il quale, nel perseguire l'obiettivo di tutelare l'individuo, tiene distinto il momento in cui i dati personali vengono trattati da quello in cui gli stessi circolano, quasi a dire che quest'ultimo rappresenta un evento ulteriore ed eventuale e non una condizione indefettibile per l'applicazione della disciplina. Oppure, rileggendo, sotto una diversa angolazione, l'art. 3, par. 2 della direttiva che va a specificare, almeno a titolo esemplificativo, i casi in cui le disposizioni della direttiva non si applicano, venendo in rilievo trattamenti di dati personali effettuati per l'esercizio di attività non coperte dal diritto comunitario. Rimane, certo, un'ambiguità di fondo della norma, peraltro non fugata, ma anzi, per un verso, acuita dalle analoghe disposizioni del regolamento (UE) n. 2016/679 dal quale sarebbe stato lecito attendersi una maggiore precisione linguistica. Il suo art. 2, invece, se possibile, genera ancora più confusione andando a elencare, in modo tassativo, i casi in cui il regolamento non si applica, ossia in relazione a trattamenti di dati personali *a*) effettuati per attività che non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione; *b*) effettuati dagli Stati membri nell'esercizio di attività che rientrano nell'ambito di applicazione del titolo V, capo 2, TUE; *c*) effettuati da una persona fisica per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico; *d*) effettuati dalle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro minacce alla sicurezza pubblica e la prevenzione delle stesse.

Non sorprende certamente che sia escluso dal campo di applicazione del nuovo regolamento (così come lo era anche in relazione alla direttiva 95/46/CE) il trattamento effettuato da una persona fisica per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale e domestico (lett. *c*), che rappresenta di per sé una garanzia per l'individuo o il trattamento dei dati nel quadro della PESC (lett. *b*) o della cooperazione di polizia o giudiziaria in materia penale (lett. *d*), essendo quest'ultimo disciplinato dalla direttiva 2016/680/UE.

Qualche problema interpretativo si pone, invece, rispetto a quanto previsto dalla lett. *a*), ovvero la non applicazione del regolamento per i trattamenti di dati personali effettuati per attività che non rientrino nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, laddove il legislatore sembra avere individuato con tale lettera una categoria residuale, essendo stata superata, con il Trattato di Lisbona, la dicotomia fra diritto comunitario e diritto UE.

Di questa disposizione si possono, dunque, dare due letture diverse. La prima richiama la distinzione fra fattispecie puramente interne e fattispecie in cui trova attuazione il diritto dell'Unione[17].

Una tale interpretazione costringerebbe l'operatore e l'interprete a complesse analisi e valutazioni in considerazione del contesto in cui operano, privando così del suo effetto utile la disciplina introdotta dal legislatore.

[17] Per la definizione di "situazioni puramente interne" si veda la sentenza del 6 dicembre 2012, cause riunite C-356 e 357/11, *O. e S.*, ECLI:EU:C:2012:776, punto 43. Cfr. R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 386.

La seconda lettura, l'unica che pare corretta, porta, invece, a ritenere la disciplina contenuta nel regolamento oggi e nella direttiva ieri comunque applicabile in tutti i casi in cui vengono in rilievo dati personali, a prescindere dalla cittadinanza dell'interessato, essendo l'espressione "ambito di applicazione del diritto dell'Unione" da intendersi come comprensiva di tutte quelle misure nazionali che presentino un collegamento anche solo funzionale con una disposizione del diritto UE, salvo si sia in presenza di attività che effettivamente esulino da tale contesto, quali, come ci ricorda il *considerando* sedicesimo del regolamento (UE) n. 2016/679, quelle che riguardano la sicurezza nazionale. Anche se, per la verità, a questo proposito, non va dimenticato che i concetti di "sicurezza nazionale", "sicurezza interna dell'UE" e "sicurezza internazionale" tendono spesso a sovrapporsi, essendo obiettivi che devono essere tutti necessariamente perseguiti nel rispetto dei valori e dei principi sanciti dall'art. 2 TUE e dalla stessa Carta dei diritti fondamentali.

L'applicazione della disciplina dell'Unione sul trattamento dei dati personali è, d'altra parte, incredibilmente pervasiva, conoscendo pochi limiti, quelli anzidetti, che, peraltro, finiscono per essere interpretati dalla Corte di giustizia in modo molto restrittivo. Ad esempio, il giudice dell'Unione ha recentemente chiarito che non rientra tra le attività esclusivamente personali o domestiche, non coperte dal nuovo regolamento 2016/679, quella di predicazione porta a porta dei testimoni di Geova[18]. Per la Corte, il fatto che l'attività di predicazione porta a porta sia tutelata dal diritto fondamentale alla libertà di coscienza e di religione, sancito all'articolo 10, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, non ha l'effetto di conferirle un carattere esclusivamente personale e domestico, riferendosi i termini "personale o domestico", utilizzati dalla normativa, all'attività della persona che effettua il trattamento dei dati personali e non alla persona i cui dati sono trattati[19].

4. A ulteriore conferma di quanto si è detto sopra con riguardo all'ambito di applicazione del regolamento (UE) 2016/679, va ricordato che esso poggia su una base giuridica diversa da quella della direttiva 95/46/CE: non più l'art. 100 A del TCE (oggi art. 114 del TFUE), ma l'art. 16 del TFUE[20], norma che, introdotta con il Trattato di Lisbona, sostituisce l'art. 286 del TCE.

Fra le due disposizioni, appunto l'art. 286 del TCE e l'art. 16 del TFUE, le differenze sono profonde al di là del loro tenore letterale.

L'art. 16 del TFUE ha, invero, una portata assai più ampia di quello della precedente norma, che si limitava a prevedere l'applicabilità degli atti comunitari relativi al diritto alla protezione dei dati personali anche ai trattamenti di dati effettuati da istituzioni e organismi della Comunità[21]. La nuova disposizione stabilisce diretta-

[18] Sentenza del 10 luglio 2018, causa C-25/17, *Jehovan todistajat*, ECLI:EU:C:2018:551.

[19] Cfr. anche la sentenza dell'11 dicembre 2014, causa C-212/13, *Ryneš*, ECLI:EU:C:2014:2428, spec. punti 31 e 33.

[20] La base giuridica per le norme sul trattamento dei dati personali nel diverso settore della PESC è l'art. 39 TUE che, derogando in deroga al paragrafo 2 dell'art. 16 del TFUE, affida al solo Consiglio il compito di adottare mediante decisione le norme ad esso relative.

[21] L'art. 16 TFUE (*ex* art. 286 TCE) attribuisce al legislatore europeo la facoltà di adottare, mediante procedura legislativa ordinaria, una normativa relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale e alla loro libera circolazione da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione, nonché da parte degli Stati membri nell'esercizio di attività che

mente, e non tramite un rimando agli atti legislativi e non eventualmente adottati, che ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano, con l'effetto di introdurre una nuova autonoma competenza dell'Unione che consente di superare in modo definitivo i dubbi sull'ambito di applicazione della disciplina derivata.

4.1. Al di là delle considerazioni che precedono, è innegabile che con il tempo la protezione dei dati personali abbia progressivamente allentato ogni legame, inteso come vincolo o elemento di costrizione, con le libertà sancite dai Trattati, finendo per ancorarsi al diritto dell'Unione europea sotto forma di diritto fondamentale divenuto, in seguito, autonomo, almeno sul piano formale.

A questa trasformazione concettuale, frutto di un approccio sostanzialistico, ha, indubbiamente, contribuito una giurisprudenza della Corte di giustizia fortemente influenzata dalle pronunce della Corte di Strasburgo sull'art. 8 della CEDU[22] [23] e sulla Convenzione n. 108 del 1981[24], anch'essa oggetto di un processo di revisione concluso il 18 maggio 2018 con l'adozione da parte del Comitato dei Ministri di un Protocollo di ammodernamento[25] al fine di garantire il coordinamento e la compatibilità con gli *standard* della disciplina dell'UE.

Per mezzo di tale convenzione, si è proceduto a codificare la giurisprudenza della Corte EDU con la quale il diritto alla protezione dei dati personali era stato incluso nel "diritto al rispetto della vita privata"[26]. La Convenzione n. 108 del 1981,

---

rientrano nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, affidando il rispetto di tali norme ad autorità indipendenti. Cfr. F. Pizzetti, *La privacy come diritto fondamentale alla protezione dei dati personali nel Trattato di Lisbona*, cit. e il commento di B. Cortese, *Art. 16*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, p. 444.

[22] Cfr., in particolare, la sentenza del 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*, ricorsi 30562/04 e 30566/04, § 103. In argomento, cfr. M. De Salvia, *Dati personali e sfera privata nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: ricostruzione sommaria delle linee-guida*, in *Diritto alla riservatezza e progresso tecnologico,* cit.

[23] Cfr. O. Pollicino, M. Bassini, *Commento all'art. 8 CdfUE*, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, 2017, p. 132; G. Martinico, *Commento all'art. 7 CdfUE*, *ibidem*, p. 114 e J. Herveg, J.-M. Van Gyseghem, *La protection des données à caractère personnel en droit européen,* in *Journal européen des droits de l'homme*, 2018, p. 33.

[24] Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale n. 108, firmata a Strasburgo il 28 gennaio 1981 ed entrata in vigore il 1º ottobre 1985. Cfr., sul tema, M. Fumagalli Meraviglia, *Le nuove normative europee sulla protezione dei dati personali*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2016, p. 12 e M. E. Bonfanti, *Il diritto alla protezione dei dati personali nel Patto internazionale sui diritti civili e politici e nella Convenzione europea dei diritti umani: similitudini e difformità di contenuti*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2011, p. 449. Al fine di fornire un ulteriore strumento di supporto per gli Stati parte nell'applicazione della Convenzione 108, il *Consultative Committee of the Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data* ha adottato il 23 gennaio 2017 le *Linee guida sulla protezione degli individui relative al trattamento di dati personali in un mondo di Big Data*, rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ebe7a.

[25] Il testo del Protocollo è consultabile *online* all'indirizzo rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016808ac918.

[26] La protezione dei dati personali è considerato dalla Corte EDU di fondamentale importanza per il godimento del diritto al rispetto della vita privata e familiare, garantito dall'articolo 8 della Convenzione (cfr., *inter alia*, le sentenze della Corte EDU del 27 giugno 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy e Sata-*

dunque, in epoca antecedente alla prima proclamazione della Carta, ponendosi a complemento dell'art. 8 della CEDU, ha consentito di fare elevare la tutela dei dati personali a diritto fondamentale.

Lo stesso risultato è stato conseguito a livello di Unione europea attraverso, appunto, la Carta dei diritti fondamentali la quale riconosce, all'art. 8, la protezione dei dati personali come diritto autonomo.

In questo senso, l'articolo 8 della Carta, come osservato con particolare acume[27], rappresenta il punto di arrivo di un processo di codificazione e costituzionalizzazione del diritto europeo alla *privacy* e al tempo stesso oggi costituisce la pietra angolare del nuovo impianto normativo di cui l'Unione si è dotata[28].

Con l'art. 8 della Carta tale diritto, da una dimensione di carattere essenzialmente negativo (codificata, oltre che dalla CEDU all'art. 8, dall'art. 7 della stessa Carta, nonché espressione del c.d. "right to be alone" poiché, come affermato ancora nel 1952 da un giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti, "il diritto di essere lasciati in pace è di fatto l'inizio di ogni libertà"[29]), approda a una dimensione di carattere positivo, che si traduce nella tutela dei dati personali mediante la creazione di un insieme di regole e principi[30]. Questa norma, dunque, consente di costruire un sistema di controlli e contrappesi che va oltre il concetto di consenso e che permette il trattamento lecito dei dati, talvolta anche prescindendo da un'autorizzazione esplicita dell'interessato. I paragrafi 2 e 3 dell'articolo 8 della Carta precisano che tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge, che ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica, e, infine, che il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente[31]. Tali prescrizioni, mutuate dagli articoli 6, 7, 12, 14 e 28 della direttiva 95/46/CE, sono parimenti codificate nel nuovo regolamento (UE) n. 679/2016.

L'art. 8, a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ma, in verità, già dalla prima proclamazione della Carta, diviene per la Corte di giustizia il vero parametro di legittimità degli atti adottati dall'Unione e dagli Stati membri, essendo oggi, come si è detto, da respingere, anche per la presenza dell'art. 16 TFUE come base giuridica degli atti di diritto derivato adottati in materia e, dunque, espres-

---

media Oy c. Finlandia, ric. 931/13, § 133 e del 4 maggio 2000, *Rotaru c. Romania* [GC], ric. 28341/95, § 46).

27 V. O. Pollicino, M. Bassini, *op. cit*., p. 135.

28 Le Spiegazioni della Carta fanno espressamente menzione ai riferimenti normativi che hanno contribuito al processo di codificazione del diritto alla *privacy* nell'ordinamento dell'Unione europea: (*i*) l'art. 16 TFUE; (*ii*) la direttiva 95/46/CE (oggi il regolamento (UE) n. 679/2017); (*iii*) la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale del 28 gennaio 1981; (*iv*) il regolamento (CE) n. 45/2001 - oggi il regolamento (UE) 2018/1725; (*v*) l'art. 8 della CEDU.

29 Cfr. il caso *Public Utilities Commission c. Pollak*, 343 U.S. 451, 467 (1952) e l'opinione del giudice William O. Douglas, dissenziente. Cfr. S.D. Warren, L.D. Brandeis, *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, 1980, p. 193. Gli autori affermano un diritto alla *privacy*, secondo un'accezione negativa, da intendersi quale *right to be alone* ossia il diritto al rispetto della vita privata e familiare, codificato nell'ordinamento europeo dall'art. 7 della Carta.

30 V. O. Pollicino, M. Bassini, *op. ult. cit.*, p. 136.

31 Sentenza del 9 marzo 2017, causa C-398/15, *Manni,* ECLI:EU:C:2017:197.

sione di una nuova competenza dell'Unione europea, l'idea che la protezione dei dati personali da parte del diritto UE sussista solo in presenza di un legame con le libertà fondamentali sancite dai Trattati. Anzi, l'art. 16 TFUE, avendo introdotto nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea una nuova e generale competenza, consente, nel rispetto dell'articolo 51 della Carta, l'applicazione dell'art. 8 della Carta ogni qualvolta vengano in rilievo i dati personali, con la sola eccezione dei casi in cui si esuli dal campo di applicazione del diritto UE ovvero si versi in situazioni che ricadono sotto la competenza esclusiva degli Stati membri.

Il Trattato di Lisbona, insomma, ha il pregio di avere creato una perfetta contiguità[32] fra la Carta e i Trattati, determinando una chiara ripartizione funzionale delle due norme evocate cosicché l'art. 16 TFUE viene richiamato dal legislatore come base giuridica degli atti di rango secondario adottati in materia, mentre l'art. 8 della Carta, nella lettura che di tale norma dà la Corte, sovviene laddove quei medesimi atti o disposizioni di diritto interno comprimano le tutele di questo nuovo diritto fondamentale, con l'ulteriore conseguenza di rendere di fatto pacifica l'efficacia orizzontale dell'art. 8 per osmosi e, dunque, la sua applicazione nelle controversie fra privati[33].

Non è un caso che la Corte nelle proprie pronunce faccia sempre riferimento solo all'art. 8 della Carta. D'altra parte, tale norma ha, rispetto all'art. 16 TFUE, un contenuto assai più ampio e preciso, stabilendo, al par. 2, le condizioni essenziali perché i dati personali possano essere oggetto di trattamento, mentre con il paragrafo successivo, nell'affidare il rispetto delle regole al controllo di autorità indipendenti, il cui ruolo, essenziale per garantire lo stato di diritto, inteso come valore posto a fondamento dell'Unione, sarà progressivamente valorizzato dalla stessa Corte, funge da ideale cerniera tra altre disposizioni di rango primario: l'art. 47 della Carta e gli articoli 4, par. 3 e 19 TUE.

5. Dal punto di vista sostanziale, come si è detto, l'art. 8 della Carta sancisce l'esistenza di un diritto nuovo, autonomo, ma, invero, questa autonomia tuttora fatica ad emergere nella giurisprudenza della Corte anche in quella più recente.

---

[32] Un doppio binario di tutela secondo F. Balducci Romano, *Il diritto alla protezione dei dati personali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, cit., p. 1658.

[33] Cfr. O. Pollicino, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in *Rivista diritto dei media*, 2018, p. 1 ss. Sul tema, più in generale, dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, si rinvia anche a F. Ferraro, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, in *federalismi.it*, 2019.; E. Frantziou, *The Horizontal Effect of Fundamental Rights in the European Union*, Oxford, 2019; S. Walkila, *Horizontal Effect of Fundamnental Rights in EU Law*, Amsterdam, 2016; R.Tinière, *L'invocabilité des principes de la Charte des droits fondamentaux dans les litiges horizontaux*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2014, chronique n° 14; N. Lazzerini, *(Some of) the fundamental rights granted by the Charter may be a source of obligations for private parties: AMS*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 907. D. Leczykiewicz, *Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights*, in *European Law Review*, 2013, p. 479; K. Lenaerts, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 2012, p. 375; E. Spaventa, *The Horizontal Application of Fundamental Rights as General Principles of Union Law*, in A. Arnull, C. Barnard, M. Dougan, E. Spaventa (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in Honour of Alan Dashwood*, Oxford, 2011, p. 199 e A. Tizzano, *L'application de la Charte de droits fondamentaux dans les Etats members à la lumiere de son article 51, paragraphe 1*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2014, p. 429.

Ciò si deve alla difficoltà nel trovare una definizione univoca di dati personali e nel tagliare il cordone ombelicale che separa il diritto posto a loro protezione da quello, parimenti tutelato dalla Carta e dalla CEDU, che ha lo scopo di assicurare il rispetto della vita privata e familiare.

Partendo dai profili definitori, va detto che il confine che separa la categoria dei dati personali da quella dei dati non personali è labile e disegnato dal legislatore UE con un tratto ben poco marcato.

Secondo la Commissione[34], i dati non personali possono essere classificati in due modi diversi a seconda della loro origine: dati che fin dall'inizio non riguardano una persona fisica identificata o identificabile (l'esempio più comune sono i dati meteorologici) e dati inizialmente personali e solo successivamente resi privi di tale natura, a seguito di un processo di anonimizzazione, mediante la tecnica della "randomizzazione" o della "generalizzazione"[35].

Insomma, la categoria, residuale, dei dati non personali viene definita con un'accezione negativa. In questo senso sono da leggersi gli articoli 2 e 3 del regolamento (UE) n. 2018/1807[36], che si limitano a definire dati non personali quelli che non rientrano nella definizione di cui all'articolo 4, par. 1, del regolamento (UE) n. 2016/679 per il quale è, invece, da considerarsi come dato personale "qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile ("interessato"); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psi-

[34] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 25 settembre 2019, Guidance on the Regulation on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union, COM(2019) 250 def., paragrafo 2.1.

[35] La "randomizzazione" viene definita dal Gruppo di lavoro articolo 29 (WP29) come "una famiglia di tecniche che modifica la veridicità dei dati al fine di eliminare la forte correlazione che esiste" tra questi e la persona. Essa rappresenta una tutela dai rischi di deduzione e può essere affiancata da altre tecniche per garantire l'anonimato con maggior precisione. Nella randomizzazione rientra ad esempio l'aggiunta del c.d. "rumore statistico". La "generalizzazione" rappresenta la seconda famiglia di tecniche di anonimizzazione e consiste nel "diluire gli attributi delle persone interessate modificando la rispettiva scala o ordine di grandezza" (anziché riportare un dato relativo a un giorno specifico, lo generalizzo in un *range* di tempo maggiore, come un anno). Il Gruppo di Lavoro 29 colloca in questa famiglia l'«aggregazione» e il «k-anonimato». Esse mirano a non permettere l'identificazione attraverso il raggruppamento di dati concernenti una persona, con dati riguardanti un numero k di soggetti. Ciò avviene ad esempio mescolando casualmente le date di nascita di più individui in uno stesso elenco. Il problema dell'aggregazione e k-anonimato consiste però nella deduzione. In effetti, se i k individui appartengono a un gruppo e il gruppo è noto all'interprete, rimane semplice identificare la persona fisica. Gli errori comuni evidenziati nel WP216 sono: utilizzare pochi soggetti tra i quali mischiare i dati, perché si aumentano le possibilità di correlare fra loro i dati; raggruppare insieme persone in modo disomogeneo, senza per esempio mettere insieme informazioni tutte riguardanti la data di nascita ma alcune riguardanti il colore dei capelli, o l'indirizzo di casa, consentendo una maggior facilità di individuazione; trascurare alcuni quasi-identificatori che possano fungere da mezzi per la deduzione, cioè modi per individuare una persona in un gruppo. Il WP29, infatti, sottolinea in chiusura del documento WP216 "l'impossibilità di rinvenire tecniche che soddisfino con certezza i criteri per un'effettiva anonimizzazione" e la necessità di decidere caso per caso quale tecnica utilizzare, in base alle circostanze concrete.

[36] Regolamento (UE) n. 2018/1807 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea, cit., p. 59.

chica, economica, culturale o sociale". Anche questa nozione di dato personale, contenuta nel regolamento (UE) n. 2016/679 e non dissimile da quella contenuta nella direttiva 95/46/CE, è stata prima edificata in via pretoria attraverso il contributo dato dal Gruppo di lavoro articolo 29 (*Working Party article 29* o WP29, in quanto previsto dall'art. 29 della direttiva europea 95/46/CE) che, con l'entrata in vigore del regolamento (UE) n. 2016/679, è stato sostituito dall'European Data Protection Board, o Comitato europeo per la protezione dei dati. Ci si riferisce, in particolare, al Parere 4/2007 del 20 giugno 2007 - WP 136 sul concetto di dati personali. Ti sembra gatto

Dunque, sono quattro gli elementi chiave che caratterizzano la definizione di dati personali: a) una "qualsiasi informazione"; b) "riguardante"; c) una "persona fisica" [37]; d) "indentificata o identificabile".

Poiché la nozione di dati non personali, contenuta nel regolamento (UE) 2018/1807, è una mera negazione di quella utilizzata per i dati personali, ne consegue che i dati non personali devono essere intesi come un'informazione non relativa a una persona fisica identificata o identificabile.

Un'informazione può "riguardare" una persona fisica identificata o identificabile se quest'ultima ne è l'oggetto oppure se è suscettibile di incidere sui suoi diritti. L'"identificabilità" del soggetto cui l'informazione si riferisce può essere "diretta" o "indiretta" tramite un metodo deduttivo; informazioni apparentemente frammentarie e prive di riferimenti diretti all'identità di una persona (il nome) costituiscono un dato personale se il titolare intende utilizzarle per identificare una determinata persona e possiede presumibilmente i mezzi per ricostruire tale identità.

Secondo la giurisprudenza della Corte, anche l'immagine di una persona registrata da una telecamera costituisce un dato personale se e in quanto essa consente di identificare la persona interessata[38].

Insomma, si tratta di una definizione molto ampia e dinamica che richiede una valutazione attenta caso per caso.

D'altra parte, la Corte nella sentenza *Nowak*[39] afferma che "l'uso dell'espressione 'qualsiasi informazione' nell'ambito della definizione della nozione di 'dati personali', di cui all'articolo 2, lettera a), della direttiva 95/46 riflette l'obiettivo del legislatore dell'Unione di attribuire un'accezione estesa a tale nozione, che non è limitata alle informazioni sensibili o di ordine privato, ma comprende potenzialmente ogni tipo di informazioni, tanto oggettive quanto soggettive, sotto forma di pareri o di valutazioni, a condizione che esse siano 'concernenti' la persona interessata"[40]. Inoltre, per la Corte "affinché un dato possa essere qualificato come 'dato personale', non si

[37] La direttiva si riferisce a informazioni concernenti una persona fisica, ma, almeno in determinate circostanze, può essere rilevante anche il trattamento di dati relativi ai defunti. Della stessa tutela possono godere anche le persone giuridiche come ha chiarito la Corte europea di giustizia nella sentenza *Lindqvist* (6 novembre 2003, causa C-101/01), in base alla quale "nulla impedisce che uno Stato membro estenda la portata della normativa nazionale di attuazione della direttiva 95/46/CE a settori non compresi nell'ambito di applicazione di quest'ultima, purché non vi osti alcun altra disposizione del diritto comunitario" (punto 98).

[38] Sentenza *Ryneš*, cit., punto 22.

[39] Sentenza del 20 dicembre 2017, causa C-434/16, *Nowak,* ECLI:EU:C:2017:994.

[40] *Ibidem*, punto 34.

richiede che tutte le informazioni che consentono di identificare la persona interessata siano in possesso di una sola persona"[41].

In effetti, come sottolineato dalla Corte di giustizia nel caso *Breyer*, una persona può anche essere identificata mediante riferimenti incrociati di informazioni provenienti da responsabili del trattamento differenti. Se i dati non personali possono essere associati in qualche modo a una persona, devono essere considerati personali.

In questo contesto risiede l'importanza dell'anonimizzazione dei dati, che in astratto, e con i limiti sopra menzionati, consente di tramutare i dati personali in dati non personali.

6. Se è talora difficile differenziare i dati personali dai dati non personali, lo è ancora di più ipotizzare un trattamento dei primi che non incida sulla sfera privata del singolo, intesa come il nocciolo duro della sua sfera personale. È, insomma, possibile ipotizzare una lesione del diritto alla protezione dei dati personali in mancanza di un pregiudizio per il singolo? La risposta a questo interrogativo è necessaria per capire il grado di autonomia di questo diritto da quello che sancisce il rispetto della vita privata e familiare.

Se le adiacenze tra i due diritti sono innegabili ed emergono con chiarezza anche nelle Spiegazioni contenute nella Carta[42], meno chiaro è il grado di separazione fra di essi[43].

Sul punto, la giurisprudenza della Corte di giustizia non è di particolare aiuto, venendo utilizzato nelle sue pronunce un approccio non uniforme e un linguaggio poco rigoroso.

Nella sentenza *Promusicae*[44], la Corte, ad esempio, afferma l'esistenza di un nuovo diritto fondamentale, vale a dire quello che garantisce la tutela dei dati personali "e, quindi, della vita privata"[45].

Tuttavia, osserva il Tribunale nella sentenza *Bavarian Lager*[46], "non tutti i dati personali sono per loro natura in grado di pregiudicare la vita privata della persona interessata". Dunque, il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali avrebbe, stando a questa pronuncia della Corte, un perimetro di applicazione più ampio.

Questa asserzione della Corte non è del tutto convincente se si passa dall'astrazione del diritto a prevederne la protezione nel concreto.

Non a caso, la Corte è solita affermare nelle proprie pronunce che gli articoli 7 e 8 della Carta sono strettamente legati al punto da poter essere considerati come integranti un "diritto alla vita privata con riguardo al trattamento dei dati personali"[47].

---

41 *Ibidem*, punto 31 in cui si richiama la sentenza del 19 ottobre 2016, C-582/14, *Breyer*, ECLI:EU:C:2016:779, punto 43.

42 Come si è già detto, nella Spiegazione relativa all'articolo 8 della Carta, si precisa esso si fonda in particolare sull'articolo 8 della CEDU che sancisce il diritto alla vita privata.

43 Cfr. J. Kokott, C. Sobotta, *The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR*, in *International Data Privacy Law*, 2013, p. 222.

44 Sentenza del 29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Promusicae,* ECLI:EU:C:2008:54.

45 *Ibidem*, punto 63.

46 Sentenza dell'8 novembre 2007, T-194/04, *Bavarian Lager,* ECLI:EU:C:2007:334.

47 Sentenza del 9 novembre 2010, cause riunite C-92 e 93/09, *Volker und Markus Schecke e Eifert*, ECLI:EU:C:2010:662, punto 52.

A ben vedere, al di là delle categorie concettuali, è impervio individuare un diritto alla protezione dei dati personali completamente avulso dalla vita privata della persona cui appartengono. D'altra parte, come si è detto, il collegamento fra dato e vita privata costituisce l'elemento imprescindibile per ritenere che esso sia da considerarsi "personale".

Parimenti, in caso di violazione dei principi posti alla base del diritto alla protezione dei datai personali, è difficile individuare rimedi (accesso ai dati, rettifica, cancellazione, anonimizzazione dei dati) che non siano volti a difendere la sfera privata e familiare.

Correttamente, la Corte ci ricorda che la tutela del diritto fondamentale al rispetto della vita privata implica, in particolare, che qualsiasi persona fisica possa assicurarsi che i dati personali che la riguardano siano esatti e che siano trattati in maniera lecita. È al fine di effettuare le necessarie verifiche che la persona interessata gode, ad esempio, di un diritto di accesso ai dati che la riguardano e che sono oggetto di trattamento. Tale diritto di accesso è necessario proprio per consentire alla persona interessata di ottenere, se del caso, da parte del responsabile del trattamento la rettifica, la cancellazione o il congelamento di tali dati[48].

Si finisce così per preferire la giurisprudenza della Corte di Strasburgo che, richiamando la Convenzione 108 del 1981, tende a utilizzare i principi generali sul trattamento dei dati, per dare contenuto al diritto alla vita privata. Il trattamento dei dati personali non sempre interferisce con la vita privata della persona, ma la protezione di quegli stessi dati avviene in funzione di una siffatta interferenza.

Non del tutto convincente è anche la tesi dell'Avvocato generale Villalón il quale, nel tentativo di affermare l'autonomia concettuale dei due diritti, sostiene, nelle proprie conclusioni presentate nella causa *Digital Rights Ireland*, che il legame che li unisce dipende essenzialmente dalla natura dei dati considerati[49].

Secondo il suo, sottile e raffinato, ragionamento, esistono dati che sono, in un certo qual modo, più che personali. Per questi dati, le problematiche iniziano, per così dire, già "a monte", per il solo fatto che circostanze che attengono alla sfera più intima di una persona abbiano potuto cristallizzarsi in forma di dati, ossia in una forma che può essere assoggettata a un trattamento e dunque per essi sarebbe giustificato un richiamo anche all'art. 7 della Carta.

Si tratterebbe, dunque, di un diverso posizionamento dei due diritti fondamentali. Dunque, gli articoli 7 e 8 andrebbero entrambi richiamati per valutare, sotto il profilo della legittimità, il momento in cui l'informazione personale si trasforma in dato, laddove tale procedimento sia contestato dal soggetto cui l'informazione prima e il dato poi si riferiscono. Risulterebbe sufficiente il rinvio all'art. 8 della Carta in caso il titolare del dato personale ne contesti le modalità con cui esso viene conservato, trattato o trasferito oppure lamenti una violazione o una compressione del diritto, in virtù di tale norma, ad avvalersi di una serie di rimedi per porre fine ad un comportamento non conforme da parte del titolare del trattamento.

---

[48] Sentenza del 17 luglio 2014, cause riunite C-141 e 372/12, *YS e a.*, ECLI:EU:C:2014:2081, punto 44 e giurisprudenza ivi citata.

[49] Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Villalón del 12 dicembre 2013, causa C-293/12, *Digital Rights Ireland*, ECLI:EU:C:2013:845, punto 65.

Come si è detto, questa elaborazione non pare sempre idonea a individuare i casi in cui sarebbe sufficiente il richiamo al solo articolo 8 della Carta, consentendo di addivenire a una separazione funzionale dei due diritti.

Piuttosto, per questa via, si potrebbe giungere a un bilanciamento più equilibrato con altri diritti parimenti previsti dalla Carta con i quali si viene sovente a creare una naturale tensione[50].

7. Anche il diritto alla protezione dei dati personali, come ricorda la Corte in diverse pronunce, non costituisce una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale.

Il riferimento è all'art. 52, par. 1 della Carta secondo cui "[e]ventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà […] devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui"[51].

Nel dare applicazione a questa norma, la Corte accerta, in primo luogo, se la limitazione del diritto alla protezione dei dati personali sia prevista dalla legge che, secondo la dottrina della c.d. "qualità della legge" elaborata dalla Corte EDU, deve essere sufficientemente chiara[52] e prevedibile[53] per quanto riguarda il significato e la natura delle misure applicabili, dovendo consentire al cittadino di immaginare le conseguenze del proprio comportamento[54]. In secondo luogo, occorre valutare se la norma limitativa del diritto persegua una finalità legittima che, tuttavia, non va presa in considerazione in astratto (ad esempio, la tutela dell'ordine pubblico, la lotta alla criminalità, la prevenzione dei reati), determinando, diversamente, il rischio di una compressione o limitazione del diritto che viene in rilievo[55].

In terzo luogo, si deve verificare se la limitazione apportata al diritto non ne pregiudichi il contenuto essenziale[56], sia idonea a realizzare l'obiettivo perseguito e

---

50 Sentenza *Volker und Markus Schecke e Eifert*, cit., punto 52.

51 Cfr. F. Ferraro, N. Lazzerini, *op cit*., p. 1061.

52 Sentenza della Corte EDU del 3 luglio 2007, *Tan c. Turchia*, ric. 9460/03.

53 Sentenze della Corte EDU del 24 aprile 1990, *Kruslin c. Francia*, ric. 11801/85, e del 25 settembre 2006, *Coban c. Spagna*, ric. 17060/02.

54 Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Villalón del 14 aprile 2011, causa C-70/10, *Scarlet*, ECLI:EU:C:2011:255, punto 100. Cfr. L. Milano, *Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi*, in *Revue du droit public*, 2006, p. 637; P. Rrapi, *La mauvaise qualité de la loi: Vagueness Doctrine at the French Constitutional Council*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 2010, p. 243 e H. Moysan, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi. Des objectifs à l'épreuve de la pratique normative*, in *AJDA*, 2001, p. 428.

55 Sentenza del 16 dicembre 2008, causa C-524/06, *Huber*, ECLI:EU:C:2008:724, punto 69 e ss.

56 Sentenza dell'8 aprile 2014, causa C-293/12 e causa C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd*, ECLI:EU:C:2014:238, punto 39. Per un commento, cfr. L. Trucco, *Data retention: la Corte di giustizia si appella alla Carta UE dei diritti fondamentali,* in *Giurisprudenza italiana*, 2014, p. 1850; O. Pollicino, *Interpretazione o manipolazione? La Corte di giustizia definisce un nuovo diritto alla privacy digitale*, in *federalismi.it,* n. 3, 2014; M. P. Granger, K. Iron, *The Court of Justice and the Data retention Directive in Digital Rights Ireland: Telling off the EU Legislator and Teaching Lesson in Privacy and Data Protection*, in *European Law Review*, 2014, p. 835 e O. Lynskey, *The Data retention Directive is incompatible with the rights to privacy and data protection and is invalid in its entirety: Digital Rights Ireland*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 1789.

non vada oltre quanto necessario per conseguirlo e, dunque, non violi i principi di proporzionalità[57] e necessità[58].

Numerose sono, a tale riguardo, le pronunce in cui la Corte si è soffermata sul rapporto fra la protezione dei dati personali, la libertà di espressione e i diritti economici degli operatori. Si possono, ad esempio, menzionare le sentenze *Satamedia*[59], *Scarlet*[60], *SABAM*[61] e *Lindqvist*[62].

Nella sentenza *Lindqvist*, la Corte ricorda che "le disposizioni [oggi del regolamento (UE) n. 679/2016] non pongono, di per sé, una restrizione incompatibile con il principio generale di libertà di espressione o con altri diritti e libertà, all'interno dell'Unione europea e che trovano corrispondenza, tra l'altro, nell'art. 10 della CEDU. Spetta alle autorità e ai giudici nazionali incaricati di applicare la normativa nazionale […] garantire il giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi in gioco, ivi compresi i diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario"[63].

L'approccio pragmatico ed equilibrato da sempre utilizzato dalla Corte nel ponderare gli interessi in gioco deve però oggi misurarsi con il continuo progredire della tecnologia[64]. Il mondo digitale pone nuovi problemi anche perché si sviluppa molto più velocemente del diritto che lo deve disciplinare, con la conseguenza di indurre il potere giudiziario ad appropriarsi di sfere di competenza proprie del potere legislativo nel tentativo di colmarne le lacune.

Emblematica, dibattuta e controversa è la pronuncia *Google Spain*[65] in cui la Corte, in parte, discostandosi dal pensiero dell'Avvocato generale Jääskinen, acconsente a che ragioni del "diritto ad essere dimenticati"[66] possano prevalere su un generale interesse a un più rapido e agevole accesso alle informazioni e sui diritti economici dei fornitori di servizi di comunicazione.

Più precisamente, la Corte, interpretando alcune delle disposizioni contenute nella direttiva 95/46/CE alla luce degli articoli 7 e 8 della Carta, ha riconosciuto il

[57] Si vedano anche le conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak del 27 giugno 2012, causa C-245/11, *K*, ECLI:EU:C:2012:685, punti 75 ss.

[58] Sentenza *Volker und Markus Schecke e Eifert*, cit., punto 52. Per la Corte, le limitazioni che possono essere legittimamente apportate al diritto alla protezione dei dati personali corrispondono a quelle tollerate nell'ambito dell'art. 8 della CEDU (*ibidem*, punto 54).

[59] Sentenza del 16 dicembre 2008, causa C-73/07, *Satamedia*, ECLI:EU:C:2008:727.

[60] Sentenza *Scarlet*, cit.

[61] Sentenza del 16 febbraio 2012, causa C-360/10, *SABAM*, ECLI:EU:C:2012:85.

[62] Sentenza *Lindqvist*, cit.

[63] *Ibidem*, punto 90.

[64] Per vari spunti critici sull'approccio della Corte di giustizia alla protezione dei dati personali nel mondo digitale, cfr. O. Pollicino, *Il "senso" della Corte di giustizia per la tutela dei dati personali,* in *Liber amicorum Antonio Tizzano*, p. 751.

[65] Sentenza del 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain*. Cfr. O. Pollicino, M. Bassini, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo?: il ruolo degli Artt. 7 e 8 della Carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, p. 569.

[66] Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Jääskinen del 25 giugno 2013 nella causa *Google Spain*, causa C-131/12, ECLI:EU:C:2013:424, spec. punti 108-110, ove l'Avvocato generale ha affermato di non ritenere sussistente, ai sensi della direttiva 95/46/CE, "un diritto generale all'oblio nel senso che una persona interessata abbia il diritto di limitare o di porre fine alla diffusione di dati personali che consideri nocivi o contrari ai propri interessi. Sono lo scopo del trattamento e gli interessi da esso tutelati, confrontati con quelli della persona interessata, e non le preferenze di quest'ultima, i criteri da applicare allorché i dati vengono trattati senza il consenso della stessa. Di per sé, una preferenza soggettiva non costituisce un motivo preminente e legittimo ai sensi dell'articolo 14, lettera a), della direttiva".

diritto del singolo interessato a chiedere, in presenza di determinate condizioni, al gestore del motore di ricerca prima, e alle autorità competenti poi, l'eliminazione dei *links* verso pagine *web* pubblicate da terzi dall'elenco dei risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di tale soggetto, sulla base della considerazione che "[l']attività di un motore di ricerca consistente nel trovare informazioni pubblicate o inserite da terzi su internet, nell'indicizzarle in modo automatico, nel memorizzarle temporaneamente e, infine, nel metterle a disposizione degli utenti di internet secondo un determinato ordine di preferenza, deve essere qualificato come trattamento di dati personali, e che il gestore di detto motore di ricerca deve essere considerato come il responsabile del trattamento"[67].

In questa pronuncia la Corte ha operato, dunque, un bilanciamento fra interessi contrapposti, ritenendo prevalente il diritto alla protezione della vita privata e dei dati personali rispetto alla libertà economica dei fornitori di servizi elettronici, purché operino, a prescindere dal luogo di stabilimento, all'interno dell'Unione europea, non essendo previsto dalla normativa UE l'obbligo per l'operatore di garantire il diritto alla deindicizzazione sulle versioni del proprio motore di ricerca utilizzate in Paesi terzi, anche laddove la richiesta del soggetto interessato sia supportata dal provvedimento di un'autorità di controllo o di un'autorità giudiziaria[68]. Beninteso, non certo rispetto alla libertà di espressione e di informazione, che, peraltro, costituisce nel nuovo regolamento (UE) n. 679/2016 una delle eccezioni al cd. "diritto all'oblio".

Non a caso, la Corte nella sentenza *Manni*[69] accorda prevalenza, in ossequio al principio di proporzionalità, alle finalità di pubblicità legale rispetto alle esigenze del singolo, all'interno di un corretto rapporto regola/eccezione, in linea con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo[70].

Di certo, la Corte di giustizia ha affermato l'inapplicabilità di una normativa nazionale che stabilisca a priori ed in modo definitivo il risultato del bilanciamento dei diritti e degli interessi contrapposti, senza consentire un diverso risultato in ragione delle specifiche circostanze del caso concreto[71]. Si tratta perciò di un'operazione indispensabile qualora il conflitto riguardi diritti fondamentali della persona; né gli Stati possono escludere o limitare il potere del giudice di riequilibrare le controversie, perché ciò è vietato dall'art. 52 della Carta.

---

67 *Ibidem*, punto 41.

68 Sentenza del 24 settembre 2019, causa C-507/17, *Google*, ECLI:EU:C:2019:772, punto 67. La Corte afferma, inoltre, che il bilanciamento fra l'interesse del pubblico ad accedere alle informazioni può, anche all'interno dell'Unione, variare da uno Stato membro all'altro e, dunque, il risultato del bilanciamento da realizzare tra tale interesse, da un lato, e i diritti alla tutela della vita privata e alla protezione dei dati personali dell'interessato, dall'altro lato, non è necessariamente identico per tutti gli Stati membri (punto 67).

69 Sentenza *Manni*. Per un commento, si veda M. Forti, *Diritto all'oblio e conservazione dei dati iscritti nei pubblici registri: qualche considerazione a margine della Sentenza della Corte di giustizia della Corte di giustizia nel caso Manni*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2018, p. 565.

70 *Inter alia*, la sentenza della Corte EDU del 16 luglio 2013, *Wegrzynowski and Smolczewski v. Poland*, ric. 33846/07.

71 Sentenza del 24 novembre 2011, C-468 e 469/10, *ASNEF*, ECLI:EU:C:2011:777, punto 47.

Il capitolo più delicato è, però, quello che vede in apparente contrapposizione il diritto alla tutela dei dati personali e l'interesse generale alla sicurezza e alla prevenzione dei reati[72].

Anche in questo caso la giurisprudenza della Corte non è stata esente da critiche da parte di coloro che ritengono sia oggi data troppa attenzione al tema della protezione dei dati personali a scapito di diritti o interessi della collettività.

In tema, la sentenza probabilmente più nota è *Digital Rights Ireland*[73] con la quale la Corte ha dichiarato invalida la direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, c.d. direttiva "*data retention*", sulla conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione. Quest'ultima non prevedeva, infatti, a giudizio della Corte, garanzie sufficienti ad assicurare una protezione efficace dei dati personali contro i rischi di abusi e contro qualsiasi accesso e utilizzo illeciti degli stessi, dal momento che "la conservazione ed il successivo utilizzo dei dati avvengano senza che l'abbonato o l'utente registrato ne siano informati può ingenerare negli interessati la sensazione che la loro vita privata sia oggetto di costante sorveglianza"[74]. Se, dunque, la conservazione dei dati ai fini della loro eventuale trasmissione alle autorità nazionali competenti può rispondere effettivamente a un obiettivo di interesse generale, la pubblica sicurezza, al tempo stesso tale pratica non deve eccedere i limiti imposti dal rispetto del principio di proporzionalità[75].

In questa pronuncia la Corte ha osservato che, in considerazione, da un lato, dell'importante ruolo svolto dalla protezione dei dati personali nei confronti del diritto fondamentale al rispetto della vita privata e, dall'altro lato, della portata e della gravità dell'ingerenza in tale diritto che la direttiva comporta, fosse necessario il controllo di un giudice o di un ente amministrativo indipendente sull'utilizzo da parte delle autorità nazionali competenti dei dati personali per finalità di prevenzione o contrasto di reati[76].

---

72 Sul rapporto fra diritto alla protezione dei dati personali e sicurezza, si veda, fra gli altri, M. Orofino, *Diritto alla protezione dei dati personali e sicurezza: osservazioni critiche su una presunta contrapposizione*, *in Medialaws*, n. 2, 2018, p. 82.

73 Sentenza *Digital Rights Ireland Ltd*. Si noti peraltro che in tale pronuncia la Corte ha deciso per la prima volta nella storia del processo di integrazione europea di dichiarare nullo un atto di diritto derivato dell'Unione perché in contrasto con la Carta dei diritti fondamentali (articoli 7, 8 e 52, par. 1), avendo il legislatore UE ecceduto i limiti imposti dal rispetto del principio di proporzionalità.

74 *Ibidem* punto 37.

75 *Ibidem*, punto 45 ss. e giurisprudenza ivi citata.

76 Sentenza *Volker und Markus Schecke e Eifert*, cause riunite C-92 e 93/09, cit., spec. punto 47. Per un commento, cfr. E. Degrave, *Arrêt "Volker und Markus Schecke et Eifert": le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel et la transparence administrative*, in *Journal de droit européen*, 2011, p. 97; D. Dero-Bugny, *Protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel*, in *Journal du droit international*, 2011, p. 492 e I. Andoulsi, *L'arrêt de la Cour du 9 novembre 2010 dans les affaires jointes Volker und Markus Schecke GBR et Hartmut Eifert contre Land d'Hessen (C-92/09 et causa C-93/09): une reconnaissance jurisprudentielle du droit fondamental à la protection des données personnelles?*, in *Cahiers de droit européen*, 2011, p. 471. Si aggiunga che l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati di natura personale costituisce di per sé un'ingerenza supplementare in tali diritti fondamentali. In questo senso, con riferimento all'applicazione dell'art. 8 della Convenzione europea, cfr. le sentenze della Corte EDU del 26 marzo 1987, *Leander* c. *Svezia*, ric. 9248/81, § 48 e *Rotaru* c. *Romania*, § 46.

Secondo la Corte la normativa dell'Unione avrebbe dovuto prevedere regole chiare e precise con cui stabilire strumenti idonei a proteggere efficacemente i dati personali dal rischio di abusi, nonché da eventuali accessi e usi illeciti nelle attività di trattamento[77].

Il ragionamento svolto dalla Corte vale anche se ad essere scrutinate sono le normative degli Stati membri come nel caso *Tele 2 Sverige*[78], in cui la Corte afferma che le garanzie minime fissate dalla sentenza *Digital Rights Ireland* sono requisiti di carattere imperativo del diritto dell'UE applicabili, dunque, anche ai regimi nazionali.

Ma vi è di più, il carattere imperativo degli standard fissati dalla Corte la induce a svolgere indirettamente un sindacato di compatibilità dei regimi giuridici di Stati terzi con il sistema di tutele delle libertà e dei diritti fondamentali previsto dall'ordinamento dell'Unione.

Si tratta, ovviamente, di un controllo che viene svolto in via mediata su una decisione di adeguatezza della Commissione, che, poi, di fatto, sottintende un giudizio di sostanziale equivalenza (come nel caso *Schrems*[79] o, per usare un termine più evocativo, "Facebook"), o su una decisione con cui sia stato concluso un accordo internazionale. Qui il riferimento è al parere 1/15 della Corte in merito all'accordo sul trasferimento dei codici di prenotazione (PNR) concluso dall'Unione europea con il Canada[80].

La sentenza *Schrems* è di grande interesse proprio nella misura in cui, affermando che le autorità nazionali di vigilanza nazionali, pur in presenza di una decisione di adeguatezza della Commissione, conservano un potere di intervento laddove venga da loro ritenuto pregiudicato il rispetto degli articoli 7, 8 e 47 della Carta, finisce per consacrare l'estensione della applicazione territoriale della normativa di diritto derivato ai trattamenti effettuati in Paesi terzi, anticipando così l'intervento chiarificatore del legislatore dell'Unione con l'articolo 4 del regolamento (UE) n. 679/2017[81].

In base a questa pronuncia, anche qualora la Commissione abbia adottato una decisione di adeguatezza ai sensi dell'art. 45 del regolamento (UE) n. 679/2016, le autorità nazionali di controllo conservano il potere di valutare in piena indipen-

---

77 Sentenza *Digital Rights Ireland Ltd*, cit., punto 54.

78 Sentenza del 21 dicembre 2016, causa C-203/15, *Tele2 Sverige*, ECLI:EU:C:2016:970. Cfr. G. Caggiano, *Il bilanciamento tra diritti fondamentali e finalità di sicurezza in materia di conservazione dei dati personali da parte dei fornitori di servizi di comunicazione*, in *Medialaws*, n. 2, 2018, p. 64.

79 Sentenza del 6 ottobre 2015, causa C-362/14, *Schrems*, ECLI:EU:C:2015:650. Per un primo commento, cfr. F. Rossi Dal Pozzo, *La tutela dei dati personali tra esigenze di sicurezza nazionale, interessi economici e diritti fondamentali della persona (dal* Safe Harbour *al* Privacy Shield*)*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 690.

80 Parere della Corte di giustizia del 26 luglio 2017, 1/15.

81 Per la verità, anche prima del nuovo regolamento generale era indubbio che i poteri conferiti alle autorità di controllo dall'art. 28, paragrafi 1 e 6, della direttiva 95/46/CE riguardassero anche i trattamenti di dati personali effettuati nel territorio del rispettivo Stato membro. La Corte, in proposito, ricorda che il trasferimento dei dati personali da uno Stato membro verso un Paese terzo costituisce, di per sé, un trattamento degli stessi ai sensi dell'art. 2, lett. *b)*, della direttiva 95/46/CE, effettuato nel territorio di uno Stato membro. Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 30 maggio 2006, cause riunite C-317 e 318/04, *Parlamento* c. *Consiglio*. La norma richiamata, invero, definisce il trattamento di dati personali alla stregua di "qualsiasi operazione o insieme di operazioni compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali" e menziona, a titolo di esempio, "la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione".

denza se il trasferimento di tali dati verso Paesi terzi rispetti i requisiti fissati dalla normativa e, dunque, se tale trattamento rispecchi le tutele garantite dagli articoli 7 e 8 della Carta[82].

La Corte, insomma, giunge a riconoscere un'applicazione extraterritoriale degli *standard* europei di tutela dei dati personali.

Ampliando la prospettiva, la Corte ha affermato, in diverse occasioni, ad esempio con la sentenza *N.S.*[83], che gli Stati membri sono tenuti, non solo a interpretare il rispettivo diritto nazionale conformemente al diritto dell'Unione, ma anche a fare in modo di non basarsi su un'interpretazione di norme di diritto derivato che entri in conflitto con i diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico dell'Unione o con gli altri principi generali del diritto UE. Dunque, se si applica per estensione tale ragionamento al caso in esame, ne consegue che la presunzione sottesa all'art. 25, par. 6, della direttiva 95/46/CE, secondo cui il trasferimento di dati verso un Paese terzo rispetta i diritti fondamentali, deve essere considerata relativa e non assoluta. Laddove vengano riscontrate carenze sistematiche nel trattamento di tali dati, pur in presenza di una decisione di adeguatezza adottata dalla Commissione, le autorità degli Stati membri, in osservanza del loro ruolo di garanti, devono ugualmente poter adottare le misure necessarie per salvaguardare quei diritti fondamentali della persona, la cui tutela si impone per effetto dell'applicazione degli articoli 7, 8 e 47 della Carta dei diritti fondamentali.

Solo in questo modo le autorità nazionali per la protezione dei dati personali possono esercitare i poteri che derivano loro in virtù della stessa normativa UE, considerato che, come si evince dalla *ratio* e dallo spirito della direttiva 95/46/CE, un sistema di controllo esterno, sotto forma di un'autorità che agisca in modo indipendente in ciascuno Stato membro, è un requisito essenziale per assicurare una tutela effettiva al singolo. Poteri conferiti alle autorità nazionali di controllo dei dati, non solo nei casi di trasferimento dei dati nell'ambito dell'Unione europea, ma anche nei casi di trasferimento degli stessi verso gli Stati terzi, dovendosi riconoscere uguale tutela alla riservatezza delle persone coinvolte, sia che i loro dati vengano trattati all'interno del territorio dell'UE, sia che vengano trasferiti al di fuori di esso.

Tuttavia, come si è detto, siffatti poteri conoscono dei limiti ben precisi: di certo, essi non possono alterare, né tantomeno sovvertire, una giurisprudenza consolidata della Corte[84] secondo cui, in virtù del primato del diritto dell'Unione europea sui diritti nazionali, solo il giudice dell'UE, e non anche le autorità nazionali, quale sia la loro natura, è competente ad accertare in via definitiva la legittimità di una decisione della Commissione, così come di qualsiasi atto dell'Unione[85], e ciò allo scopo di

[82] Cfr., per evidenti analogie, la sentenza *Digital Rights Ireland*, punto 68.

[83] Sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411 e 493/10, *N.S. e altri*, punto 77. Per un commento a tale pronuncia si veda J. Buckley, *NS v Secretary of State for the Home Department (C-411/10)*, in *European Human Rights Law Review*, 2012, p. 208; G. Morgese, Regolamento *Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronunzia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 147; G. Mellon, *The Charter of Fundamental Rights and the Dublin Convention: An Analysis of N.S. v. Secretary of State for the Home Department (C-411/10)*, in *European Public Law*, 2012, p. 655.

[84] Sentenze del 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 92/89, *Zuckerfabrik*, ECLI:EU:C:1991:65, punto 17 e del 21 marzo 2000, causa C-6/99, *Greenpeace France e a.*, ECLI:EU:C:2000:148, punto 54.

[85] Ad ulteriore dimostrazione del fatto che anche le decisioni adottate dalla Commissione in forza dell'art. 25, par. 6, della direttiva 95/46/CE non possono sfuggire al controllo di validità effettuato dalla

garantire l'uniforme applicazione del diritto UE all'interno degli ordinamenti nazionali. Verrebbe, altrimenti, compromessa la stessa unità dell'ordinamento giuridico UE in quanto risulterebbe leso il principio fondamentale della certezza del diritto[86]. Gli atti dell'Unione (ne è la logica conseguenza) si presumono, infatti, legittimi e producono effetti giuridici, finché non siano stati revocati o annullati nel contesto di un ricorso per annullamento ovvero dichiarati invalidi a seguito di un rinvio pregiudiziale o di un'eccezione di illegittimità[87].

8. Dalla giurisprudenza sopra richiamata emerge chiara l'incompatibilità con gli articoli 7 e 8 della Carta di qualsiasi accesso generalizzato e incondizionato da parte di autorità pubbliche ai dati personali, anche se la finalità è la lotta contro la criminalità grave e poco importa che le informazioni relative alla vita privata del singolo abbiano un carattere sensibile o che l'interessato abbia realmente patito conseguenze negative a seguito di una tale ingerenza.

L'accesso ai dati personali da parte di autorità pubbliche è, dunque, consentito solo se "mirato" e l'obiettivo perseguito dalle norme che disciplinano tale accesso deve essere adeguato alla gravità dell'ingerenza nei diritti fondamentali. In questi termini si è espressa la Corte nella recente sentenza *Ministerio fiscal*[88].

Il delicato equilibrio fra limitazioni dei diritti fondamentali ed esigenze securitarie passa, pertanto, sotto il vaglio di un test di (stretta) proporzionalità che consente alla Corte di valorizzare la centralità del diritto alla protezione dei dati e del diritto al rispetto della vita privata e che, integrando il test di necessità, si pone come meccanismo di salvaguardia a difesa dei valori di una società democratica.

Certo, viene da chiedersi sino a che punto la protezione dei dati personali con la sua nuova fisionomia di diritto fondamentale possa talora prevalere non solo su interessi di carattere economico e sociale, ma anche su esigenze di sicurezza.

La risposta a tale domanda è problematica perché la strada per trovare un equilibrio tra queste istanze è molto scivolosa.

La protezione dei dati personali non è solo un diritto individuale, ma rappresenta anche un interesse pubblico, una garanzia per la vita democratica e, dunque, per i valori su cui si fonda l'Unione e al tempo stesso la sicurezza non è solo un bene pubblico, ma è anche un diritto individuale. Un bisogno primario dell'uomo che egli è naturalmente portato ad appagare unendosi a una comunità alla ricerca di protezione. Quella comunità è oggi l'Unione europea su cui grava un'obbligazione anche di carattere positivo.

Corte in via esclusiva, quest'ultima richiama la propria giurisprudenza costante secondo cui l'Unione è un'Unione di diritto, nel senso che tutti gli atti delle sue istituzioni sono soggette al controllo della conformità, segnatamente, ai Trattati, ai principi generali del diritto, nonché ai diritti fondamentali (cfr., in particolare, le sentenze della Corte di giustizia del 18 luglio 2013, cause riunite C-584, 593 e 595/10 P, *Kadi*, ECLI:EU:C:2013:518, punto 66 e del 19 dicembre 2013, causa C-274/12 P, *Telefónica c. Commissione*, ECLI:EU:C:2013:852, punto 56).

86 Sentenza del 22 ottobre 1987, 314/85, *Foto Frost*, ECLI:EU:C:1987:452, punto 15; del 15 aprile 1997, causa C-27/95, *Bakers of Nailsea*, ECLI:EU:C:1997:188, punto 20; del 6 dicembre 2005, causa C-461/03, *Gaston Schul Douane-expediteur*, ECLI:EU:C:2005:742, punto 21.

87 Sentenza del 5 ottobre 2004, causa C-475/01, *Commissione c. Grecia*, ECLI:EU:C:2004:585, punto 18 e la giurisprudenza ivi citata.

88 Sentenza del 2 ottobre 2018, causa C-207/16, *Ministerio Fiscal*, ECLI:EU:C:2018:788.

D'altra parte, l'art. 6 della Carta ci dice che ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza, sebbene il significato di quest'ultima espressione, cui si fatica a riconoscere la dignità di diritto autonomo, sia nella giurisprudenza della Corte ancora indefinito[89].

Insomma, il rapporto fra protezione dei dati personali e sicurezza non va visto necessariamente in una dimensione antinomica.

Al di là delle categorie concettuali, resta fermo il convincimento che la Corte, affinando ulteriormente la propria giurisprudenza, così da renderla più lineare, saprà ricondurre il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali nella sua giusta dimensione, senza cedere alla tentazione di darvi una valenza acronica assolutizzante, ma parimenti consapevole che esso oramai si configura come un presidio costituzionale irrinunciabile e anche uno dei punti più alti del processo di integrazione europea.

Abstract

La giurisprudenza della Corte di giustizia sul trattamento dei dati personali

Il contributo affronta l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di dati personali, soffermandosi sulle nuove sfide derivanti dall'evoluzione del mercato digitale ed evidenziandone le criticità. Dopo un'analisi della nozione di dati personali nella giurisprudenza della Corte, il contributo si sofferma sul bilanciamento operato dalla Corte di giustizia tra il diritto alla protezione dei dati personali e altri diritti fondamentali.

CJEU case law on personal data processing

The article discusses the evolution of the case law of the Court of Justice on personal data, focusing on the new challenges arising from the evolution of the digital market and highlighting some critical aspects. After an analysis on the definition of personal in the CJEU case law on personal data processing, the article focuses on the balance struck by the Court of Justice between the right to the protection of personal data and other fundamental rights.

[89] Cfr. F. Rossi Dal Pozzo, M. Gialuz, *Commento all'art. 6 CdfUE*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 94.

Antonietta Damato*

L'incidenza della giurisprudenza della Corte di giustizia sul diritto penale europeo**

Sommario: 1. Delimitazione del piano di indagine. L'obbligo di interpretazione conforme delle decisioni quadro. – 2. La doppia incriminazione; il rispetto dei diritti fondamentali. – 3. L'interpretazione coerente del sistema normativo europeo. – 4. I riflessi sui caratteri della cooperazione giudiziaria penale.

1. L'incidenza della giurisprudenza della Corte di giustizia sul diritto penale europeo si riconnette, evidentemente, a ciascuna delle pronunce con le quali, in ognuno dei casi specifici oggetto di esame, essa si esprime sulla portata delle norme o degli istituti in proposito rilevanti.

Tale incidenza, però, risulta anche dal fatto che nel risolvere le questioni dinanzi ad essa sollevate la Corte ha espresso principi e manifestato orientamenti i cui effetti hanno una valenza più generale, non risultando circoscritti al caso deciso.

È su questi profili di ordine più generale, a nostro avviso riconducibili alla giurisprudenza della Corte, che intendiamo soffermarci.

Passando a considerare tale giurisprudenza, può ricordarsi in primo luogo l'obbligo di interpretazione conforme, previsto per le direttive ed esteso con la sentenza *Pupino* alle decisioni quadro[1].

Con la pronuncia in parola, infatti, nel risolvere le questioni pregiudiziali interpretative sollevate e nel decidere in merito al caso specifico sottoposto al suo esame, la Corte di giustizia ha espresso un principio valido al di là del caso in questione e riguardante l'intera categoria delle decisioni quadro, delle quali ha precisato la portata degli effetti.

Com'è ampiamente noto, con la sentenza *Pupino* la Corte si è pronunciata in ordine a talune disposizioni della decisione quadro 2001/220/GAI sulla posizione della vittima nel procedimento penale che non era stata attuata dall'Italia, nonostante il decorso del termine di recepimento. Disposizioni di cui il giudice *a quo* chiedeva di chiarire la portata e rispetto alle quali, dubitando della compatibilità con la disciplina

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

** Relazione tenuta al I convegno annuale dell'Associazione italiana studiosi di diritto dell'Unione europea (AISDUE), Roma, 26-27 ottobre 2018. La giurisprudenza è aggiornata alla data della relazione.

1 Sentenza del 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, ECLI:EU:C:2005:386.

da esse stabilita delle norme processuali penali nazionali, prospettava la possibilità di un'interpretazione conforme del diritto interno. Essa ha pertanto interpretato le norme di questa decisione quadro, ed è con riguardo a tale atto normativo che ha affermato l'obbligo per il giudice nazionale di effettuare l'interpretazione conforme del diritto nazionale[2].

Tale obbligo consegue, però, per l'appunto, al fatto che la Corte ha considerato e risolto in termini generali la questione della ammissibilità del principio di interpretazione conforme delle decisioni quadro e ha ritenuto che questo principio "si impone" anche riguardo ad esse[3].

Secondo l'impostazione accolta nella sentenza *Pupino* e costantemente ribadita nelle pronunce successive, è il carattere vincolante della decisione quadro che comporta l'obbligo di interpretazione conforme, imponendo alle autorità nazionali, e in particolare ai giudici nazionali, di interpretare il diritto interno, quanto più possibile, alla luce della lettera e dello scopo di essa al fine di conseguire il risultato dalla stessa perseguito. Trovando tuttavia tale obbligo, conformemente alla giurisprudenza concernente le direttive, limiti nei principi generali del diritto - segnatamente, in quelli di certezza del diritto e non retroattività, i quali ostano in particolare a che esso possa determinare o aggravare, sul fondamento della decisione quadro e indipendentemente da una legge adottata per l'attuazione di quest'ultima, la responsabilità penale delle persone che agiscono in violazione delle sue disposizioni –, nonché nel divieto di interpretazione *contra legem* del diritto interno[4].

La sentenza *Pupino* ha sancito un principio il cui rilievo resta a tutt'oggi immutato, trovando costante applicazione in giurisprudenza. L'obbligo di interpretazione conforme è considerato "insito" nel sistema del TFUE in quanto consente ai giudici nazionali di assicurare, nell'àmbito delle rispettive competenze, l'efficacia del diritto dell'Unione quando risolvono le controversie interne[5] e la sua applicabilità anche nel vigore dell'attuale Trattato è stata oggetto di esplicita statuizione da parte della Corte di giustizia.

Nella sentenza *Ognyanov*, in difformità rispetto a quanto sembrava suggerito dalla Commissione e dal giudice nazionale, la Corte ha escluso la efficacia diretta della decisione quadro 2008/909/GAI sull'applicazione del principio del reciproco

---

[2] Si trattava degli articoli 2, 8, paragrafi 4 e 3 della decisione quadro – che è stata sostituita dalla direttiva 2012/29/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato – concernenti le tutele previste per le vittime particolarmente vulnerabili, sotto il profilo del loro trattamento specifico e delle modalità di partecipazione al processo penale. Quanto alle disposizioni italiane, venivano in rilievo gli articoli 392 n.1 *bis* e 398 n.5 *bis* c.p.p.

[3] Sentenza *Pupino*, punto 43.

[4] Sentenza *Pupino*, punti 33 e 34 e 43-45, nonché, tra le altre, più di recente, le sentenze del 28 luglio 2016, causa C-294/16, *JZ*, ECLI:EU:C:2016:610, punti 32 e 33; dell'8 novembre 2016, causa C-554/14, *Ognyanov*, ECLI:EU:C:2016:835, punti 58 e 59, in sèguito: sentenza *Ognyanov*; del 29 giugno 2017, causa C-579/15, *Poplawski*, ECLI:EU:C:2017:503, punti 31-33, in sèguito: sentenza *Poplawski*. Va peraltro ricordato che nella sentenza *Pupino* il giudizio della Corte si era basato oltre che sull'analogia strutturale della decisione quadro e della direttiva sotto il profilo del carattere vincolante del risultato da raggiungere (punto 33), sulla sussistenza, anche nel terzo pilastro dell'obbligo di leale cooperazione, su cui pure si fondava, nella giurisprudenza comunitaria, il principio di interpretazione conforme (punto 42).

[5] Sentenza *Ognyanov*, punto 59 e in senso analogo sentenza *Poplawski*, punto 31.

riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea[6] – oggetto del rinvio pregiudiziale di interpretazione – in ragione della sua base giuridica, costituita dall'art. 34, par. 2, lett. *b)* dell'*ex* terzo pilastro dell'Unione. E ha ricordato che in forza del Protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie, allegato al Trattato di Lisbona, gli effetti giuridici degli atti adottati in base al previgente TUE rimangono inalterati in assenza di annullamento, abrogazione o modifica: circostanze nessuna delle quali aveva interessato la decisione quadro 2008/909[7].

Essa ha poi confermato tale posizione nella sentenza *Poplawski* con riguardo alla decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo (MAE), anch'essa "priva di efficacia diretta" per le medesime ragioni[8].

Nel ribadire l'obbligo di interpretazione conforme della decisione quadro non trasposta o non correttamente trasposta nell'ordinamento interno, con le sentenze *Ognyanov* e *Poplawski* la Corte ne ha peraltro precisato le implicazioni. Essa ha affermato che tale obbligo impone ai giudici nazionali, compresi quelli che statuiscono in ultima istanza, di modificare, se del caso, una giurisprudenza consolidata se questa si basa su interpretazioni del diritto nazionale incompatibili con gli scopi di una decisione quadro. E che il giudice nazionale è tenuto ad assicurare la piena efficacia di tale atto normativo disapplicando, se necessario, di propria iniziativa, l'interpretazione del diritto interno accolta dal giudice di ultima istanza, quando questa interpretazione non è compatibile con il diritto dell'Unione[9].

Si tratta di statuizioni che, pure se rese relativamente ad atti basati sul principio del reciproco riconoscimento delle decisioni, appaiono riferibili anche agli altri atti normativi europei di natura penale.

2. Nel contesto in esame, tra le decisioni adottate dalla Corte di giustizia, anche in questo caso nel periodo antecedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, va considerata la sentenza *Advocaten voor de Wereld*[10].

Ricordiamo brevemente che nel caso di specie essa era stata adita in via pregiudiziale con un rinvio riguardante la validità dell'art. 2, par. 2 del MAE che, com'è noto, per i reati ivi elencati, considerati particolarmente gravi, "quali definiti dalla

[6] Decisione quadro del Consiglio, del 27 novembre 2008, in sèguito: decisione quadro 2008/909 sul reciproco riconoscimento delle sentenze di condanna a pene detentive.

[7] Sentenza *Ognyanov*, punti 56 e 57.

[8] Cfr. i punti 26 e 27 della sentenza, in cui si richiama la posizione espressa nella sentenza *Ognyanov*. La decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedura di consegna tra Stati membri, verrà citata, in sèguito: decisione quadro 2002/584 o decisione quadro sul mandato d'arresto europeo.

[9] In proposito v. la sentenza *Ognyanov*, punto 67 ss. e, in senso analogo, la sentenza *Poplawski*, punti 35 e 36. A sostegno di tale statuizione la Corte ha richiamato in via analogica la sentenza del 19 aprile 2016, causa C-441/14, *DI,* ECLI:EU:C:2016:278 (punto 33) e la successiva sentenza del 5 luglio 2016, causa C-614/14, *Ognyanov* (punto 35), in cui si era espressa nel senso che l'esigenza di assicurare la piena efficacia del diritto dell'Unione determina l'obbligo per il giudice nazionale di modificare una giurisprudenza consolidata se questa si fonda su un'interpretazione delle norme nazionali incompatibili con tale diritto.

[10] Sentenza del 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, ECLI:EU:C:2007:261.

legge dello Stato di emissione del mandato d'arresto", stabilisce la consegna del ricercato indipendentemente dalla doppia incriminazione[11].

La questione sollevata concerneva la compatibilità della norma con l'art. 6, par. 2 TUE (ora art. 6, par. 3 TUE) e, in particolare, con il principio di legalità, a causa del carattere vago e indefinito dei reati per i quali la regola della doppia incriminazione è esclusa, non essendo questi considerati nella loro definizione di legge, e con il principio di uguaglianza e non discriminazione, in ragione della diversa disciplina dettata per i reati ricompresi nell'elenco e per quelli non rientranti in esso, per i quali tale regola permane.

La Corte si è pronunciata nel senso della validità dell'art. 2, par. 2. In sintesi, per ciò che concerne il principio di legalità essa ne ha escluso la violazione basandosi sullo stesso disposto della norma e operando altresì un richiamo all'art. 1, par. 3 della decisione quadro, il quale dispone che "l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'art. 6 TUE non può essere modificato per effetto" di questa[12]. Ha infatti rilevato che secondo l'art. 2, par. 2 del MAE la definizione dei reati elencati e delle pene applicabili rientrano nella competenza dello Stato membro emittente e che quest'ultimo, "come peraltro recita l'art. 1, par. 3 della decisione quadro", è tenuto a rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'art. 6 TUE e, di conseguenza, il principio di legalità[13].

Quanto al principio di uguaglianza e non discriminazione la Corte ha ricordato che questo impone che situazioni analoghe non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, a meno che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato. E, riconducendo sostanzialmente la propria valutazione alla gravità dei reati indicati nell'art. 2, par. 2 rispetto a quelli non elencati nella disposizione, ha considerato oggettivamente giustificata la distinzione tra persone sospettate o condannate per tali reati e persone sospettate o condannate per reati diversi da quelli previsti in questa disposizione[14].

Venendo alle implicazioni a nostro avviso ricollegabili alla pronuncia, se si tiene conto che nella più gran parte degli atti normativi basati sul principio del reciproco riconoscimento delle decisioni adottati successivamente alla decisione quadro sul mandato d'arresto è prevista una norma sulla eliminazione parziale della doppia incriminazione[15] e che, a quanto risulta, non sono state prospettate ulteriori questioni di validità di tali norme[16], a noi sembra possa concludersi che la posizione assunta dalla Corte di giustizia nella sentenza *Advocaten voor de Wereld* ha esplicato

---

11 Ciò, peraltro, quando nello Stato membro emittente il mandato d'arresto per i reati elencati il massimo della pena o della misura di sicurezza privative della libertà è pari o superiore a tre anni (art. 2, par. 2)

12 Il riferimento è, evidentemente all'art. 6 TUE antecedente al Trattato di Lisbona.

13 Sentenza *Advocaten voor de Wereld* punti 52 e 53.

14 Cfr. il punto 53 e i punti 57-59.

15 Fanno eccezione, anche in ragione dell'oggetto della disciplina, la direttiva 2011/99/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, sull'ordine di protezione europeo e la direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale.

16 Nella sentenza dell'11 gennaio 2017, causa C-289/15, *Grundza*, ECLI:EU:C:2017:4, la Corte si è pronunciata sull'interpretazione della doppia incriminabilità, nel contesto della disciplina della decisione quadro 2008/909 sul reciproco riconoscimento delle sentenze di condanna a pene detentive, sotto il profilo degli elementi che consentono di ritenere soddisfatta tale condizione, e, perciò, dandone per presupposta la validità.

effetti al di fuori del caso in cui è stata resa, risolvendo la questione in ordine a tutti gli atti contenenti disposizioni analoghe a quella del MAE.

Significativo è, inoltre, a nostro avviso, il riferimento all'art. 1, par. 3 della decisione quadro. Per quanto la norma fosse chiara in ordine al rispetto dei diritti fondamentali e dei principi giuridici fondamentali della disciplina del MAE e per quanto dalla stessa motivazione dell'atto normativo in parola risultasse con evidenza che l'intero impianto di esso si fondasse sulla garanzia di tali diritti e principi – con esplicito riferimento altresì alla Carta dei diritti fondamentali, pure se, all'epoca, non vincolante[17] –, la questione non appariva ovvia al momento della sua adozione. Come si ricorderà il MAE era stato oggetto di serrate critiche, in particolare da parte della dottrina penalistica, sotto il profilo della tutela dei diritti dei ricercati[18].

La sentenza *Advocaten voor de Wereld* facendo espresso richiamo all'art. 1, par. 3 della decisione quadro ha chiarito, in sostanza, il rapporto MAE/diritti fondamentali.

E più in generale, a noi sembra, ha chiarito il rapporto atti basati sul principio del reciproco riconoscimento/diritti fondamentali, poiché tutte le decisioni quadro adottate successivamente al MAE contengono disposizioni dello stesso tenore dell'anzidetto art. 1, par. 3[19].

Va peraltro ricordato che la Corte di giustizia si è pronunciata sulle condizioni che consentono all'autorità giudiziaria dell'esecuzione di non dare corso a un MAE sulla base dell'art. 1, par. 3 della decisione quadro 2002/584, risultando dalla giurisprudenza che un tale rifiuto è consentito in "circostanze eccezionali".

A questa conclusione, espressa nella sentenza *Aranyosi e Căldăraru* e confermata nelle pronunce successive, la Corte è giunta, sostanzialmente, applicando nello

[17] Cfr., in particolare, il considerando 12, secondo il quale la decisione quadro " rispetta i diritti fondamentali ed osserva i principi sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea e contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, segnatamente il capo VI. Nessun elemento della presente decisione quadro può essere interpretato nel senso che non sia consentito rifiutare di procedere alla consegna di una persona che forma oggetto di un mandato d'arresto europeo qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che il mandato d'arresto europeo sia stato emesso al fine di perseguire penalmente o punire una persona a causa del suo sesso, della sua razza, religione, origine etnica, nazionalità, lingua, opinione politica o delle sue tendenze sessuali oppure che la posizione di tale persona possa risultare pregiudicata per uno di tali motivi".

[18] Su tali posizioni critiche ci permettiamo di rinviare a A. Damato, *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nell'ordinamento italiano (II)*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2005, p. 225 ss.

[19] Evidentemente, il riferimento è circoscritto agli atti adottati precedentemente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e al riconoscimento alla Carta dei diritti fondamentali dello stesso valore giuridico dei trattati. Quanto a tali atti, cfr. le decisioni quadro: 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio (art. 1); 2005/214/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie (art. 3), in sèguito: decisione quadro 2005/214 sul reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie; 2006/783/GAI del Consiglio, del 6 ottobre 2006 , relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca (art. 1, par. 2); 2008/947/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive (art. 1, par. 4); 2009/829/GAI del Consiglio, del 23 ottobre 2009, sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare (art. 5); decisione quadro 2008/909 sul reciproco riconoscimento delle sentenze di condanna a pene detentive (art. 3, par. 4).

specifico àmbito del mandato d'arresto il principio della fiducia reciproca con il significato che essa ha riconosciuto a tale principio nel contesto dello intero spazio di libertà, sicurezza e giustizia[20].

La questione merita di essere considerata anche perché questo approccio – e, dunque, il riferimento alle circostanze eccezionali – ha trovato riscontro con riguardo ad atti basati sul principio del reciproco riconoscimento diversi dal MAE.

Nella sentenza *Aranyosi e Căldăraru*, la Corte, in conformità alla posizione costantemente espressa quando si pronuncia sulle questioni relative all'applicazione delle norme della decisione quadro 2002/584, ha richiamato in via preliminare il fondamento e gli obiettivi di questa disciplina e le conseguenze da ciò derivanti in ordine alla possibilità di rifiutare l'esecuzione del MAE.

In sintesi, essa ha ricordato che la decisione quadro 2002/584, come risulta dall'art. 1, par. 2 e dai 'considerando' 6° e 7°, sostituisce il sistema multilaterale di estradizione tra gli Stati membri con un sistema semplificato di consegna delle persone ricercate fondato sul principio del reciproco riconoscimento che si basa su un elevato livello di fiducia tra essi. E che tale disciplina mira a facilitare e ad accelerare la cooperazione giudiziaria, contribuendo a realizzare l'obiettivo assegnato all'Unione di diventare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. E ha ricordato altresì che il principio del reciproco riconoscimento implica ai sensi dell'art. 1, par. 2 della decisione quadro che gli Stati sono tenuti in linea di principio a dare corso a un mandato d'arresto europeo e che le autorità giudiziarie dell'esecuzione possono rifiutare di eseguirlo esclusivamente nei casi di non esecuzione obbligatoria e facoltativa tassativamente previsti dagli articoli 3, 4 e 4 *bis* e possono subordinarne l'esecuzione solo alle condizioni tassativamente stabilite dall'art. 5 della decisione quadro.

La Corte ha inoltre fatto riferimento alla posizione espressa nella sentenza *F* in cui ha dichiarato che il principio del reciproco riconoscimento su cui si fonda il MAE si basa sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri circa il fatto che i rispettivi ordinamenti giuridici nazionali sono in grado di fornire una tutela equivalente dei diritti fondamentali, trovando in ciò giustificazione la previsione del considerando 10 della decisione quadro in forza del quale l'attuazione del meccanismo del mandato d'arresto può essere sospesa solo in caso di persistente e grave violazione da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'attuale art. 2 TUE e con le conseguenze dell'art. 7 TUE.

Confermata la giurisprudenza pregressa, all'affermazione che l'autorità giudiziaria possa astenersi a titolo eccezionale dall'eseguire un mandato d'arresto sulla base dell'art. 1, par. 3 della decisione quadro, la Corte di giustizia è giunta argomentando dalle statuizioni rese nel parere 2/13 sulla Adesione della Unione alla CEDU, in cui ha ricordato l'importanza fondamentale che il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri riveste nel diritto dell'Unione, dato che esso consente la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne. E ha dichiarato che nell'àmbito dello spazio LSG tale principio impone a ciascuno degli Stati membri di ritenere, tranne in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati rispettano il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali da questo riconosciuti[21].

---

[20] In séguito anche LSG.

[21] Parere della Corte del 18 dicembre 2014, 2/13, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, punto 191, in sèguito anche parere 2/13.

Richiamate le proprie statuizioni, la Corte ha quindi rilevato di avere ammesso, nel parere 2/13, che in circostanze eccezionali i principi del reciproco riconoscimento e della fiducia reciproca possano subire limitazioni e, in considerazione altresì dell'obbligo di rispettare i diritti fondamentali sancito dall'art. 1, par. 3, ha per questa via concluso nel senso che ove ricorrano tali circostanze l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può evitare di dare sèguito a un MAE sulla base di questa norma[22].

Come si è detto, questo orientamento ha trovato conferma successivamente nelle pronunce note come "Carenze del sistema giudiziario"[23] e "Condizioni di detenzione in Ungheria"[24] in cui sono state nuovamente sollevate questioni relative alla portata dell'art.1, par. 3 a causa del rischio di violazione dei diritti fondamentali della persona richiesta con un MAE nel caso di consegna allo Stato emittente.

Sin qui la Corte ha pertanto riconosciuto, a determinate condizioni, il potere dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione di porre fine alla procedura di consegna quando esiste un rischio concreto che la persona richiesta subisca un trattamento inumano e degradante ai sensi dell'art. 4 della Carta o una violazione del suo diritto fondamentale a un equo processo garantito dall'art. 47, comma 2 di essa. In questo senso essa si è espressa nelle su citate sentenze in cui, peraltro, ha fatto riferimento ai valori di cui all'art. 2 TUE e alla condivisione di essi da parte degli Stati membri quale premessa fondamentale su cui poggia l'UE, che implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca[25].

Diversamente, alla luce di questa giurisprudenza, nella sentenza *RO* sulle conseguenze della notifica di recesso di cui all'art. 50 TUE da parte del Regno Unito, la Corte ha escluso che la notifica potesse costituire, in quanto tale, una circostanza eccezionale in grado di giustificare il rifiuto di eseguire un MAE in assenza di ragioni serie e comprovate del rischio per la persona richiesta di essere privata dei diritti riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali e dalla decisione quadro 2002/584[26].

Come si è detto, va rilevato che l'orientamento in forza del quale, tranne in circostanze eccezionali il principio della fiducia reciproca impone di ritenere che tutti gli Stati membri rispettano i diritti fondamentali garantiti dal diritto dell'Unione, ha trovato riscontro anche con riguardo ad altri atti normativi basati sul principio del reciproco riconoscimento.

Nella sentenza *Lada*, concernente la decisione quadro 2008/675 relativa alla considerazione delle decisioni di condanna tra Stati membri in occasione di un nuovo procedimento penale[27], la Corte di giustizia ha richiamato il parere 2/13 sulla adesione dell'Unione alla CEDU e la pronuncia *Aranyosi e Căldăraru*. E ha affermato che una normativa nazionale che riguardo a una precedente decisione di condanna di un giudice di un altro Stato membro impone l'obbligo di verificare se questo ha rispettato i diritti fondamentali della persona interessata "in mancanza di

22 Cfr. i punti 75-83 della sentenza.
23 Sentenza del 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU, *LM*, ECLI:EU:C:2018:586.
24 Sentenza del 25 luglio 2018, causa C-220/18 PPU, *ML*, ECLI:EU:C:2018:589.
25 Su tali condizioni, nonché sul riferimento ai valori di cui all'art. 2 TUE, cfr. i dispositivi delle sentenze e, rispettivamente, il punto 35 e il punto 48 di esse.
26 Sentenza del 19 settembre 2018, causa C-327/18 PPU, *RO*, ECLI:EU:C:2018:733, punto 48 e dispositivo.
27 Decisione quadro del Consiglio, del 24 luglio 2008.

circostanze eccezionali" può rimettere in discussione il principio della fiducia reciproca che costituisce uno degli obiettivi di questo atto normativo[28].

Si tratta di una affermazione in linea con l'interpretazione del principio della fiducia reciproca risultante dal parere 2/13 che è stata prospettata, come si è detto, con riguardo "allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia" ed è pertanto riferibile a tutti gli atti normativi rilevanti nel settore.

3. Un ulteriore effetto di ordine più generale rispetto alla decisione adottata sulla questione oggetto di esame si rinviene, a nostro avviso, nella giurisprudenza da cui emergono orientamenti che contribuiscono a favorire l'organicità del sistema giuridico dell'Unione europea, sia nel suo complesso, sia con riguardo al settore specifico della cooperazione penale.

In questo senso, a noi sembra, depongono le decisioni volte a effettuare, per un verso, una lettura delle norme penali coerente con la disciplina adottata dal legislatore europeo in altri settori di competenza dell'Unione, e, per altro verso, una interpretazione coerente delle varie norme e istituti di natura penale.

Con riguardo al primo dei profili indicati può farsi riferimento alla interpretazione effettuata dalla Corte in ordine alle condizioni che gli Stati possono apporre per l'applicazione del motivo di non esecuzione facoltativa del MAE stabilito dall'art. 4, par. 6 della decisione quadro 2002/584.

La norma, il cui obiettivo è accrescere le opportunità di reinserimento sociale della persona ricercata una volta scontata la pena a cui è stata condannata, stabilisce in regime specifico per le persone richieste con un MAE a fini esecutivi che hanno la dimora nello Stato di esecuzione, ne sono cittadini o vi risiedono. Essa prevede che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può rifiutare la consegna di queste persone se lo Stato di esecuzione si impegna a eseguire la pena conformemente al suo diritto interno.

Nella sentenza *Wolzenburg*[29] la Corte di giustizia ha chiarito che quando il MAE riguarda un cittadino dell'Unione che risiede legittimamente nello Stato di esecuzione, questo Stato, non può, in aggiunta a una condizione relativa alla durata di soggiorno nel suo territorio, subordinare l'applicazione del motivo di non esecuzione di cui al par. 4 dell'art. 6 a ulteriori requisiti amministrativi quali, come nel caso di specie, il possesso di un permesso di soggiorno di durata indeterminata.

A questa interpretazione della norma essa è giunta leggendola, sostanzialmente, alla luce della disciplina sul diritto di soggiorno stabilita nella direttiva 2004/38[30].

In proposito la Corte ha rilevato che l'art. 19 della direttiva, una volta acquisito il diritto di soggiorno permanente, non impone ai cittadini dell'Unione di essere titolari di un permesso di soggiorno di durata indeterminata. E ha quindi concluso, come già detto, nel senso che un permesso di soggiorno di tal genere non può

[28] Sentenza del 5 luglio 2018, causa C-390/16, *Lada*, ECLI:EU:C:2018:532, punto 37.

[29] Sentenza del 6 ottobre 2009, causa C-123/08, *Wolzenburg*, ECLI:EU:C:2009:616.

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

costituire una condizione preliminare all'applicazione del motivo di non esecuzione facoltativa di un MAE ai sensi dell'art. 4, par. 6[31].

Essa ha invece affermato che lo Stato di esecuzione di un MAE il quale, diversamente dal caso del proprio cittadino, subordini il rifiuto di consegna del cittadino di un altro Stato membro alla condizione che quest'ultimo abbia soggiornato legalmente sul suo territorio per cinque anni non vìola il principio di non discriminazione basato sulla cittadinanza di cui all'attuale art. 18 TFUE.

Anche ai fini di tale statuizione la Corte ha tenuto conto della disciplina della direttiva 2004/38 sul diritto di soggiorno permanente. In proposito ha rilevato che, stanti le finalità di reinserimento sociale perseguite dall'art. 4, par. 6, è legittimo che lo Stato di esecuzione di un mandato d'arresto persegua siffatto obiettivo soltanto nei confronti di persone che abbiano dimostrato un sicuro grado di inserimento nella società. Ha pertanto ritenuto che l'anzidetta condizione non può essere considerata eccessiva facendo riferimento altresì alla circostanza che un soggiorno ininterrotto per la durata di cinque anni è stabilito dalla direttiva 2004/38 per l'acquisizione del diritto di soggiorno permanente dei cittadini europei nello Stato membro ospitante[32].

Per ciò che concerne l'orientamento volto a interpretare in modo coerente le norme applicabili nello specifico contesto del diritto penale può richiamarsi la posizione espressa dalla Corte di giustizia in ordine al principio *ne bis in idem*.

Il principio in parola è codificato nell'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS); costituisce motivo di non esecuzione obbligatoria ai sensi dell'art. 3, par. 2 del MAE, nonché motivo di non riconoscimento o non esecuzione facoltativo delle decisioni negli altri atti normativi adottati in base al principio del reciproco riconoscimento; è sancito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Le disposizioni che lo prevedono non sono peraltro perfettamente omogenee tra loro quanto alla sua definizione.

Ai sensi dell'art. 54 della CAAS "Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita".

La formulazione di questa norma è sostanzialmente ricalcata dall'art. 3, par. 2 del MAE. La disposizione, infatti, esclude obbligatoriamente la consegna della persona ricercata quando, sulla base di informazioni in possesso dell'autorità giudiziaria della esecuzione, risulta che tale persona "è stata giudicata con sentenza definitiva per gli stessi fatti da uno Stato membro a condizione che, in caso di condanna, la sanzione sia stata applicata o sia in fase di esecuzione o non possa essere eseguita in forza delle leggi dello Stato membro della condanna".

[31] Punti 48-53, dispositivo n. 2.
[32] Punti 67-74, dispositivo n. 3.

Diversamente dal MAE, gli altri atti basati sul principio del reciproco riconoscimento, si limitano a menzionare quale motivo di non riconoscimento delle decisioni il principio *ne bis in idem*[33].

L'art. 50 della Carta, che garantisce il "diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato", stabilisce a sua volta che "nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge".

Costituendo l'art. 54 della CAAS la prima codificazione del *ne bis in idem*, è innanzitutto con riguardo a questa norma che la Corte di giustizia si è espressa in via pregiudiziale, effettuando un'interpretazione autonoma della nozione di "medesimi fatti", di "persona giudicata con sentenza definitiva", nonché della condizione di esecuzione[34].

Limitandoci a richiamare i profili di questa giurisprudenza rilevanti ai fini della presente indagine, pronunciandosi sulla portata del principio nel contesto del MAE, la Corte ha esteso alle nozioni di cui all'art. 3, par. 2 della decisione quadro l'interpretazione fornita nell'àmbito della CAAS.

Nella sentenza *Mantello*[35], in cui uno dei quesiti pregiudiziali riguardava la nozione di «stessi fatti» ai sensi dell'art. 3, par. 2 del MAE, ha accolto la medesima impostazione seguita con riguardo all'art. 54 della CAAS, escludendo la rilevanza di un criterio fondato sulla qualificazione giuridica o sull'interesse giuridico tutelato e individuando quale unico criterio rilevante quello della identità dei fatti materiali. Essa ha motivato questa scelta in ragione dell'obiettivo comune delle due disposizioni consistente nell'evitare che una persona venga perseguita o giudicata penalmente per gli stessi fatti. E ha pertanto statuito che la nozione utilizzata nella decisione quadro va intesa nel senso della sola identità dei fatti materiali, ricomprendente un insieme di fatti inscindibilmente collegati tra di loro, indipendentemente dalla qualificazione giuridica dei fatti medesimi o dell'interesse giuridico tutelato[36].

Richiamando la giurisprudenza relativa all'art. 54 della CAAS la Corte ha inoltre fornito la definizione di "persona (…) giudicata con sentenza definitiva" rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 3, par. 2 del MAE e ha tenuto conto altresì del criterio stabilito in detta giurisprudenza per la individuazione delle persone cui il principio *ne bis in idem* è applicabile.

Essa ha pertanto confermato che una persona richiesta con un mandato d'arresto può ritenersi oggetto di una sentenza definitiva ai sensi della decisione quadro

[33] Cfr. in proposito le decisioni quadro citate *ante*, nota 20: 2003/577/GAI (art. 7); 2006/783 (art. 8); 2008/947 (art. 11); 2008/909 (art. 9); 2009/829 (art. 15); nonché le direttive: 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale (art. 11), cit.,; 2011/99/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, sull'ordine di protezione europeo (art. 10), cit. Un'analoga previsione è contenuta nell'art. 8 del regolamento (UE) 2018/1805 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca che si applicherà dal 19/12/2020.

[34] Per una ricostruzione di base della giurisprudenza della Corte relativa all'art. 54 della CAAS ci permettiamo di rinviare a A. Damato, *Limiti alla giurisdizione*, in G. Carella, M. Castellaneta, A. Damato, G. Pizzolante (a cura di), *Codice di diritto penale e processuale penale dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 339 ss.

[35] Sentenza del 16 novembre 2010, causa C-261/09, *Mantello*, ECLI:EU:C:2010:683.

[36] Punto 38, con richiami alla giurisprudenza sulla nozione di "medesimi fatti" di cui all'art. 54 della CAAS.

quando, all'esito di un procedimento penale, l'azione si sia definitivamente estinta o se l'autorità giudiziaria di uno Stato membro abbia emanato una decisione di definitivo proscioglimento per i fatti contestatigli[37]. E ha altresì precisato che, poiché il principio in parola non si applica a persone diverse da quelle giudicate con sentenza definitiva, il motivo di non esecuzione obbligatoria di cui all'art. 3, par. 2 del MAE non si estende alle persone ricercate che nell'àmbito del procedimento penale anteriore svoltosi nello Stato di esecuzione sono state esclusivamente sentite come testimoni[38].

La Corte si è inoltre pronunciata sul principio *ne bis in idem* sancito dall'art. 54 della CAAS in relazione all'art. 50 della Carta i cui testi non sono perfettamente coincidenti, superando le difformità di formulazione sussistenti tra le due norme.

L'art. 50 della Carta non prevede, infatti, la condizione di esecuzione richiesta dall'art. 54 della CAAS il quale, in caso di condanna della persona, subordina l'applicazione del principio al fatto che la pena sia stata eseguita o deve essere effettivamente in fase di esecuzione, o non possa più essere eseguita secondo la legge dello Stato della condanna.

Inoltre, l'art. 50 vieta di perseguire o condannare la stessa persona più di una volta per lo stesso "reato", diversamente dall'art. 54 il quale utilizza l'espressione per "i medesimi fatti".

Con la sentenza *Spasic*[39], investita della questione in via interpretativa, la Corte di giustizia ha stabilito che la condizione di esecuzione di cui all'art. 54 della CAAS è compatibile con l'art. 50 della Carta, ritenendo che essa costituisce una limitazione ai sensi dell'art. 52, par. 1 della Carta stessa e che sussistono le condizioni richieste da questa norma ai fini della legittimità di tali limitazioni.

La condizione di esecuzione è stata inquadrata nell'art. 52, par. 1 sulla base di due considerazioni. La menzione espressa, nelle Spiegazioni della Carta, dell'art. 54 della CAAS fra le limitazioni contemplate dell'anzidetta clausola orizzontale; il fatto che tale condizione, subordinando la protezione più ampia prevista dall'art. 50 a un requisito supplementare, costituisce comunque una limitazione al diritto sancito da questa norma ai sensi dell'art. 52, par. 1.

Quanto alla sussistenza dei requisiti a cui l'art. 52, par. 1 subordina l'ammissibilità delle limitazioni ai diritti fondamentali garantiti dalla Carta, la Corte ha ritenuto che la condizione di esecuzione, in quanto sancita dalla CAAS, è prevista "dalla legge"; e che essa rispetta il contenuto "essenziale" dell'art. 50 perché non mette in discussione il principio in quanto tale, ma è finalizzata esclusivamente a evitare l'impunità di cui potrebbe giovarsi una persona condannata a una pena definitiva quando lo Stato di condanna non ha fatto eseguire tale pena.

---

37 Sentenza *Mantello*, punti 45-46, in cui peraltro la Corte, anche sotto questo profilo analogamente alla posizione assunta nell'àmbito della CAAS, ha affermato che la natura "definitiva" di una sentenza rientra nella sfera del diritto dello Stato membro in cui questa è stata pronunciata, nonché sentenza del 28 luglio 2018, causa C-268/17, *AY*, ECLI:EU:C:2018:602, punto 42.

38 Sentenza *AY*, punto 44 nel quale si richiama la giurisprudenza della CAAS concernente l'individuazione delle persone cui il principio è applicabile. Nel caso di specie la persona richiesta con un mandato d'arresto a fini processuali non era stata oggetto di un'azione giudiziaria nello Stato di esecuzione, ma era stata sentita solo in qualità di testimone in un procedimento penale avviato contro ignoti la cui istruttoria era stata chiusa con decisione dell'ufficio delle indagini preliminari di tale Stato.

39 Sentenza del 27 maggio 2014, causa C-129/14 PPU, *Spasic*, ECLI:EU:C:2014:586, come nel testo.

La Corte ha inoltre riscontrato la sussistenza di entrambi i presupposti richiesti dall'art. 52, par. 1 per assicurare il rispetto del principio di proporzionalità. In proposito essa ha rilevato che la condizione di esecuzione risponde a finalità di interesse generale perché avendo come obiettivo di evitare l'impunità di cui potrebbero beneficiare le persone condannate in uno Stato membro dell'Unione con una sentenza penale definitiva si inserisce nel contesto delineato dagli articoli 3, par. 2 TUE e 67, par. 3 TFUE di garantire un elevato livello di sicurezza all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Inoltre, essa risulta necessaria perché gli strumenti per facilitare la cooperazione giudiziaria penale tra gli Stati membri vigenti nell'Unione non sono di natura tale da assicurare la realizzazione completa dell'anzidetto obiettivo.

Infine, la Corte di giustizia ha considerato che la condizione di esecuzione rispetta il principio di proporzionalità perché essa implica che una persona condannata in uno Stato membro con una sentenza penale definitiva possa essere nuovamente giudicata per gli stessi fatti solo quando, qualunque ne sia la ragione, il diritto dell'Unione non è riuscito a evitarne l'impunità. E, pertanto, non va al di là di quanto necessario per escludere detta impunità[40].

L'orientamento volto a interpretare in maniera non difforme le nozioni utilizzate dalle disposizioni che disciplinano il *ne bis in idem* ha trovato peraltro ulteriore conferma nella sentenza *Garlsson Real Estate*. Al fine di valutare l'esistenza di uno stesso reato ai sensi dell'art. 50 della Carta, la Corte ha richiamato in via analogica la giurisprudenza elaborata con riguardo all'art. 54 della CAAS e al MAE e ha affermato che il criterio rilevante al riguardo è quello della identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente legate tra loro che hanno condotto all'assoluzione o alla condanna definitiva dell'interessato[41].

In conclusione, interpretando in modo coerente la formulazione delle varie diposizioni da cui risulta il principio *ne bis in idem* e, soprattutto, superando le difformità sussistenti tra l'art. 54 della CAAS e l'art. 50 della Carta, la Corte di giustizia ha risolto una questione di estremo rilievo, stante il rango di diritto primario di quest'ultima norma.

Essa ha del resto esplicitamente affermato, riconducendo quindi le disposizioni di tali atti al dettato della Carta dei diritti fondamentali, che l'art. 3, par. 2 del MAE rispecchia il principio *ne bis in idem* sancito da questa[42] e che l'art. 54 della CAAS va letto "alla luce" dell'art. 50 della Carta[43].

L'interpretazione risultante dalla giurisprudenza riportata appare peraltro destinata, a nostro avviso, a produrre effetti anche in ordine agli atti normativi basati sul principio del reciproco riconoscimento delle decisioni che, come si è detto, si limitano a prevedere come motivo di non riconoscimento il contrasto con il principio *ne bis in idem*. Ci sembra infatti che anche tali disposizioni debbano essere lette in linea con l'orientamento assunto dalla Corte in ordine alla portata e al significato del principio in parola.

---

40 Punti 55-71 e dispositivo n. 1

41 Sentenza del 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson Real Estate*, ECLI:EU:C:2018:193, punto 37.

42 Sentenza *AY*, punto 39.

43 Sentenza della Corte del 29 giugno 2016, causa C-486/14, *Kossowsky*, ECLI:EU:C:2016:483, punto 31 e dispositivo.

4. Un ultimo aspetto da considerare riguarda il chiarimento operato dalla Corte in ordine alle modalità di attuazione da parte degli Stati membri dei motivi di non esecuzione facoltativa delle decisioni trasmesse sulla base degli atti normativi fondati sul principio del reciproco riconoscimento, da cui derivano, a nostro avviso, riflessi sui caratteri della cooperazione giudiziaria penale.

Il riferimento è ancora una volta alla soluzione prospettata con riguardo al MAE e, segnatamente, all'art. 4 della decisione quadro che, per l'appunto, elenca gli anzidetti motivi di non esecuzione.

Nella sentenza *Wolzenburg* la Corte ha dichiarato che nell'attuazione dell'art. 4 gli Stati membri "dispongono di un potere discrezionale certo" e possono operare "la scelta di limitare le situazioni nelle quali la sua autorità giudiziaria di esecuzione può rifiutare di consegnare una persona ricercata"[44].

In sostanza, dalla sentenza in parola risulta che gli Stati sono legittimati a non recepire integralmente il dettato dell'art. 4 della decisione quadro 2002/584, potendo escludere uno o più motivi di non esecuzione facoltativa stabiliti dalla norma la cui disciplina potrebbe pertanto non trovare uniforme applicazione nei diversi ordinamenti statali.

Tale interpretazione dell'art. 4 si ricollega alla impostazione accolta dalla Corte di giustizia nell'affrontare le questioni sollevate dall'applicazione del MAE cui si è già fatto riferimento e dunque, come si è detto, in considerazione del fondamento e dell'obiettivo della decisione quadro 2002/584[45].

Ad avviso della Corte, infatti, la limitazione delle situazioni nelle quali è consentito alle autorità giudiziarie di rifiutare l'esecuzione di un MAE "non fa che rafforzare il sistema di consegna istituito [dalla] decisione quadro a favore di uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia" e "agevolare la consegna delle persone ricercate, in conformità al principio del reciproco riconoscimento, sancito dall'art. 1, n. 2, il quale costituisce il principio fondamentale istituito da quest'ultima"[46].

Anche in questo caso si tratta di una soluzione che appare "esportabile" ad altri atti adottati in forza del principio del reciproco riconoscimento. Le motivazioni poste a base della interpretazione effettuata, vale a dire, il fondamento della decisione quadro 2002/584 sul principio in parola e l'obiettivo di essa, potrebbero valere utilmente anche per atti diversi dal MAE. Si pensi, ad esempio, alla decisione quadro 2005/2014 sul reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie, la cui finalità è facilitare l'esecuzione di esse in uno Stato membro diverso da quello in cui sono state comminate (2° 'considerando'), nonché alla decisione quadro 2008/909 sul reciproco riconoscimento delle sentenze di condanna a pene e detentive, il cui obiettivo è agevolare il reinserimento sociale della persona condannata attraverso l'esecuzione della pena in un altro Stato membro (art. 3).

Al di là di tale rilievo, la giurisprudenza in parola, come si è detto, dà luogo, a nostro avviso, a riflessi sui caratteri della cooperazione giudiziaria penale poiché, consentendo una partecipazione diversamente graduata degli Stati membri al recepimento dei motivi di non esecuzione delle decisioni quadro basate sul principio del reciproco riconoscimento, introduce elementi di flessibilità nel settore.

[44] Punti 61 e 58.
[45] Punti 56 e 57.
[46] Punti 58 e 59.

Tale flessibilità che si traduce, in definitiva, in una deroga all'applicazione integrale e uniforme della normativa europea, ha però una finalità ben precisa perché è preordinata a facilitare la realizzazione degli obiettivi degli atti normativi in questione.

L'orientamento espresso nella sentenza *Wolzenburg*, pertanto, per un verso accentua quei caratteri della cooperazione penale come settore contraddistinto dalla previsione di forme flessibili di integrazione. Com'è noto, infatti, nel settore in parola opera il regime di applicazione differenziata di carattere derogatorio stabilito dai Protocolli 21 e 22 sulla posizione, rispettivamente, del Regno Unito e dell'Irlanda, e della Danimarca nello SLG, nonché quella particolare forma di cooperazione rafforzata "specifica" prevista dagli articoli 82, par. 3 e 83, par. 3 TFUE[47].

Per altro verso, la deroga all'applicazione integrale e uniforme del diritto penale europeo conseguente alla sentenza *Wolzenburg* in considerazione della sua finalità ha una connotazione ben diversa rispetto a quelle forme di applicazione differenziata delle norme europee che trovano riscontro nel settore stesso e, segnatamente, al regime derogatorio sancito dagli anzidetti Protocolli 21 e 22.

In conclusione, riepilogando brevemente quanto sin qui detto, la valenza di ordine più generale che questa giurisprudenza riveste rispetto al caso deciso si ricollega alla circostanza che, attraverso tali pronunce, la Corte di giustizia ha stabilito un principio, quale è quello dell'interpretazione conforme delle decisioni quadro, riguardante una intera categoria di atti normativi. Ha espresso soluzioni validamente applicabili ad atti di diritto derivato appartenenti alla medesima tipologia, come è il caso delle disposizioni che dispongono l'eliminazione parziale della doppia incriminazione e la tutela dei diritti fondamentali per quelli basati sul principio del reciproco riconoscimento.

Ha contribuito, operando una lettura coerente delle sue norme, a favorire l'organicità del sistema giuridico dell'Unione, sia nel suo complesso, tenendo conto nell'interpretazione delle norme penali della disciplina sul diritto di soggiorno dei cittadini europei stabilita dalla direttiva 2004/38; sia nel più ristretto àmbito della cooperazione penale, come denota l'interpretazione del principio *ne bis in idem*. Ha inciso sui caratteri della cooperazione giudiziaria penale, introducendo ulteriori forme di flessibilità nel settore attraverso l'interpretazione relativa al recepimento dei motivi di non esecuzione facoltativa delle decisioni previsti dagli atti fondati sul principio del reciproco riconoscimento.

In tal modo la Corte di giustizia nel decidere le questioni specifiche sottoposte al suo esame, ha contribuito a delineare in senso più ampio i caratteri e gli effetti del diritto penale europeo.

[47] Per tale definizione della cooperazione rafforzata v. A. Cannone, *Integrazione differenziata*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, VI, 2013, Milano, p. 352.

Abstract

L'incidenza della giurisprudenza della Corte di giustizia sul diritto penale europeo

Il presente lavoro mira ad evidenziare il contributo della Corte di giustizia dell'UE all'elaborazione e alla definizione del diritto penale europeo attraverso la considerazione, in particolare, delle pronunce i cui effetti non sono limitati al caso deciso, ma esprimono principi e orientamenti di ordine generale. Tali caratteristiche si rinvengono nelle sentenze con le quali la Corte ha stabilito principi riguardanti una intera categoria di atti normativi, ha espresso soluzioni validamente applicabili ad atti di diritto derivato appartenenti alla medesima tipologia, ha contribuito a favorire la organicità del sistema giuridico dell'Unione europea, ha inciso sui caratteri della cooperazione giudiziaria penale.

The Impact of the Case-law of the Court of Justice on European Criminal Law

The present work aims to highlight the contribution of the EU Court of Justice to the elaboration and definition of European criminal law through the consideration, in particular, of judgments whose effects are not limited to the case decided, but express principles and guidelines of general order. These characteristics are found in the judgments with which the Court established principles concerning an entire category of normative acts, expressed validly applicable solutions to secondary law acts belonging to the same typology, contributed to favoring the coherence of the European Union legal system, has affected the characteristics of Judicial cooperation in criminal matters.

Luigi Daniele*

Corte di giustizia e Mercato unico**

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Mercato unico e principio dell'efficacia diretta. – 3. Corte di giustizia e nozione di mercato unico. – 4. Corte di giustizia e nozione di "ostacolo alla libera circolazione". – 5. Corte di giustizia e principio di non-discriminazione in base alla nazionalità. – 6. Corte di giustizia e ostacoli alla libera circolazione derivanti da normativa indistintamente applicabili. – 7. Corte di giustizia e principio di proporzionalità nel contesto della libera circolazione. – 8. Corte di giustizia e "situazioni puramente interne". – 9. Mercato interno e protezione dei diritti fondamentali. – 10. Conclusioni.

1. Il titolo dell'intervento che mi è stato affidato dagli organizzatori ripercorre un binomio classico: Corte di giustizia e mercato unico.

Tutti sanno che il mercato unico come lo conosciamo adesso deve moltissimo alla Corte di giustizia e alla sua giurisprudenza coraggiosa e lungimirante. Se la Corte di giustizia non avesse interpretato in maniera così ampia e così inflessibile l'obiettivo della instaurazione del mercato unico e le norme dei trattati asservite a tale obiettivo, è difficile immaginare che tipo di mercato unico avremmo oggi. Affidato alla sola volontà delle istituzioni europee e a quella degli Stati membri, che in tali istituzioni hanno sempre giocato e tuttora giocano un ruolo determinante, il mercato unico sarebbe certamente stato meno "unico" di oggi.

È vero però, almeno in parte, anche il contrario. L'obiettivo di instaurare il mercato unico e la maniera in cui erano redatte le norme dei trattati rivolte a tale obiettivo hanno offerto un terreno favorevole in cui la Corte di giustizia potesse crescere e acquisire forza e prestigio. Se il trattato di Roma non avesse individuato sin dall'inizio la meta del mercato unico ma si fosse limitato a indicare obiettivi parziali e settoriali, non riconducibili in quanto tali ad un disegno complessivo e armonico, non è detto che la Corte di giustizia avrebbe assunto con la stessa determinazione la via di una giurisprudenza ambiziosa e progressista, i cui risultati, poi, si sarebbero estesi positivamente agli altri settori della costruzione europea.

Detto in altri termini, il mercato unico deve moltissimo alla giurisprudenza ma vale anche il reciproco: la Corte deve moltissimo anch'essa al mercato unico.

2. Per chiarire quanto ho appena detto, comincerò da un esempio molto importante ma che tutti conoscono: l'affermazione del principio dell'efficacia diretta delle norme del trattato.

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Roma Tor Vergata.

** Intervento al I Convegno Annuale AISDUE Università di Roma Tre Roma, 26-27 ottobre 2018.

Il fatto che la Corte di giustizia abbia teorizzato il principio per la prima volta nella sentenza *Van Gend & Loos*[1] con riferimento all'art. 12 dell'allora TCEE non è stato dovuto al caso.

In realtà, la clausola di non aggravamento o di *standstill* dei dazi doganali contenuta in tale disposizione costituiva una delle poche disposizioni del trattato applicabili immediatamente, cioè sin dalla stessa entrata in vigore del trattato. Il divieto totale di dazi doganali tra Stati membri invece sarebbe divenuto applicabile solo alla fine del periodo transitorio. Pertanto che la Corte si sia trovata a interpretare prima il divieto di aumentare i dazi doganali e soltanto in seguito l'obbligo di abolire i dazi è dipeso dal fattore temporale.

Tuttavia, a rifletterci, è stata una vera fortuna che la Corte si sia posta per la prima volta il problema dell'efficacia diretta proprio a proposito dell'art. 12. Si trattava di una norma che si prestava particolarmente a una conclusione favorevole in questo senso. La norma era precisa, incondizionata e, per di più, formulata come un semplice divieto. Il che significava che non era richiesto alcuna iniziativa da parte degli Stati membri per rispettarla.

Immaginiamo ora se il problema dell'efficacia diretta si fosse posto alla Corte di giustizia per la prima volta in relazione a norme del trattato meno assolute, ad esempio in relazione all'attuale art. 34 (divieto di restrizioni quantitative e misure d'effetto equivalente). Noi sappiamo che, in seguito, la Corte ha riconosciuto l'efficacia diretta anche di questa norma. Ci si può tuttavia domandare se essa avrebbe raggiunto tale conclusione come prima affermazione del principio, considerato che il trattato, a proposito dell'art. 34, prevedeva e prevede un'espressa e articolata deroga al divieto: l'art. 36, che consente agli Stati membri, come si sa, di adottare restrizioni agli scambi se giustificate da una ampia serie di motivi di interesse generale.

Visto in questa prospettiva, il caso *Van Gend & Loos* è davvero, come si dice, "caduto a fagiolo". Ha offerto alla Corte un'occasione particolarmente propizia per enunciare da subito il principio dell'efficacia diretta. Una volta affermato il principio, è poi risultato meno difficile, per la Corte di giustizia, estenderlo ad altre norme del trattato, comprese quelle redatte in termini meno assoluti e quelle formulate nel senso di richiedere agli Stati membri di agire, assumendo determinate misure. Direttamente efficaci sono state dichiarate tutte le altre norme del trattato relative alla libera circolazione delle merci (citiamo i casi *SACE*[2], *Luetticke*[3], *Iannelli*[4] e *Manghera*[5]), ma anche quelle relative al diritto di stabilimento (*Reyners*[6]), alla libera prestazione di servizi (*van Binsbergen*[7]), alla libera circolazione dei lavoratori (*van Duyn*[8]), e, dopo le modifiche introdotte dal Trattato di Maastricht, le norme sulla

1 Sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos*, ECLI:EU:C:1963:1.

2 Sentenza del 17 dicembre 1970, causa 33/70, *SACE*, ECLI:EU:C:1970:118, punti 9 e 10, sul divieto di tasse d'effetto equivalente a dazi doganali.

3 Sentenza del 16 giugno 1966, causa 57/65, *Luetticke*, ECLI:EU:C:1966:34, punto 6, sul divieto di imposizioni interne discriminatorie.

4 Sentenza del 22 marzo 1977, causa 74/76, *Iannelli*, ECLI:EU:C:1977:51, punto 13, sul divieto di misure d'effetto equivalente a restrizioni quantitative.

5 Sentenza del 3 febbraio 1976, causa 59/75, *Manghera*, ECLI:EU:C:1976:14, punto 16, sul divieto di discriminazioni nel quadro dei monopoli pubblici.

6 Sentenza del 21 giugno 1974, causa 2/74, *Reyners*, ECLI:EU:C:1974:68, punti 24-27.

7 Sentenza del 3 dicembre 1974, causa 33/74, *van Binsbergen*, ECLI:EU:C:1974:131, punto 27.

8 Sentenza del 4 dicembre 1974, causa 41/74, *van Duyn*, ECLI:EU:C:1974:133, punto 6.

libera circolazione dei capitali (*Sanz de Lera*[9]) e, da ultimo, al diritto di circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione (*Baumbast*[10]).

Parallelamente, anche norme relative ad obiettivi non rientranti strettamente in quello dell'instaurazione del mercato unico, sono state riconosciute come direttamente efficaci: le norme sulla concorrenza[11], l'obbligo di *standstill* in materia di controllo degli aiuti di Stato alle imprese[12], l'art. 157 TFUE, sul principio di parità di retribuzione tra lavoratori e lavoratrici[13]. Senza contare l'affermazione del principio dell'efficacia diretta, oltre che per i regolamenti, anche per le direttive e per le decisioni.

3. Passando ora in rapida rassegna, le "conquiste" del mercato unico che sono state conseguite grazie all'opera della giurisprudenza della Corte di giustizia, è utile accennare al contributo teorico che la Corte ha saputo dare alla definizione stessa dell'obiettivo in esame.

È noto che, la versione originale del trattato parlava soltanto di "mercato comune", senza che però fosse fornita una definizione di questa figura.

Con l'art. 7A TCEE (ora divenuto art. 26 TFUE), alla nozione di "mercato comune" è stata affiancata quella di "mercato interno", definito come "uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali".

Si trattava di un'idea derivante dal Libro bianco della Commissione per il completamento del mercato interno, esaminato al Consiglio europeo di Milano del giugno 1985, già utilizzata in vari documenti precedenti. In tali documenti tuttavia, figurava però anche una terza locuzione: "mercato unico".

In effetti, il trittico mercato comune-mercato unico-mercato interno era stato utilizzato già prima dalla Corte di giustizia nella sentenza *Schul* del 1982[14]. In essa, la Corte vi aveva affermato che "la nozione di mercato comune (...) mira ad eliminare ogni intralcio per gli scambi intracomunitari al fine di fondere i mercati nazionali in un mercato unico il più possibile simile ad un vero e proprio mercato interno".

Al di là del carattere "circolare" della definizione, ciò che la Corte mette bene in chiaro è che mercato comune significa la realtà di un mercato unico che deve tendere a diventare quanto più possibile "simile" a quella di un mercato all'interno di un unico e stesso Stato.

Non basta pertanto eliminare gli ostacoli "classici" alla libera circolazione dei fattori produttivi e delle persone. Limitandoci a questo, i mercati nazionali resterebbero separati, in quanto il contesto normativo di ciascun mercato nazionale continuerebbe ad essere più favorevole per gli operatori nazionali che per quelli provenienti da altri Stati membri. Occorreva dunque lottare anche contro gli ostacoli "occulti" che, pur apparentemente privi di effetti restrittivi, rendono più difficile o meno interessante l'interscambio all'interno del mercato unico.

---

[9] Sentenza del 14 dicembre 1995, cause riunite C-163/94 e C-250/94, *Sanz de Lera*, ECLI:EU:C:1995:451, punto 48.

[10] Sentenza del 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast*, ECLI:EU:C:2002:493, punto 84.

[11] Sentenza del 10 luglio 1980, causa 37/79, *Estée Lauder*, ECLI:EU:C:1980:190, punto 13.

[12] Sentenza del 22 marzo 1977, causa 78/76, *Steinike*, ECLI:EU:C:1977:52, punti 15 e 16.

[13] Sentenza del 8 marzo 1976, causa 43/75, *Defrenne*, ECLI:EU:C:1976:56, punto 40.

[14] Sentenza del 5 maggio 1982, causa 15/81, *Schul*, ECLI:EU:C:1982:135, punto 33.

Su questo fronte, il contributo della Corte di giustizia è stato fondamentale.

4. Partirei dalla famosa sentenza *Dassonville*[15], che si riferiva alla portata del divieto di misure d'effetto equivalente a una restrizione quantitativa. In questa occasione, la Corte detta una formula estremamente ampia e, direi, radicale: "ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare, direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari va considerata come una misura d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa". L'ostacolo pertanto può essere anche soltanto indiretto e persino solo potenziale.

In una altrettanto famosa sentenza, quella sul caso *Bosman*[16], che riguardava invece la libera circolazione dei lavoratori, la Corte afferma che tale libertà "osta ai provvedimenti che potrebbero sfavorirli qualora intendano svolgere un'attività economica nel territorio di un altro Stato membro" e pertanto "le disposizioni che impediscano ad un cittadino di uno Stato membro di lasciare il paese d'origine per esercitare il suo diritto di libera circolazione, o che lo dissuadano dal farlo, costituiscono quindi ostacoli frapposti a tale libertà". Secondo la Corte, anche il mero effetto dissuasivo ad esercitare la libertà di circolazione è sufficiente per considerare una misura come un ostacolo vietato[17].

La Corte si è spinta fino a considerare vietata una normativa nazionale per il solo fatto che renda "meno allettante" o "meno attraente" l'esercizio di una libertà di circolazione. Recentemente il principio ha trovato applicazione nella sentenza sul caso *Čepelnik*[18], dove la Corte ha ribadito che "secondo una giurisprudenza costante della Corte, devono considerarsi quali restrizioni della libera prestazione dei servizi tutte le misure che vietino, ostacolino o rendano meno allettante l'esercizio di detta libertà".

L'aver adottato una definizione tanto ampia di "ostacolo" alla libera circolazione non ha soltanto escluso che in questo ambito potesse individuarsi, come è invece avvenuto per quanto riguarda il pregiudizio alla concorrenza o agli scambi intracomunitari di cui agli articoli 101, 102 e 107 TFUE, una soglia minima, una clausola *de minimis* che permettesse di limitare il relativo divieto alle misure che producono ostacoli di una determinata consistenza. Una tale accezione "assoluta" in realtà si è riflessa anche sulla portata della competenza dell'Unione ad adottare misure di ravvicinamento delle norme nazionali aventi ad oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno, in particolare sull'interpretazione dell'art. 114 TFUE.

Proprio partendo da questa concezione di mercato unico e di ostacolo alla libera circolazione, la Corte di giustizia ha infatti potuto legittimare misure adottate sulla base della citata disposizione in casi in cui l'iniziativa dell'Unione, piuttosto che eliminare ostacoli già in atto, perché derivanti da discrepanze tra le legislazioni nazio-

---

15 Sentenza dell'11 luglio 1974, causa 8/74, *Dassonville*, ECLI:EU:C:1974:82, punto 5.

16 Sentenza del 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman*, ECLI:EU:C:1995:463, punti 94 e 96.

17 Per altri casi v. sentenza del 27 gennaio 2000, causa C-190/98, *Graf*, ECLI:EU:C:2000:49, punto 24, sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2006, causa C-345/05, *Commissione* c. *Portogallo*, ECLI:EU:C:2006:685, punto 16, Sentenza della Corte di giustizia del 26 gennaio 2006, causa C-514/03, *Commissione* c. *Spagna*, ECLI:EU:C:2006:63, punto 48.

18 Sentenza del 19 dicembre 2018, causa C-33/17, *Čepelnik*, ECLI:EU:C:2018:1022, punto 37, Per altri casi v. sentenza del 4 maggio 2017, causa C-339/15, *Vanderborght*, ECLI:EU:C:2017:335, punto 61, e sentenza del 12 settembre 2019, cause riunite C-64/18, C-140/18, C-146/18 e C-148/18, *Zoran Maksimovic*, ECLI:EU:C:2019:723, punti 30 e 35.

nali in vigore, mirava a *prevenire* ostacoli del genere, evitando che gli Stati membri intervenissero nella materia in modo difforme. Un esempio recente di questo atteggiamento è stato il caso *Vodafone*, sul c.d. *roaming* internazionale[19].

5. Come è noto, nel contesto delle norme che il TFUE dedica alla libera circolazione, un ruolo centrale è svolto dal principio di non-discriminazione in base alla nazionalità o del trattamento nazionale. Nell'una o nell'altra forma, in maniera più o meno solenne, il principio è presente nelle norme relative alla libera circolazione dei cittadini (art. 18), delle merci (in particolare articoli 36, 37 e 110), e dei lavoratori (art. 45, par. 2), nonché in quelle relative al diritto di stabilimento e alla libera prestazione di servizi (articoli 49, co. 2, e 57, co. 2). Esso è implicito anche in norme come quelle che vietano i dazi doganali e le tasse d'effetto equivalente (articoli 28 e 30), le restrizioni quantitative e misure d'effetto equivalente (articoli 34 e 35) e le restrizioni alla libera circolazione dei capitali e dei pagamenti (art. 63).

La nozione di discriminazione in base alla nazionalità non è però definita a livello di diritto primario. Un primo contributo nel senso di estendere la nozione anche a discriminazioni indirette era stato già dato dal diritto derivato. In particolare dal reg. 1612/68[20] stabilisce all'art. 7, par. 1, stabiliva che sono invalide le disposizioni o le pratiche nazionali che, "sebbene applicabili senza distinzione di nazionalità, hanno per scopo o effetto esclusivo o principale, di escludere i cittadini degli altri Stati membri dall'impiego offerto".

Tuttavia è stata la Corte di giustizia che, con la sentenza *Sotgiu*[21], riprendendo il principio dell'art. 7, par.1, ma senza richiamarlo esplicitamente, lo ha generalizzato e sganciato dalla condizione che l'esclusione dei cittadini di altri Stati membri sia lo scopo o l'effetto esclusivo o principale.

Da allora gli esempi di discriminazioni occulte o indirette in base alla nazionalità considerate come vietate (salvo che sia possibile giustificarle da ragioni obbiettive e con il rispetto del principio di proporzionalità) si sono moltiplicati, con particolare riferimento alle normative che richiedono la residenza nel territorio nazionale (*Gottwald*[22], *Collins*[23], *Bidar*[24]) oppure che l'interessato abbia conseguito il titolo di studio in istituti di istruzione situati nello stesso territorio (*Ioannidis*[25]).

È interessante anche ricordare che, grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia, il principio di non-discriminazione è stato applicato anche in circostanze in cui è arduo parlare di una vera e propria discriminazione in base alla nazionalità. Ci si riferisce a casi di cittadini di uno Stato membro ai quali la Corte ha riconosciuto il diritto di avvalersi del principio in esame nei confronti del proprio Stato nazionale.

---

19 Sentenza dell'8 giugno 2010, causa C-58/08, *Vodafone*, ECLI:EU:C:2010:321, punto 47. V. anche sentenza del 4 maggio 2016, causa C-358/14, *Polonia* c. *Parlamento europeo* e *Consiglio*, ECLI:EU:C:2016:323, punti 36 e 37.

20 Regolamento (CEE) n. 1612/68 del Consiglio, del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, in particolare art. 3.

21 Sentenza del 12 febbraio 1974, causa 153/73, *Sotgiu*, ECLI:EU:C:1974:70, punto 11.

22 Sentenza dell'1 ottobre 2009, causa C-103/08, *Gottwald*, ECLI:EU:C:2009:597, punti 27-29.

23 Sentenza del 23 marzo 2004, causa C-138/02, *Collins*, ECLI:EU:C:2004:172, punto 65.

24 Sentenza del 15 marzo 2005, causa C-209/03, *Bidar*, ECLI:EU:C:2005:169, punti 51-53.

25 Sentenza del 15 settembre 2005, causa C-258/04, *Ioannidis*, ECLI:EU:C:2005:559, punti 27-29.

L'ipotesi più nota e anche più risalente è quella del cittadino il quale, avendo esercitato diritti di libera circolazione in Stati membri diversi dallo Stato membro d'origine, intenda rientrare nel proprio Stato. In casi del genere, il principio di non-discriminazione agisce in due diverse direzioni. Da un lato impone allo Stato membro di trattare il cittadino in questione alla stessa stregua dei propri cittadini "stanziali", senza penalizzarli per il fatto che abbiano utilizzato, in passato, i diritti di libera circolazione (*D'Hoop*[26]). Dall'altro, richiede che al cittadino "rientrante" siano garantiti, per una sorta di "assimilazione", gli stessi diritti che spetterebbero nello Stato in questione a cittadini di altri Stati membri che esercitino nel primo la libertà di circolazione (*Singh*[27]).

Un'ipotesi che è venuta in rilievo più recentemente è quella dei cittadini "in uscita", che intendono trasferire la propria residenza in uno Stato membro diverso dal proprio. Secondo una giurisprudenza ormai consolidata, lo Stato membro nazionale non può assoggettarli ad un trattamento meno favorevole di quelli che spettano ai propri cittadini che mantengono la residenza nel territorio nazionale (*Tas-Hagen*[28]).

6. Probabilmente il contributo più importante che la Corte ha offerto alla costruzione del mercato unico è rappresentato tuttavia dall'approccio che ha trovato la sua prima applicazione nella sentenza nota come *Cassis de Dijon*[29].

Secondo questa fondamentale pronuncia, qualora manchino a livello europeo misure di armonizzazione delle normative tecniche nazionali, il principio della libera circolazione e, in particolare, il divieto di restrizioni quantitative e misure d'effetto equivalente (art. 34 TFUE) impongono agli Stati membri di accettare la commercializzazione sul proprio territorio di prodotti che siano liberamente in commercio nel territorio dello Stato membro di produzione.

Lo Stato membro di importazione potrebbe opporsi e pretendere l'adeguamento alle proprie norme tecniche solo dimostrando che la normativa tecnica dello Stato di produzione non è sufficiente per rispondere ad "esigenze imperative" attinenti alla protezione degli interessi generali superiori alla quale la propria normativa sia rivolta, sempre che la normativa in questione sia applicabile indistintamente ai prodotti, indipendentemente dall'origine, e rispetti il principio di proporzionalità.

Questo approccio, come è evidente, ha limitato grandemente la possibilità per gli Stati membri di mantenere barriere tecniche agli scambi intracomunitari di prodotti e li ha obbligati ad un mutuo riconoscimento delle normative di altri Stati membri, salvo che si sia in grado di soddisfare l'impervio onere probatorio descritto.

Un simile approccio è stato seguito, in rapida successione, nel campo della libera prestazione di servizi (*Webb*[30]), in quello del diritto di stabilimento (*Gebhard*[31]) e in quello della libera circolazione dei capitali (*Commissione* c. *Portogallo*[32]), di modo che

[26] Sentenza del 11 luglio 2002, causa C-224/98, *D'Hoop,* ECLI:EU:C:2002:432, punti 29-31.
[27] Sentenza del 7 luglio 1992, causa C-370/90, *Singh*, ECLI:EU:C:1992:296, punti 19-21.
[28] Sentenza del 26 ottobre 2006, causa C-192/05, *Tas-Hagen*, ECLI:EU:C:2006:676, punti 30-32.
[29] Sentenza del 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral*, ECLI:EU:C:1979:42, punto 8.
[30] Sentenza del 17 dicembre 1981, causa 279/80, *Webb*, ECLI:EU:C:1981:314, punti 16-17.
[31] Sentenza del 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*, ECLI:EU:C:1995:411, punti 36-38.
[32] Sentenza del 4 giugno 1992, causa C-367/98, *Commissione* c. *Portogallo,* ECLI:EU:C:1992:326, punti 44-46.

è oggi possibile parlare di un "approccio globale" che non varia sostanzialmente da libertà a libertà.

Il fatto di aver sganciato la nozione di ostacolo alla libera circolazione dal carattere anche solo indirettamente discriminatorio ha creato alcune difficoltà per la Corte. In particolare si è tradotto in un notevole flusso di rinvii pregiudiziali, alcuni chiaramente inutili, se non pretestuosi. I giudici nazionali hanno riversato sulla Corte quesiti riguardanti le più diverse normative degli Stati membri, sostenendo che le stesse, pur non avendo alcun collegamento con gli scambi di merci, persone o servizi, potevano scoraggiare, almeno potenzialmente, la libera circolazione.

L'approccio "tentato" nella sentenza sul caso *Keck e Mithouard*[33], in cui è stato teorizzata la distinzione tra misure relative alle modalità di vendita dei prodotti e quelle attinenti al prodotto stesso, le prime considerate *a priori* lecite, non ha dato i frutti attesi e, di fatto, non viene più utilizzato. D'altronde, la Corte ne aveva limitato l'applicabilità alla sola circolazione delle merci, rifiutandosi di sperimentare la stessa strada per altre libertà[34].

7. Il fallimento di ogni tentativo di circoscrivere la nozione di ostacolo alla circolazione ha portato ad una enfatizzazione del ruolo del principio di proporzionalità.

In realtà, tale principio era stato già utilizzato ampiamente in giurisprudenza quando si è trattato di interpretare la portata delle deroghe al divieto di ostacoli alla libera circolazione espressamente previste dal TFUE. Il carattere "necessario" o "giustificato" della misura restrittiva come richiesto in disposizioni come l'art. 36 (merci), l'art. 45 (lavoratori), l'art. 52 (stabilimento e servizi) e l'art. 65 (capitali) allude chiaramente all'esigenza che la misura per cui si invoca la deroga sia proporzionata rispetto all'obiettivo perseguito. Tuttavia, trattandosi inizialmente soltanto di misure discriminatorie, l'effetto più o meno restrittivo della misura in questione veniva valutato nella prospettiva di capire se la circolazione di merci, lavoratori, servizi o capitali provenienti da altri Stati membri veniva ristretta eccessivamente rispetto alla tutela degli interessi superiori specificati dal diritto primario.

La proporzionalità ha assunto invece una configurazione diversa e più ampia da quando la Corte, a partire da *Cassis de Dijon*, ha cominciato ad interessarsi di misure indistintamente applicabili. In questo specifico contesto, il giudizio di proporzionalità opera valutando se la tutela dell'interesse generale superiore invocato dallo Stato membro giustifichi o meno la misura in questione, prescindendo dal se gli effetti restrittivi che la misura comporta sfavoriscono merci, lavoratori o prestatori di servizi di altri Stati membri maggiormente rispetto a merci, lavoratori o prestatori nazionali. La proporzionalità è così divenuta strumento generale per valutare la ragionevolezza dell'esercizio del potere legislativo o regolamentare degli Stati membri e delle scelte compiute da ciascuno Stato nel bilanciare un interesse superiore (ad esempio, la tutela della salute pubblica o dei consumatori) rispetto a valori come la libertà di iniziativa economica, il diritto di proprietà e la libertà di concorrenza.

I vari test formulati dalla Corte per stabilire se si sia in presenza o meno di un ostacolo alla libera circolazione derivante da misure indistintamente applicabili,

[33] Sentenza del 24 novembre 1993, cause riunite C-267/91 e C-268/91, *Keck* e *Mithouard*, ECLI:EU:C:1993:905, punti 16 e 17.

[34] V. sentenza *Bosman*, cit., punto 103.

infatti, utilizzano il principio di proporzionalità in una accezione del tutto "neutrale". Si esige che la misura, da un lato, sia idonea a garantire il conseguimento dello scopo superiore voluto e, dall'altro, non vada oltre quanto necessario per il conseguimento di questo ma non ci si preoccupa di richiedere che sia provata l'eccessività dell'effetto restrittivo sulla libera circolazione.

Considerando che, quando si tratta di esaminare una misura indistintamente applicabile, raramente la Corte contesta la presenza dell'interesse superiore addotto a giustificazione di una misura del genere ma si concentra sulla verifica della sua proporzionalità nell'accezione appena descritta, si comprende quanto importante e delicato sia il ruolo che la Corte abbia riservato a sé stessa o delegato ai giudici nazionali, come pure talvolta avviene.

Che, utilizzando il principio di proporzionalità, un giudice, sia esso sovranazionale o nazionale, si riservi un potere del genere di sindacare le scelte del legislatore di uno Stato membro, quando non siano in gioco particolari profili attinenti alla libera circolazione, può lasciare perplessi. e ciò tanto più che la stessa severità la Corte non sembra esercitare, quando utilizza lo stesso principio nei confronti del legislatore dell'Unione.

8. Situazioni puramente interne sono quelle in cui tutti i fattori rilevanti della fattispecie sono concentrati in un unico Stato membro, senza che si sia in presenza di un aspetto, sia pure potenziale, transfrontaliero, che coinvolga un altro Stato membro. Al di fuori della mancanza del fattore transfrontaliero, però, la situazione puramente interna è del tutto corrispondente ad una situazione in cui sia presente un tale fattore. L'esistenza di situazioni del genere pone un delicato problema, che investe la portata stessa delle norme relative alla libera circolazione.

Volendo sintetizzare, il fenomeno delle situazioni puramente interne in alcuni casi è il frutto della combinazione tra una norma dell'Unione e una norma di uno Stato membro. In altri casi invece dipende dalla stessa norma dell'Unione.

Il caso del primo tipo è il risultato dell'interferenza delle norme sulla libera circolazione su norme nazionali che sarebbero indistintamente applicabili ma che, per effetto delle prime, risultano non applicabili alle sole situazioni transfrontaliere, mentre restano applicabili a quelle puramente interne.

Il fenomeno è stato esaminato nel paragrafo precedente. L'approccio *Cassis de Dijon* comporta che, rispetto ad una stessa normativa nazionale, i soggetti coinvolti in una situazione transfrontaliera risultino favoriti rispetto a quelli privi di tale carattere, la normativa risultando applicabile nel secondo caso ma non nel primo. Si creano così situazioni di discriminazione intervertita, in cui il soggetto che normalmente sarebbe favorito (quello nazionale) viene invece penalizzato rispetto ai soggetti che di solito sono svantaggiati (quelli provenienti da altri Stati membri).

Di fronte a situazioni del genere, la risposta della Corte di giustizia non è stata univoca.

Nel settore della libera circolazione delle merci, la Corte è sembrata opinare per una sorta di incompatibilità "assoluta" o generale, nel senso che una normativa riconosciuta vietata in quanto in grado costituire un ostacolo alla libera circolazione, diventa inapplicabile anche a merci di origine nazionale (*Pistre*[35]).

[35] Sentenza del 7 maggio 1997, causa C-321/94, *Pistre*, ECLI:EU:C:1997:229, punti 44 e 45.

In altri settori invece la Corte ha preferito ignorare il problema del carattere puramente interno della fattispecie oggetto del giudizio a quo, salvo sostenere, in altri casi, l'utilità di rispondere alle questioni pregiudiziali seppure sollevate in un contesto puramente interno, non potendosi escludere che, per il principio "interno" di eguaglianza, la normativa oggetto delle questioni potesse risultare inapplicabile anche in situazioni prive di aspetti transfrontalieri (*Servizi ausiliari*[36]).

Più tetragono è sembrato l'atteggiamento della Corte nel caso del secondo tipo che, come si è detto, si verifica per effetto delle sole norme del diritto dell'Unione.

Questo è il caso, in particolare, delle norme relative alla libera circolazione delle persone, norme la cui applicabilità presuppone una situazione transfrontaliera. L'esempio più problematico di una tale fenomeno si presenta con riferimento ai familiari di un cittadino europeo che siano cittadini di uno Stato terzo. Il diritto derivato e, ora, l'art. 7, par. 2, della direttiva 2004/38 attribuiscono al cittadino che soggiorna in uno Stato membro diverso dal proprio anche il diritto di ingresso e di soggiorno dei familiari che siano cittadini di Stati terzi. Diritti corrispondenti non sono invece riconosciuti dal diritto dell'Unione a cittadini "statici". Pertanto, un cittadino europeo può ottenere il permesso di soggiorno per un proprio familiare, cittadino di Stato terzo, solo se soggiorna in uno Stato membro diverso dal proprio ovvero, per via dell'assimilazione a cui si accennava più sopra, se, dopo aver soggiornato in uno Stato membri diverso dal proprio, ritorna in quest'ultimo.

Su questa posizione, la Corte non è riuscita a trovare una soluzione soddisfacente e pertanto, pur limitando la portata del fenomeno, ad esempio, con la sentenza sul caso *Metock*[37], ha accettato l'esistenza di "discriminazioni alla rovescia" che dipendono direttamente dal diritto dell'Unione.

L'unico *revirement* che si è avuto in questo campo è costituita dalla sentenza *Ruiz Zambrano*[38] e dalla giurisprudenza che ne è seguita.

Ammettendo che lo stesso status di cittadino dell'Unione implica il diritto di soggiornare anche nel proprio Stato membro, senza che sia necessaria alcuna attività transfrontaliera passata o potenziale, la Corte ha finito per mettere in discussione il presupposto su cui il concetto stesso di "situazione puramente interna" è basato.

Vero è che la portata del precedente *Ruiz Zambrano* resta confinata a circostanze in cui un cittadino europeo sia un minore e pertanto non potrebbe continuare a soggiornare nello Stato membro d'appartenenza (o in altro Stato membro) senza il supporto dei propri genitori, cittadini di uno Stato terzo. Tuttavia la presenza sullo sfondo di diritti fondamentali come quello alla tutela della vita familiare (art. 7 CDFUE) e alla salvaguardia dei minori (art. 24 CDFUE), si sta facendo sempre più sentire nei casi esaminati successivamente. Il che non esclude ulteriori "cedimenti" in futuro.

---

[36] Sentenza del 30 marzo 2006, causa C-451/03, *Servizi ausiliari Dottori Commercialisti*, ECLI:EU:C:2006:208, punto 29.

[37] Sentenza del 25 luglio 2008, causa C-127/08, *Metock*, ECLI:EU:C:2008:449, punti 54 e 64. Mutando atteggiamento rispetto alla giurisprudenza precedente, la Corte estende il diritto di soggiorno ai sensi dell'art. 7, par. 2, al familiare di un cittadino di uno Stato membro che lavora in uno Stato membro diverso dal proprio, anche qualora il familiare, cittadino di uno Stato terzo, non abbia già ottenuto alcun permesso di soggiorno nel primo Stato.

[38] Sentenza dell'8 marzo 2011, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano*, ECLI:EU:C:2011:124, punto 42.

9. L'utilizzazione dei diritti fondamentali quali tela di fondo, in grado di influire sulla portata delle regole di funzionamento del mercato interno e delle libertà di circolazione, risale in realtà sin alle prime sentenze in materia. Può anzi dirsi che il mercato interno ha costituito anche in questo caso un terreno favorevole allo sviluppo della giurisprudenza attraverso cui la Corte di giustizia ha ricostruito la nota via pretoria verso una tutela dei diritti fondamentali a livello di Unione europea.

In questa prospettiva, merita di essere ricordata la sentenza sul caso *Rutili*[39], in cui la Corte invoca per la prima volta alcuni articoli specifici della CEDU[40]. Nella specie, tali articoli sono utilizzati per supportare una interpretazione restrittiva dei poteri spettanti agli Stati membri ai sensi dell'art. 45, par. 3, TFUE, di adottare provvedimenti limitativi della libera circolazione dei lavoratori, giustificati da motivi di ordine pubblico e pubblica sicurezza.

In effetti, sentenze come quella sul caso *Rutili* e quelle successive, in particolare quella sul caso *ERT*[41] o *Familiapress*[42], ampliano notevolmente la portata del sindacato che la Corte (o i giudici nazionali) operano sui comportamenti degli Stati membri in relazione a possibili violazione dei diritti fondamentali. Nel contesto del mercato interno, tale sindacato non riguarda soltanto i provvedimenti nazionali con cui gli Stati membri danno attuazione al diritto dell'Unione, come, ad esempio, nel caso *Wachauf*[43], ma si estende anche a misure adottate autonomamente dagli Stati membri, in forza di clausole previste dai trattati che consentono loro di adottare provvedimenti limitativi della libera circolazione.

Secondo la Corte, nell'invocare questa o quella clausola che permetterebbe loro di limitare i diritti di libera circolazione, gli Stati membri operano pur sempre nel campo d'applicazione del diritto dell'Unione e devono pertanto rispettare i diritti fondamentali garantiti ai cittadini europei da tale diritto. In altri termini, le clausole derogatorie non possono essere utilizzate violando i diritti fondamentali.

In questo, la giurisprudenza anticipa l'art. 51, par. 1, CDFUE. Nello stabilire che la Carta si applica "pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione", tale disposizione fa riferimento, come risulta dalle "Spiegazioni" relative a tale articolo, non soltanto ai casi di "stretta" attuazione del diritto dell'Unione ma anche ai casi in cui gli Stati membri "agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione". Tra questi, figurano senz'altro quelli in cui uno Stato membro invoca una clausola derogatoria. Ciò è confermato dalla citazione contenuta nelle Spiegazioni alla già richiamata sentenza sul caso *ERT*.

Va peraltro osservato che dalla giurisprudenza in materia di mercato interno emergono anche significativi casi in cui i diritti fondamentali vengono utilizzati in una prospettiva diversa o meglio "invertita". Tali diritti sono infatti talvolta visti come valori fondamentali la cui protezione può essa stessa giustificare una limitazione alla libera circolazione. È il caso della sentenza *Omega*[44], in cui il rispetto della dignità umana, considerato valore fondamentale dell'ordinamento dello Stato

[39] Sentenza del 28 ottobre 1975, causa 36/75, *Rutili*, ECLI:EU:C:1975:137, punto 32.
[40] Gli articoli 8, 9, 10 e 11 CEDU, nonché l'art. 2 del Protocollo n. 4 alla stessa.
[41] Sentenza del 18 giugno 1991, causa C-260/89, *ERT*, ECLI:EU:C:1991:254, punti 43 e 44.
[42] Sentenza del 26 giugno 1997, causa C-368/95, *Familiapress,* ECLI:EU:C:1997:325, punti 24-34.
[43] Sentenza del 13 luglio 1989, causa 5/88, *Wachauf*, ECLI:EU:C:1989:321, punti 17-22.
[44] Sentenza del 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, ECLI:EU:C:2004:614, punti 32-35. V. anche la sentenza del 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*, ECLI:EU:C:2003:333, punti 71-80.

membro in questione, ma condiviso anche dall'ordinamento dell'Unione, è stato giudicato motivo tale da poter giustificare provvedimenti restrittivi della libera prestazione dei servizi.

10. I risultati conseguiti dalla Corte di giustizia nella interpretazione delle norme relative al mercato interno mostrano come la Corte sia riuscita a valorizzare al massimo tali norme, rafforzandone gli effetti, ampliandone il campo d'applicazione, limitando i poteri degli Stati membri di interferire con il funzionamento del mercato unico.

C'è da domandarsi, a mo' di conclusione, se tali risultati si siano, in qualche misura, riversati anche al di fuori dell'area del mercato unico e abbiano contribuito a dare ad altri settori di competenza dell'Unione un assetto simile a quello raggiunto nel campo del mercato unico.

Un campo in cui un fenomeno del genere è riscontrabile è quello della politica di asilo e immigrazione.

Ad esempio, la giurisprudenza relativa all'interpretazione delle norme di diritto derivato sul trattamento dei cittadini di Stati terzi regolarmente soggiornanti ha assunto in molti casi un orientamento non dissimile dalla giurisprudenza in materia di libera circolazione delle persone nell'ambito del mercato interno. Si pensi alla sentenza sul caso *Kamberaj*[45], relativa ai sussidi per l'alloggio per cittadini di Stati terzi lungo-soggiornanti, che ricorda le conclusioni raggiunte dalla Corte nella sentenza *Commissione c. Italia*[46], a proposito degli analoghi sussidi per cittadini di altri Stati membri. Anche la sentenza sul caso *Chakroun*[47], sul diritto al ricongiungimento familiare per cittadini di Stati terzi e sul se tale diritto possa essere subordinato alla dimostrazione di determinati redditi sufficienti, presenta valutazioni simili a quelle cui la Corte è pervenuta, con riferimento al problema del ricorso all'assistenza sociale da parte di un cittadino dell'Unione, nella sentenza sul caso *Grzelczyk*[48].

Particolarmente significativo è l'utilizzazione dei diritti fondamentali e, a partire dal nuovo art. 6, par. 1, TUE, della Carta nel contesto tanto della politica di immigrazione e asilo, quanto in quello della cooperazione giudiziaria in materia penale. Anche in entrambi questi settori, la Corte ha fatto ricorso al parametro del rispetto dei diritti fondamentali, seguendo la stessa scia adottato nel quadro del mercato interno che porta ad estendere i casi in cui tali diritti si applicano e il loro rispetto è assicurato dalla Corte.

Non soltanto la Corte ha "moltiplicato" i casi in cui considera che gli Stati membri stiano attuando il diritto dell'Unione e pertanto sono soggetti all'obbligo di agire nel rispetto dei diritti fondamentali, in particolare quelli garantiti dalla Carta[49].

---

45 Sentenza del 24 aprile 2012, causa C-571/10, *Kamberaj*, ECLI:EU:C:2012:233, punti 73 ss.

46 Sentenza del 14 gennaio 1988, causa 63/86, *Commissione* c. *Italia*, ECLI:EU:C:1988:9, punti 15-17.

47 Sentenza del 4 marzo 2010, causa C-578/08, *Chakroun*, ECLI:EU:C:2010:117, punti 43 ss.

48 Sentenza del 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*, ECLI:EU:C:2001:458, punti 53 ss.

49 Nel settore della politica d'asilo, v. sentenza del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N.S.*, ECLI:EU:C:2011:865, punti 68 e 69; nel settore dell'immigrazione (controllo delle frontiere) v. sentenza dell'11 giugno 2015, causa C-554/13, *Zh.* e *O.*, ECLI:EU:C:2015:377, punti 47 e 48; nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale (mandato d'arresto europeo), sentenza del 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15, *Aranyosi e Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198, punto 84 e ss.

La Corte ha anche giudicato che l'osservanza dei diritti fondamentali si impone agli Stati membri quando possa semplicemente dirsi che la normativa nazionale in questione rientri "nel campo d'applicazione" dell'ordinamento dell'Unione[50], alludendo implicitamente al mero fatto che l'azione dello Stato membro riguarda un settore che è oggetto di norme dell'Unione[51].

Orbene, è chiaro che le materie oggetto delle normative rientranti nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia si prestano ancora più del diritto del mercato unico ad ipotesi di possibili violazioni dei diritti fondamentali delle persone. È dunque del tutto comprensibile che la giurisprudenza della Corte si sia mostrata particolarmente vigile nei confronti della normativa stessa dell'Unione e, soprattutto, rispetto ai margini di azione che tale normativa lascia alla discrezionalità degli Stati membri, affermando in molteplici occasioni il proprio potere di controllo nell'ambito del meccanismo del rinvio pregiudiziale.

Va comunque riconosciuto che tali risultati, in una certa misura, sono figli di una giurisprudenza già matura che si era sviluppata nel quadro del mercato interno. Può pertanto dirsi che l'insegnamento che la Corte di giustizia ha saputo dare, sin dai primi anni, con riferimento al mercato interno e alla libertà di circolazione, è stata la necessaria premessa per gli esiti più recenti nei settori dello Spazio.

[50] Sentenza del 7 maggio 2013, causa C-617/10, Åkerberg *Fransson*, ECLI:EU:C:2013:280, punto 21. Così facendo la Corte sembra aver fatto ricorso all'ultima (ed estrema) ipotesi menzionata dalle Spiegazioni in relazione all'art. 51, par. 1, della Carta, dove si fa riferimento al precedente della sentenza del 18 dicembre 1997, causa C-309/96, *Annibaldi*, ECLI:EU:C:1997:631.

[51] Al punto 13 della sentenza *Annibaldi*, la Corte afferma che "dal momento che una normativa nazionale entra nel campo di applicazione del diritto comunitario, la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di tale normativa con i diritti fondamentali di cui la Corte assicura il rispetto, quali essi risultano, in particolare, dalla Convenzione".

Abstract

Corte di giustizia e Mercato unico

Il rapporto tra Corte di giustizia e Mercato unico rappresenta un binomio classico. Tutti sanno che la giurisprudenza è stata fondamentale per l'instaurazione e lo sviluppo dell'idea di mercato unico. Nondimeno è vero anche il viceversa. L'essersi trovata a gestire un obiettivo così chiaramente delineato dai trattati ha permesso alla Corte di giustizia di porre una serie di principi-cardine per il rafforzamento dell'intero ordinamento dell'Unione e per l'affermazione dello stesso ruolo della Corte di giustizia.

Court of Justice and the Idea of a Single Market

The relationship between the Court of Justice and the Single Market is a classic. We all know that the case law played a fundamental role for the creation and the growth of the idea of a single market. However, few consider that also the opposite is true. Being called upon to working with a project that the treaties defined so clearly, the Court of Justice was afforded a unique opportunity for laying down the basic principles of the EU legal order, which led to its strengthening as an independent legal order, while granting the Court of Justice itself a central role within this new system.

Fabio Ferraro*

Brevi note sulla competenza esclusiva degli Stati membri in materia di sicurezza nazionale

Sommario: 1. Considerazioni preliminari sulla competenza esclusiva degli Stati membri in materia di sicurezza nazionale. – 2. La difficoltà di individuare con precisione le nozioni di sicurezza nazionale e/o pubblica. – 3. La giurisprudenza restrittiva della Corte di giustizia in tema di deroghe alla libertà di circolazione. – 4. Il difficile bilanciamento tra sicurezza nazionale e riservatezza dei dati personali. – 5. La difesa degli interessi strategici degli Stati membri per motivi di sicurezza pubblica. – 6. Le questioni puramente interne relative al contemperamento equilibrato della sicurezza nazionale con i diritti fondamentali. – 7. Conclusioni.

1. Il tema della sicurezza nazionale o pubblica e del suo rapporto con il diritto dell'Unione è di grande attualità, non solo perché è al centro del dibattito politico di diversi Stati membri, ma anche in quanto interferisce con la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali di cui diffusamente si discute nell'attuale fase di evoluzione dell'Unione.

Si tratta, infatti, di un tema trasversale che si intreccia con questioni di interesse generale dell'Unione, come la minaccia derivante dal terrorismo e dalla criminalità organizzata ovvero l'efficace controllo dei flussi migratori, e si estende a problematiche nuove, come l'utilizzo *dual use* della rete e dei dati digitali, la sicurezza e la criminalità informatica, l'acquisizione da parte di Paesi terzi di imprese strategiche e così via.

Nell'ambito del diritto primario dell'Unione riscontriamo diversi riferimenti alla sicurezza nazionale o pubblica, che sono evidentemente connessi alla salvaguardia dei beni e delle libertà dei cittadini unitamente a quella dello Stato, in tutte le sue articolazioni, e dei suoi organi.

Il punto di partenza di una riflessione sulla sicurezza può essere costituito dall'art. 4 TUE, che contiene dei principi che garantiscono la eterogeneità delle normative nazionali, ma che si collocano pur sempre nel quadro e nel rispetto dell'Unione[1]. In particolare, l'art. 4, par. 2, TUE ha focalizzato l'attenzione della dottrina sulla nozione di identità nazionale e sul suo controverso rapporto con il

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Napoli Federico II.

1 Cfr. H.J. Blanke, *Article 4* [*The Relations Between the EU and the Member States*], in H.J. Blanke, S. Mangiameli, *The Treaty on European Union (TEU)*, Berlino, 2013, p. 229.

principio del primato[2]. Tuttavia, questo articolo ha anche riportato nelle disposizioni comuni – e, quindi, tra i valori e i principi - le competenze esclusive dello Stato sulla sicurezza nazionale che inerisce alla stessa identità di soggetto internazionale. La sicurezza nazionale è stata inserita nell'art. 4 TUE, vuoi per rassicurare gli Stati membri dopo il fallimento del trattato costituzionale, vuoi per "compensare" gli Stati delle competenze attribuite all'Unione con l'abolizione dei pilastri. Il paragrafo 2 di questo articolo, fortemente voluto dal Regno Unito, afferma in modo espresso che la sicurezza nazionale resta di competenza esclusiva degli Stati, attribuendo a questa prerogativa nazionale una valenza generale, non circoscritta allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

L'unica competenza esclusiva degli Stati menzionata nei Trattati è richiamata anche da altre disposizioni di diritto primario, di cui ci limitiamo a segnalare le principali[3].

Innanzitutto, le norme sulle quattro libertà fondamentali contengono delle deroghe alla libertà di circolazione fondate su motivi di sicurezza pubblica, quali, ad es., l'art. 36 TFUE riguardante i divieti o restrizioni all'importazione e all'esportazione, l'art. 45, par. 3, TFUE in tema di libera circolazione dei lavoratori, l'art. 52, par. 1, TFUE sul diritto di stabilimento, l'art. 65, par. 1, lett. *b*), in materia tributaria.

Inoltre, in relazione alle materie della cooperazione di polizia e giudiziaria, assume rilevanza l'art. 276 TFUE, che ha escluso espressamente la competenza della Corte di giustizia sull'esercizio delle responsabilità incombenti sugli Stati per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna. Questa previsione fa il paio con quella, sempre contenuta nell'art. 276 TFUE, che ha limitato la competenza della Corte di giustizia sulle operazioni condotte dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione della legge di uno Stato, non consentendo il suo sindacato sulla loro validità e proporzionalità.

Viene poi in considerazione l'art. 346 TFUE, il quale legittima gli Stati membri, per un verso, a derogare alle regole del mercato interno, autorizzando, in particolare, gli Stati membri a non fornire informazioni la cui divulgazione sia considerata contraria agli interessi essenziali della propria sicurezza (lettera *a*) e, per altro verso, ad adottare specifiche misure ritenute necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza e che si riferiscano alla produzione o al commercio di armi, munizioni o materiale bellico (lettera *b*)[4].

Vi sono altresì diverse previsioni sullo spazio di sicurezza, libertà e giustizia che menzionano la sicurezza degli Stati, come ad es. l'art. 72 TUE, secondo il quale le disposizioni del titolo V del TFUE non ostano all'esercizio delle responsabilità

[2] Cfr., *ex multis*, U. Villani, *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo d'integrazione europea*, Napoli, 2011; G. Martinico, *What Lies Behind Article 4(2) TEU?*, in A. Sáiz Arnaiz, C. Alcoberro Llivina, *National Constitutional Identity and European Integration*, Cambridge, 2013, p. 93; M. Condinanzi, *I controlimiti come sintesi ideale tra primato da affermare e identità nazionale da rispettare*, in B. Nascimbene, (a cura di), *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, 2015, p. 119; G. Di Federico, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, 2017.

[3] Cfr. P. De Pasquale, *Competenze proprie degli Stati e obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea,* in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2, 2019, p. 5.

[4] Cfr. M. Trybus, L.R.A. Butler, *The Internal Market and National Security: Transposition, Impact, and Reform of the EU Directive on Intra-Community Transfers of Defense Products*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 403.

incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna.

Peraltro, pur non essendo oggetto del presente lavoro, è di chiara evidenza lo stretto legame tra la competenza *sui generis* dell'Unione in tema di PESC e quella degli Stati membri sulla sicurezza nazionale, in quanto non si vede come la prima possa essere compiutamente realizzata senza produrre effetti sulla seconda[5]. La normativa degli Stati e quella dell'Unione tendono inevitabilmente a sovrapporsi, soprattutto in considerazione della dimensione sempre più transnazionale della criminalità e del terrorismo nonché della conseguente esigenza di definire e attuare una politica di sicurezza comune.

In questo quadro variegato e complesso alcuni Stati sostengono che sarebbero liberi di limitare i diritti e libertà fondamentali, ad esempio in materia di immigrazione, terrorismo e di *privacy*, invocando motivi di sicurezza nazionale o pubblica. A tal riguardo, l'articolo 6 della Carta di Nizza potrebbe corroborare le rivendicazioni degli Stati membri, poiché enuncia il diritto di ogni persona alla libertà e, al tempo stesso, alla sicurezza. Pur essendo generalmente intesa come un completamento della libertà, la giurisprudenza più recente sembra aver attribuito un significato autonomo alla nozione di sicurezza[6], ma non è chiaro se essa possa assurgere al rango di vero e proprio diritto fondamentale, visto che la sua interpretazione risulta alquanto controversa e problematica[7].

Al di là del corretto significato del termine sicurezza contenuto nell'art. 6 della Carta, vi è la preoccupazione che, in assenza criteri certi e predeterminati, l'art. 4, par. 2 TUE venga utilizzato dagli Stati in modo arbitrario, determinando così un *vulnus* per il rispetto dei diritti e delle libertà individuali. Tanto più che alcuni giudici nazionali si mostrano talvolta riluttanti ad esprimersi in merito a misure di sicurezza intraprese dai governi degli Stati membri ed applicano soglie di tolleranza molto elevate in relazione ad atti che vengono considerati di natura *lato sensu* politica.

2. Un primo ordine di problemi riguarda la nozione di sicurezza nazionale e/o pubblica e la competenza a definirla correttamente[8]. Si può ritenere che sia devoluto alla Corte di giustizia il compito di stabilire i confini entro i quali gli Stati membri sono legittimati a ricondurre una misura nazionale nella nozione di sicurezza interna. Ciò in quanto gli ambiti di competenza esclusiva degli Stati membri non sfuggono al rispetto del diritto dell'Unione in situazioni che ricadono nel suo cono d'ombra. Al riguardo trova applicazione la distinzione tradizionale tra titolarità ed esercizio delle competenze, vale a dire che la titolarità della competenza sulla sicurezza rimane in capo agli Stati membri e non può essere messa in discussione dall'Unione, ma ciò non esclude che tali Stati nell'esercizio di questa competenza loro riservata siano tenuti a rispettare alcuni vincoli stabiliti dall'Unione. È chiaro poi che assumono rilevanza l'intensità del nesso e/o del collegamento nonché la norma o principio di

[5] F. Terpan, *La CJUE et les marchés publics de défense: l'encadrement des intérêts nationaux de sécurité,* in *Revue trimestrielle de droit européen,* 2016, p. 495.

[6] Cfr. sentenza dell'8 aprile 2014, cause riunite C-293 e 594/12, *Digital Rights Ireland e Seitlinger e a.*, ECLI:EU:C:2014:238, punto 42.

[7] F. Rossi Dal Pozzo, *Art. 6 TUE*, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 104.

[8] S. Peers, *National Security and European Law*, in *Yearbook of European Law*, 1999, p. 363.

diritto dell'Unione violata o che si sovrappone con la misura nazionale, ad esempio se si tratta di un diritto o principio fondamentale[9]. A ben vedere, la questione non sembra dissimile da quella che riscontriamo con riferimento all'autonomia procedurale degli Stati, all'attribuzione della cittadinanza nazionale o alla nozione di giurisdizione nazionale ai fini del rinvio pregiudiziale, che sono nozioni definite dal diritto interno sotto il controllo della Corte di giustizia. In termini analoghi è stata impostata e risolta la questione della nozione di sicurezza nazionale. Invero, anche in questo ambito la Corte di giustizia ha definito dei criteri e dei principi che gli Stati membri sono tenuti a rispettare, finendo per circoscrivere la loro discrezionalità e, quindi, per "relativizzare" la loro autonomia.

Nondimeno, rimane un'ambiguità di fondo e una scarsa chiarezza sulla esatta qualificazione delle nozioni di sicurezza nazionale e pubblica, le quali talvolta vengono richiamate insieme, mentre altre volte isolatamente. Pur se la sicurezza nazionale e quella pubblica tendono a confondersi, si può ritenere che la prima sia una nozione prioritariamente legata allo Stato, a differenza della seconda che sembra evocare un concetto più generale[10]. Ma queste argomentazioni non le ritroviamo nella giurisprudenza della Corte di giustizia che, invece, tiene distinte le nozioni di sicurezza da quella di ordine pubblico. Quest'ultima presuppone, oltre alla perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge, l'esistenza di una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società.

Quanto alla nozione di "pubblica sicurezza", dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si ricava che tale nozione comprende il plesso di materie concernenti sia la sicurezza interna che quella esterna di uno Stato membro. La prima può essere pregiudicata da una minaccia per il funzionamento delle istituzioni e dei servizi pubblici essenziali nonché per la tranquillità e la sicurezza fisica della popolazione, mentre la seconda viene in rilievo in relazione al rischio di perturbazioni gravi dei rapporti internazionali, della coesistenza pacifica dei popoli o ancora degli interessi militari[11]. La Corte ha altresì statuito che la lotta contro il terrorismo e la criminalità legata al traffico di stupefacenti in associazione criminale sono comprese nella nozione di pubblica sicurezza[12]. Un ulteriore tassello di questo complesso mosaico è rappresentato dal riconoscimento che la tutela della sicurezza nazionale risponde non solo a un obiettivo di interesse generale, ma contribuisce anche alla tutela dei diritti e delle libertà altrui[13].

Al di là delle difficoltà insite nel chiarire la nozione di sicurezza nazionale, l'analisi della Corte si è fondata su una pluralità di indicazioni, le quali non risultano ancora del tutto esaustive. Vero è che l'assenza di una definizione unitaria di questa nozione consente un approccio flessibile alle nuove forme di rischio per la sicurezza,

---

[9] Cfr. M. E. Bartoloni, *Ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, 2018, p. 224 ss.

[10] In tal senso, l'art. 15 della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), identifica la sicurezza nazionale con quella dello Stato, distinguendola dalla sicurezza pubblica.

[11] V., in tal senso, la sentenza del 22 maggio 2012, causa C348/09, *I*, ECLI:EU:C:2012:300, punto 28.

[12] Sentenza dell'8 maggio 2018, causa C-82/16, *K.A. e a.*, ECLI:EU:C:2018:308.

[13] Sentenza del 15 febbraio 2016, causa C-601/15 PPU, *J. N.*, ECLI:EU:C:2016:84, punto 53.

lasciando a ciascuno Stato membro il compito di valutare, alla luce della propria scala dei valori, gli interessi da tutelare. Resta ferma l'esigenza di sottoporre il comportamento degli Stati membri allo scrutinio della Corte di giustizia per evitare che la loro discrezionalità in materia di sicurezza si traduca in una violazione dei diritti e delle libertà fondamentali. In particolare, gli interessi degli Stati possono entrare in conflitto con i diritti fondamentali sanciti dalla Carta, quali, ad esempio, il rispetto della vita privata e familiare (art. 7), la protezione dei dati di carattere personale (art. 8), la libertà di espressione (art. 11). E le frizioni si possono manifestare anche con diritti fondamentali di carattere assoluto, quali la dignità umana (art. 1) e il divieto di trattamenti disumani e degradanti (art. 4), che non possono subire alcuna restrizione neppure in caso di guerra o di altro pericolo che minacci la vita dell'Unione o dei suoi Stati membri.

3. Un ambito nel quale si è costantemente posto il problema della sicurezza nazionale è quello della libertà di circolazione delle persone e dei fattori di produzione. La Corte di giustizia ha costantemente interpretato in modo restrittivo le deroghe alla libera circolazione, ivi comprese quelle dettate da motivi di ordine pubblico e sicurezza pubblica[14]. Va qui precisato che queste due deroghe sono formalmente distinte, ma vengono generalmente considerate in modo unitario dalla giurisprudenza dell'Unione, in quanto è evidente la loro connessione.

Secondo le coordinate interpretative della Corte di giustizia, gli Stati membri restano sostanzialmente liberi di determinare, conformemente alle loro necessità nazionali – che possono variare da uno Stato membro all'altro e da un'epoca all'altra – le regole di ordine pubblico e pubblica sicurezza, specie laddove autorizzino una deroga al principio fondamentale della libera circolazione delle persone, ma la loro portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione.

Le misure fondate su motivi di ordine pubblico o pubblica sicurezza devono essere adottate esclusivamente quando risulta, sulla base di una valutazione caso per caso da parte delle autorità nazionali competenti, che il comportamento individuale del soggetto in questione rappresenti realmente una minaccia effettiva e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società.

Le disposizioni di diritto dell'Unione sulla tutela degli interessi essenziali di sicurezza nazionale non possono essere interpretate nel senso di conferire agli Stati membri il potere di derogare agli obblighi di diritto dell'Unione su di essi gravanti mediante un mero richiamo a tali interessi. Grava invece sugli Stati membri l'onere di provare in maniera circostanziata quali interessi di sicurezza nazionale siano nello specifico coinvolti e in che misura l'adempimento di determinati obblighi di diritto dell'Unione contrasterebbe con essi. Così, lo Stato membro che invoca il beneficio delle deroghe in parola deve dimostrare la necessità di farvi ricorso per tutelare gli interessi essenziali ai fini della propria sicurezza.

[14] A. Alì, *Divieto di ingresso ed espulsione dello straniero dal territorio dello Stato per motivi di terrorismo: la sicurezza nazionale nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in F. Cortese, G. Pelacani, (a cura di), *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Trento, 2017, p. 519.

In sostanza, è opportuno, in considerazione della gravità della minaccia riscontrata e in funzione del grado di coercizione della misura preventiva adottata, ponderare di volta in volta l'intensità della deroga in rapporto alla gravità del pericolo.

Con specifico riferimento allo Stato italiano, è stato accertato il suo inadempimento agli obblighi imposti dal diritto dell'Unione per aver unilateralmente esentato da dazi doganali l'importazione di materiali utilizzabili a fini tanto civili che militari e per aver rifiutato di calcolare e versare le risorse proprie indebitamente non percepite a causa di tale esenzione[15]. Questa sentenza rappresenta un esempio paradigmatico del fatto che spetta agli Stati membri "stabilire le misure adeguate per garantire la loro sicurezza interna ed esterna, adottare le decisioni relative all'organizzazione delle loro forze armate", ma ciò non significa che "siffatte decisioni debbano esulare del tutto dall'ambito di applicazione del diritto comunitario"[16]. Ed invero, il riconoscimento in favore degli Stati membri di una riserva assoluta e generale per qualsiasi provvedimento adottato per motivi di pubblica sicurezza, prescindendo dai presupposti specifici stabiliti dai Trattati, rischierebbe di compromettere la forza cogente e l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione[17]. Queste affermazioni di principio sono rimaste invariate successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e sono state ribadite anche in relazione alle misure di allontanamento e al diniego di ingresso e, più in generale, in tema di immigrazione[18].

La questione si è posta, ad esempio, con specifico riferimento ad uno Stato che invoca esigenze di sicurezza per rifiutarsi di comunicare ad un cittadino dell'Unione i motivi alla base dell'adozione di una misura di allontanamento nei suoi confronti. La Corte ha chiarito che si violerebbe il diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva se si ponessero a base di una decisione giudiziaria circostanze e documenti di cui le parti stesse (o una di esse) non abbiano avuto conoscenza e sui quali non abbiano, conseguentemente, potuto esprimersi. Nel contempo, il giudice lussemburghese ha riconosciuto che vi possono essere delle ipotesi eccezionali che legittimano un'autorità nazionale ad opporsi alla comunicazione all'interessato della motivazione circostanziata e completa alla base di una decisione adottata a norma di una direttiva, invocando ragioni attinenti alla sicurezza dello Stato. In tali ipotesi, tuttavia, il giudice competente dello Stato membro interessato deve essere in grado di conciliare le legittime preoccupazioni di sicurezza dello Stato, quanto alla natura e alle fonti di informazione prese in considerazione nell'adottare la decisione di cui trattasi, con la necessità di garantire adeguatamente al soggetto interessato il rispetto dei suoi diritti processuali, quali il diritto di esporre la propria difesa e il principio del contraddittorio.

La Corte di giustizia è stata chiamata recentemente a pronunciarsi in merito all'art. 346 TFUE in relazione all'affidamento diretto ed esclusivo ad un'impresa, soggetto prima pubblico e poi privatizzato, della produzione di documenti ufficiali, quali ad esempio. passaporti, carte d'identità. La sentenza si pone in linea di con-

[15] Sentenza del 15 dicembre 2009, causa C-387/05, *Commissione/Italia*, ECLI:EU:C:2009:781, punto 45.

[16] Sentenza del 26 ottobre 1999, causa C-273/97, *Sirdar*, ECLI:EU:C:1999:523, punto 15; dell'11 gennaio 2000, causa C-285/98, *Kreil*, ECLI:EU:C:2000:2, punto 15.

[17] Sentenza dell'11 marzo 2003, causa C-186/01, *Dory*, ECLI:EU:C:2003:146, punto 31 e giurisprudenza ivi citata.

[18] Sentenza del 4 giugno 2013, causa C-300/11, *ZZ*, ECLI:EU:C:2013:363, punto 38.

tinuità con la giurisprudenza restrittiva dell'Unione, se si considera che la Corte ha escluso che le misure di sicurezza, segnatamente l'esigenza di garantire la autenticità dei documenti ufficiali e la lotta contro i tentativi di contraffazione, possano giustificare l'esenzione dalle procedure concorsuali per l'aggiudicazione degli appalti relativi alla produzione dei suddetti documenti[19].

Pertanto, rappresenta un punto fermo nella giurisprudenza della Corte del Lussemburgo il principio secondo cui non è sufficiente invocare le ragioni di Stato a tutela degli interessi della comunità nazionale per sottrarsi all'applicazione del diritto dell'Unione, giacché è richiesto uno standard probatorio piuttosto elevato, che consiste nel dimostrare la minaccia effettiva e sufficientemente grave per l'integrità nazionale[20]. Un *caveat* è però d'obbligo per impedire un utilizzo improprio delle deroghe alle regole generali: motivi di pubblica sicurezza (e di ordine pubblico) non possono essere invocati per l'esigenza di prevenire la contrazione del gettito fiscale[21], né, più in generale, per ragioni economiche[22], le quali non giustificano una restrizione alle libertà fondamentali.

4. Particolari criticità che hanno attirato l'attenzione della dottrina si sono recentemente manifestate nel campo della riservatezza dei dati personali, considerato che la loro tutela deve essere contemperata con le esigenze di sicurezza nazionale[23].

La tensione tra queste diverse esigenze è alla base della nota sentenza *Schrems*[24], che ha posto in discussione il sistema statunitense e le regole imposte dalla decisione di adeguatezza (c.d. approdo sicuro) adottata dalla Commissione europea al fine di permettere i trasferimenti dei dati dell'Unione verso un sistema, come quello statunitense, privo di una legge generale sulla protezione dei dati.

Questa decisione non ha superato il *test* di proporzionalità e di necessità, poiché un sistema che consente l'accesso generalizzato, continuo e indiscriminato per motivi di sicurezza nazionale è contrario alla tutela della *privacy*. Ad avviso del giudice dell'Unione, devono essere previsti limiti e condizioni chiare, precise e prevedibili nell'accesso e nell'uso dei dati personali da parte delle autorità di intelligence e delle altre autorità nonché rimedi processuali effettivi per opporsi all'utilizzo abusivo di questi dati.

---

19 Sentenza del 20 marzo 2018, causa C-187/16, *Commissione/Austria*, ECLI:EU:C:2018:194.

20 V., in tal senso, la sentenza dell'8 aprile 2008, C337/05, *Commissione/Italia*, ECLI:EU:C:2008:203, punto 42 e giurisprudenza ivi citata.

21 Sentenza del 27 gennaio 2009, causa C–318/07, *Persche*, ECLI:EU:C:2009:33, punto 46.

22 Le motivazioni economiche non costituiscono esigenze imperative di interesse generale che possano essere fatte valere per giustificare una restrizione alle libertà fondamentali (sentenza del 30 giugno 2011, causa C-212/08, *Zeturf*, ECLI:EU:C:2011:437, punto 52).

23 S. Crespi, *Sicurezza nazionale e diritti fondamentali alla luce della giurisprudenza UE in materia di tutela dei dati personali*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 5, 2017, p. 983 ss.; M. Orofino, *Diritto alla protezione dei dati personali e sicurezza: osservazioni critiche su una presunta contrapposizione*, in *La rivista di diritto dei media*, 2018, p. 23.

24 Sentenza del 6 ottobre 2015, causa C-362/14, *Schrems*, ECLI:EU:C:2015:650. Cfr. S. Peyrou, *La Cour de justice de l'Union européenne, à l'avant-garde de la défense des droits numériques*, in *Journal de droit européen*, 2015, p. 395; L. Azoulai, M. van der Sluis, *Institutionalizing Personal Data Protection in Times of Global Institutional Sistrust: Schrems*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 1343 ss.; M. Nino, *Le prospettive internazionali ed europee della tutela della privacy e dei dati personali dopo la decisione Schrems della Corte di giustizia UE*, in *Diritto dell'Unione europea*, n. 4, 2016, p. 755.

È chiaro che questi limiti e condizioni relativi al trasferimento dei dati al di fuori dell'Unione europea si estendono anche agli Stati membri, in quanto risulterebbe contraddittorio e irragionevole richiedere obblighi alle autorità degli Stati terzi e non a quelle degli Stati membri[25]. Tanto più che questi obblighi sono stati coerentemente richiesti anche alle istituzioni dell'Unione nell'adozione di atti in materia di terrorismo che, evidentemente, coinvolgono la sicurezza nazionale. Basti pensare, ad esempio, alla giurisprudenza *Kadi*[26], la quale ha messo in chiara evidenza che i regolamenti dell'Unione che danno attuazione alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza non possono beneficiare di una immunità giurisdizionale. Nell'ambito di quella che viene definita un'Unione di diritto il controllo giurisdizionale di qualsiasi atto dell'Unione assume una valenza di garanzia costituzionale.

Nel contempo, vengono in rilievo le garanzie previste per i singoli diritti della Carta di Nizza e la clausola limitativa generale dell'art. 52 in base alla quale eventuali restrizioni dei diritti e delle libertà garantite dalla Carta devono essere previste dalla legge, rispettare il contenuto essenziale di tali diritti nonché, in conformità al principio di proporzionalità, risultare necessarie e rispondenti effettivamente a finalità di interesse generale dell'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

L'art. 52 ed altri articoli della Carta hanno trovato applicazione nelle sentenze *Digital Rights* e *Tele2 (Watson)*, nelle quali la Corte ha essenzialmente imposto dei limiti analoghi a quelli della sentenza *Schrems*, segnatamente, il rispetto dei principi di proporzionalità e necessità[27]. Nell'arresto *Digital Rights* la Corte del *Kirchberg* ha sottolineato la gravità dell'ingerenza nei diritti fondamentali discendente dalla direttiva 2006/24, che "riguarda in maniera generale qualsiasi persona e qualsiasi mezzo di comunicazione elettronica nonché l'insieme dei dati relativi al traffico senza alcuna distinzione, limitazione o eccezione a seconda dell'obiettivo di lotta contro i reati gravi"[28]. La Corte di giustizia si è pronunciata anche sull'altro limite contenuto nell'art. 52, par. 1, della Carta, che impone di salvaguardare il contenuto essenziale dei diritti fondamentali della Carta. Questo obbligo, eloquentemente definito come un "limite dei limiti"[29], trova applicazione in relazione non solo al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, ma a qualsiasi possibile restrizione all'esercizio dei diritti fondamentali. A tal proposito, la Corte dell'Unione ha escluso che la direttiva 2006/24 sia idonea a pregiudicare il contenuto essenziale del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali, considerato che essa obbliga i fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di una rete pubblica di comunicazione a rispettare taluni principi di protezione e di sicurezza dei

[25] Cfr. C. Kruner, *Reality and Illusion in EU Data Transfer Regulation Post Schrems*, in *German Law Journal*, 2017, p. 881.

[26] Sentenza del Tribunale del 30 settembre 2010, causa T-85/09, *Kadi/Commissione*, ECLI:EU:T:2010:418; sentenza del 18 giugno 2013, cause riunite C-584, 593 e 595/10 P, *Commissione e a./Kadi*, ECLI:EU:C:2013:518.

[27] Cfr. S. Crespi, *The Applicability of Schrems Principles to the Member States: National Security and Data Protection within the EU Context*, in *European Law Review,* 2018, 43(5), p. 669.

[28] Sentenza *Digital Rights Ireland e Seitlinger e a.*, cit., punto 57.

[29] I. De Otto, *La regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución, Obras Completas*, Oviedo, 2010, 1471. V. anche P. Manzini, *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione europea, problemi interpretativi posti dall'art. 52*, in L.S. Rossi (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002, p. 127.

dati, che assicurano l'adozione di adeguate misure tecniche e organizzative contro la distruzione accidentale o illecita, la perdita o l'alterazione accidentale dei dati[30].

Sulla stessa scia si colloca la successiva sentenza *Tele 2,* nella quale il giudice lussemburghese ha messo in risalto che deve sussistere un collegamento tra i dati da conservare e l'obiettivo perseguito della lotta alla criminalità grave (criminalità organizzata e terrorismo)[31]. La limitazione della riservatezza deve rispondere a criteri oggettivi e deve essere interpretata in modo restrittivo, evitando che la vita delle persone costituisca l'oggetto di una sorveglianza continua.

Vero è che bisogna fare i conti con il terrorismo e con la difficoltà di indentificare le potenziali minacce messe in atto da individui che non sono soggetti ad indagini. Per tale motivo occorre distinguere, sebbene il *discrimen* non risulti sempre agevole, i dati personali trattati direttamente nell'ambito delle attività di natura sovrana dello Stato in un settore rientrante nel diritto penale, quali i dati trattati dalle autorità di polizia o giudiziarie al fine di ricercare gli autori di reati (ad esempio, i dati raccolti e analizzati durante un'intercettazione di conversazioni telefoniche effettuata da agenti di polizia su richiesta di un giudice istruttore), dai dati utilizzati nell'ambito delle attività di natura commerciale.

Con riferimento a quest'ultimo profilo, diverse direttive sulle comunicazioni elettroniche prevedono un elenco tassativo degli obiettivi che possono giustificare deroghe alla riservatezza dei dati personali, in quanto l'accesso delle autorità pubbliche ai dati conservati dai fornitori dei servizi di comunicazioni elettroniche costituisce un'ingerenza nei diritti fondamentali al rispetto della vita privata (art. 7 della Carta) e alla protezione dei dati personali (art. 8 della Carta)[32].

Per quanto concerne invece le attività sovrane dello Stato, soltanto la lotta contro la criminalità organizzata o il terrorismo legittimano un accesso ai dati personali tale da consentire di trarre conclusioni precise sulla vita delle persone, sicché viene naturale domandarsi quale ingerenza sia possibile per i reati meno gravi.

La giurisprudenza della Corte di giustizia finora esaminata fornisce una risposta a questo interrogativo nel senso che quanto più grave è il reato tanto maggiore può essere l'ingerenza nei diritti fondamentali e viceversa. Invero, è stata utilizzata la nozione di gravità quale criterio di verifica della finalità e della proporzionalità della misura di sicurezza.

Un ulteriore chiarimento è stato fornito dalla sentenza della Corte di giustizia resa nella causa *Ministerio Fiscal,* che non riguarda una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati, bensì un accesso da parte delle autorità competenti per

30 Sentenza *Digital Rights*, cit. punto 40.

31 Sentenza del 21 dicembre 2016, causa C-203/15, *Tele2 Sverige*, ECLI:EU:C:2016:970. Cfr. X. Bréchot, *Clap de fin pour la conservation généralisée des données de connexion en Europe?*, in *Revue de l'Union européenne*, 2017, p. 178.

32 V., ad esempio, la direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002. La Corte ha affermato in proposito che "[p]er quanto riguarda gli obiettivi idonei a giustificare una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che disciplina l'accesso delle autorità pubbliche ai dati conservati dai fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche e che derogano pertanto al principio della riservatezza delle comunicazioni elettroniche, occorre ricordare che l'elenco degli obiettivi di cui all'articolo 15, paragrafo 1, primo periodo, della direttiva 2002/58 ha carattere tassativo, di modo che tale accesso deve rispondere in modo effettivo e rigoroso ad uno di questi obiettivi" (sentenza del 2 ottobre 2018, causa C-207/16, *Ministerio Fiscal*, ECLI:EU:C:2018:788, punto 52).

le esigenze di un'indagine penale[33]. Sennonché, la Corte ha evidenziato che un'ingerenza non grave può essere giustificata da un obiettivo di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di un reato in generale, come può essere una rapina. L'accesso delle autorità pubbliche ai dati che mirano all'identificazione dei titolari di carte *sim* attivate con un cellulare rubato (cognome, nome, indirizzo) comporta un'ingerenza nei diritti fondamentali che non presenta una tale gravità da doverne limitare l'accesso. Questa sentenza non ha sentito l'esigenza di definire il significato di "reato grave" viste le notevoli differenze tuttora esistenti tra i sistemi penali nazionali, ritenendo verosimilmente che sia devoluto agli Stati membri il compito di determinare questa nozione, sia pure sotto il controllo della Corte di giustizia al fine di evitare che sia intesa in modo eccessivamente ampio[34].

È il caso di aggiungere che i principi elaborati dalla giurisprudenza in merito al rapporto tra diritto dell'Unione e sicurezza nazionale non sono stati ancora "metabolizzati" da alcuni Stati. Lo dimostra il fatto che pende dinanzi alla Corte di giustizia una causa pregiudiziale che riguarda la raccolta di dati di comunicazione di massa da parte delle agenzie di sicurezza e di intelligence del Regno Unito, i cui giudici, pur avvicinandosi la *Brexit*, hanno ritenuto necessario rivolgersi alla Corte per chiarire su quali basi il diritto dell'Unione possa applicarsi ai servizi di sicurezza nazionale[35].

Ad avviso del giudice, la controversia presenterebbe delle differenze significative rispetto al contesto delle cause che hanno dato origine alla sentenza *Tele 2*. In quest'ultima si trattava dell'obbligo imposto ad un operatore pubblico delle telecomunicazioni di conservare i dati commerciali e, in caso di necessità, di metterli a disposizione delle autorità di intelligence e di sicurezza. Nel caso *Privacy International,* invece, viene in rilievo la normativa nazionale che impone agli operatori di trasmettere i dati delle comunicazioni alle agenzie di intelligence affinché questi dati siano sotto la loro custodia. Le autorità pubbliche chiedono di non applicare i principi espressi in via pretoria, in particolare quelli contenuti nella sentenza *Tele2*, poiché sostengono che questo trasferimento dei dati per proteggere la sicurezza nazionale sia un'attività esclusa dall'ambito di applicazione dell'Unione ai sensi dell'art. 4 TUE (e dell'art. 1, par. 3, della direttiva 2002/58/CE). Ciò nonostante, è difficilmente ipotizzabile che la Corte di giustizia possa discostarsi dal suo orientamento ormai consolidato a tutela di un contemperamento equilibrato tra i valori fondamentali dell'Unione e le politiche securitarie degli Stati.

5. Da quanto evidenziato si ricava che la sicurezza nazionale e il diritto dell'Unione non possono essere considerati in modo autonomo e distinto, giacché spesso sono strettamente connessi e talvolta entrano anche in conflitto.

L'analisi finora condotta potrebbe essere estesa al tema della difesa degli interessi strategici degli Stati membri, visto che l'acquisizione di imprese nazionali da parte di imprese straniere, specie se controllate da Stati terzi, può incidere sulla sicurezza e l'ordine pubblico. Ad esempio, la sicurezza pubblica rientra nell'ambito degli inte-

[33] Sentenza *Ministerio Fiscal*, sopra citata.

[34] In tal senso, v. le conclusioni dell'Avvocato generale Henrik Saugmandsgaard Øe, del 3 maggio 2018, causa C-207/16, *Ministerio Fiscal*, ECLI:EU:C:2018:300.

[35] Causa C-623/17, *Privacy International/Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs e a.*. V. anche la causa C-520/18, *Ordre des barreaux francophones e germanophone e a.*, che si trova pure *sub judice* dinanzi alla Corte di giustizia.

ressi generali che giustificano le interferenze degli Stati membri nella competenza della Commissione sul controllo delle concentrazioni. Per la precisione, la normativa dell'Unione consente ai Paesi dell'Unione di adottare gli opportuni provvedimenti per tutelare la sicurezza pubblica, purché siano compatibili con i principi generali e le altre disposizioni dell'Unione[36]. Per tale motivo il governo inglese ha impedito la comunicazione alla Commissione delle informazioni di una concentrazione concernenti le attività di un'impresa costruttrice di sottomarini atomici[37].

È chiaro che uno Stato membro non può fare ricorso al principio di reciprocità né, più in generale, può farsi giustizia da sé, adottando misure unilaterali di carattere correttivo o di difesa, in quanto è necessario fare affidamento sui rimedi, giurisdizionali e non giurisdizionali, messi a disposizione dal diritto dell'Unione per contestare l'inadempimento degli altri Paesi agli obblighi dell'Unione[38].

Gli Stati membri hanno, invece, una maggiore libertà di azione nei confronti di Stati terzi, visto che i vincoli e gli obblighi discendenti dal diritto dell'Unione sono più deboli di quelli che invece sussistono nei rapporti con altri Stati membri. Ed è per questo che diversi Paesi dell'Unione hanno adottato misure particolarmente restrittive in relazione agli investimenti di Stati terzi, anche mediante i c.d. fondi sovrani, per l'acquisizione di imprese nazionali, in quanto queste attività possono avere delle conseguenze negative per l'ordine e la sicurezza pubblica[39]. In effetti, l'esimente per motivi di sicurezza nazionale può trovare piena applicazione nei confronti di soggetti non appartenenti a Paesi dell'Unione europea, a condizione che siano rispettate le previsioni contenute nei Trattati internazionali, in specifiche convenzioni cui lo Stato che solleva l'eccezione aderisce o in atti dell'Unione. Si noti, in particolare, che l'applicazione delle misure di sicurezza relative agli investimenti di Stati terzi può risultare necessaria per tutelare esigenze di interesse generale tanto degli Stati membri quanto dell'Unione nel suo insieme.

In questa prospettiva e con specifico riferimento agli investimenti esteri diretti che possono incidere sulla sicurezza e sull'ordine pubblico, è stato recentemente adottato il regolamento 2019/452[40], che ha istituito un meccanismo di cooperazione e di assistenza reciproca tra gli Stati membri, con il coinvolgimento della Commissione europea[41]. Ciò si traduce in un'evoluzione della *governance* degli investimenti esteri che possono mettere a repentaglio la sicurezza e l'ordine pubblico. Tuttavia, il quadro comune degli investimenti esteri diretti istituito dal nuovo rego-

[36] Art. 21, par. 4, del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese. Cfr. sentenza del 22 giugno 2004, causa C-42/01, *Repubblica portoghese/Italia*, ECLI:EU:C:2004:379.

[37] Decisione 5 dicembre 1994, COMP/M.529, *GEC/VSEL*. Cfr. A. Frignani, S. Bariatti (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella UE*, Padova, 2012, p. 401.

[38] Sentenza del 26 febbraio 1976, causa C-52/75, *Commissione/Italia*, ECLI:EU:C:1976:29, punto 11; sentenza del 2 febbraio 1989, causa C-186/87, C*owan*, ECLI:EU:C:1989:47, punto 12 e ss.

[39] R. Magliano, *Tutela degli interessi strategici e controllo degli investimenti esteri diretti: la proposta di regolamento delle istituzioni europee*, in *Diritto del commercio internazionale*, n. 3, 2018, p. 699 ss.

[40] Cfr. regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione.

[41] Il nostro Paese prevede già l'esercizio di poteri speciali da parte del Governo (c.d. *golden power*) in relazione alle operazioni che riguardano i settori della difesa e della sicurezza nazionale nonché taluni ambiti di attività definiti di rilevanza strategica (energia, trasporti e comunicazioni). La disciplina nazionale del *golden power* dovrà ora conformarsi alle prescrizioni dettate dal regolamento 2019/452.

lamento non pregiudica la responsabilità esclusiva degli Stati membri per quanto riguarda la tutela della loro sicurezza nazionale, secondo quanto previsto dall'art. 4, par. 2, TUE, né "il diritto degli Stati membri di tutelare gli interessi essenziali della propria sicurezza conformemente all'articolo 346 TFUE" (art. 1, par. 2, regolamento 2019/452), così come non viene meno "il diritto di ciascuno Stato membro di decidere se controllare o meno un particolare investimento estero diretto nel quadro del presente regolamento" (art. 1, par. 3, regolamento 2019/452).

Questa breve parentesi sulla difesa di settori strategici minacciati dagli investimenti esteri rappresenta un'ulteriore dimostrazione dell'ampiezza e della pervasività del tema della sicurezza nonché della difficoltà di definirne con precisione i confini.

6. In presenza di una questione puramente interna priva di collegamento con il diritto dell'Unione, i soggetti interessati non rimarrebbero senza tutela per difendersi dalle ingiustificate misure restrittive adottate dagli Stati membri.

In primo luogo, potrebbe venire in rilievo in casi eccezionali l'art. 7 TUE, il cui ambito di applicazione è più ampio di quello del ricorso per infrazione, poiché non è limitato al diritto dell'Unione, bensì si estende anche ai settori di autonoma competenza di un Paese membro, purché lo Stato di diritto e i valori dell'art. 2 TUE siano in pericolo. Vale a dire che l'art. 7 TUE potrebbe essere preso in considerazione, almeno in linea di principio, per ristabilire nelle questioni puramente interne un giusto equilibrio tra esigenze securitarie e tutela dei valori fondamentali.

Nondimeno, la procedura prevista dall'art. 7 TUE non è nella disponibilità dei singoli, persone fisiche e giuridiche, in quanto è attivata su proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo e della Commissione. Peraltro, sono ben noti i limiti di questo articolo, che finora si è rilevato poco efficace e non facilmente utilizzabile, in considerazione della complessità della procedura, della sua natura essenzialmente politica e delle elevate maggioranze richieste in seno al Consiglio e al Consiglio europeo. Parimenti, non ha dato i suoi frutti la Comunicazione dell'11 marzo 2014[42], che si colloca nell'ambito del nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto e si propone di adottare lo strumento, alquanto blando, della persuasione politica. Analoghi limiti presenta l'iniziativa in materia di "democrazia, Stato di diritto, diritti fondamentali", che trae origine da una risoluzione del Parlamento europeo e contiene una raccomandazione alla Commissione per la conclusione di un accordo interistituzionale tra Parlamento

[42] Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio dell'11 marzo 2014, "Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto", COM(2014)158 def. Cfr. G. Caggiano, *Dialogo sullo stato di diritto negli Stati membri dell'Unione europea*, in E. Triggiani, F. Cherubini, I. Ingravallo, E. Nalin, R. Virzo (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 513 ss.; R. Mastroianni, *Stato di diritto o ragion di Stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell'Unione negli Stati membri*, in *Eurojus.it*, 2017; C. Curti Gialdino, *Il Parlamento attiva l'art. 7 par. 1 TUE nei confronti dell'Ungheria: quando, per tutelare lo "Stato di diritto", si viola la regola di diritto*, in *Federalismi.it*, n. 18, 2018; P. Mori, *Il rispetto dello Stato di diritto: "affari interni" o questione europea? I nuovi meccanismi di controllo dell'Unione alla prova della Polonia*, in *Federalismi.it*, n. 25, 2017; A. Circolo, *Il rispetto dei valori fondanti dell'Unione e l'attivazione della procedura di controllo alla luce delle recenti vicende di Polonia e Ungheria*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo online*, n. 1, 2019, p. 19 ss.; A.Von Bogdandy, M. Ioannadis, *Systemic Deficiency in the Rule of Law: What It Is, What Has Been Done, What Can Be Done*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 59 ss.

europeo, Consiglio e Commissione, finalizzato all'adozione di procedure di monitoraggio sul rispetto dei valori fondamentali dell'Unione sanciti dall'art. 2 TUE[43].

Ben più efficaci sono le misure contemplate nella "proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri"[44], che comprendono la sospensione e la riduzione dei finanziamenti dell'Unione o il divieto della conclusione di nuovi impegni con categorie specifiche di destinatari. Una delle novità più significative di questa proposta per facilitare l'adozione dei provvedimenti sanzionatori è rappresentata dal ricorso al sistema del voto a maggioranza qualificata inversa, che consiste nel fatto che la decisione della Commissione si considera adottata dal Consiglio, a meno che quest'ultimo decida, a maggioranza qualificata, di respingerla. Sta di fatto che non sarà di certo agevole portare a compimento questa interessante riforma, considerato che gli Stati hanno finora manifestato posizioni diverse tra loro.

In secondo luogo, in presenza di una questione puramente interna gli Stati membri dovrebbero comunque conformarsi, oltre alle norme costituzionali, ai limiti convenzionali, i quali impediscono una "corsa al ribasso" nella tutela dei diritti fondamentali.

Vi sono diversi strumenti a livello internazionale che circoscrivono il raggio d'azione delle politiche nazionali sulla sorveglianza di massa e sul controllo dell'integrità nazionale, ma è nell'ambito della CEDU che si rinvengono principi analoghi a quelli elaborati dalla Corte di giustizia. Anzi, spesso le due Corti europee vengono chiamate a pronunciarsi sulle medesime problematiche inerenti all'esigenza di una ponderazione tra la preoccupazione legittima di preservare la sicurezza pubblica e quella, non meno fondamentale, che chiunque possa godere di un livello elevato di protezione della sua vita privata e dei propri dati.

Tanto premesso, le spiegazioni della Carta chiariscono che i diritti di libertà e sicurezza di cui all'articolo 6 della Carta corrispondono a quelli garantiti dall'articolo 5 della CEDU, del quale, ai sensi dell'art. 52, par. 3, della Carta, hanno pari significato e portata. In realtà, la consolidata giurisprudenza della Corte EDU ha interpretato in modo unitario libertà e sicurezza ritenendo quest'ultima strumentale alla prima[45], a differenza della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia che ha iniziato a considerare in modo autonomo il concetto di sicurezza[46]. A prescindere dal concetto di sicurezza e dal suo rapporto con la libertà, la Corte EDU ha escluso che gli Stati abbiano "carta bianca", in relazione all'articolo 5 della CEDU, per arrestare e mettere in stato di fermo dei sospettati, in assenza di controllo effettivo da parte

[43] Risoluzione del Parlamento europeo, del 25 ottobre 2016, recante raccomandazioni alla Commissione sull'istituzione di un meccanismo dell'UE in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali, 2015/2254(INL).

[44] Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri, del 2 maggio 2018, COM(2018)324 def.

[45] M. Gialuz, P. Spagnolo, *Art. 5 CEDU*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 107 ss.

[46] Sentenza *Digital Rights Ireland e Seitlinger e a.*, cit., punto 42.

dei tribunali interni[47], pur riconoscendo che i reati di terrorismo sollevano dinanzi alle autorità nazionali dei problemi complessi da risolvere[48].

Più in generale, la giurisprudenza della Corte EDU ha messo in risalto il corretto bilanciamento che deve sussistere tra la sicurezza nazionale e la tutela dei diritti fondamentali delle persone, ponendo una particolare enfasi sul rispetto del principio di proporzionalità. Quando il diritto invocato ai sensi della CEDU non è assoluto, ma è soggetto a limitazioni espressamente sancite dalla Convenzione o definite dalla giurisprudenza della Corte EDU, si pone la questione di valutare correttamente la proporzionalità dell'ingerenza. L'ulteriore insegnamento che si ricava dalla giurisprudenza della Corte EDU è che le misure restrittive adottate in nome delle esigenze di sicurezza pubblica (e di ordine pubblico) non possono andare oltre ciò che è necessario per il soddisfacimento di tali esigenze in una società democratica[49]. A fronte di una copiosa giurisprudenza, ci limitiamo a segnalare, senza alcuna pretesa di completezza e di approfondimento, alcune sentenze che si sono soffermate sui criteri da applicare per giudicare se una misura nazionale sia necessaria in una società democratica e proporzionata allo scopo di proteggere la sicurezza nazionale.

Eloquenti al riguardo sono le sentenze *Zakharov c. Russia* e *Szabò e Vissy c. Ungheria*, con le quali la Corte di Strasburgo ha condannato il governo russo e quello ungherese che avevano violato l'art. 8 della CEDU per ragioni di sicurezza, non stabilendo alcun limite alle intercettazioni e alla procedura da seguire, non indicando i casi in cui le autorità fossero obbligate a distruggere i dati e non prevedendo una autorità giurisdizionale indipendente per accertare le violazioni[50]. In particolare, la Corte di giustizia ha richiamato più volte la sentenza della Corte EDU *Zakharov*[51], che ha giudicato ragionevole la durata massima di conservazione dei dati, pari a sei mesi, stabilita dal diritto russo, ma ha considerato non giustificata, alla luce dell'art. 8 CEDU, l'assenza di un obbligo di distruggere immediatamente i dati privi di interesse e senza alcuna relazione con lo scopo per il quale sono stati raccolti.

Inoltre, ha avuto grande eco il c.d. "*Datagate*", nato dalle rivelazioni di un *ex* consulente della *National Security Agency* americana in merito all'esistenza e al funzionamento di programmi di sorveglianza di massa condotti dal governo statunitense e da alcuni Stati europei, che ha messo in discussione il sistema di intercettazioni disposto dalle autorità britanniche[52]. La Corte EDU ha riconosciuto che le intercettazioni di massa non sono di per sé contrarie all'art. 8 CEDU, in ragione delle esigenze di sicurezza nazionale, così come ha legittimato il regime di condivisione dei dati di *intelligence* tra il Regno Unito e altri Stati. La Corte EDU ha condannato, invece, l'assenza di supervisione da parte di un organo indipendente in merito all'utilizzo dei filtri e dei criteri di ricerca delle comunicazioni da intercettare, e la mancanza di una protezione efficace contro il rischio di abusi.

---

47 Corte EDU, 12 marzo 2003, *Ocalan c. Turchia*, ricorso n. 46221/99.

48 Corte EDU, 28 ottobre 1994, *Murray c. Royaume-Uni*, ricorso n. 14310/88, § 58.

49 I. Cameron, *National Security and the European Convention of Human Rights*, The Hague, 2000; V. Militiello, A. Spena (a cura di), *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche,* Torino, 2018.

50 Corte EDU, *Roman Zakharov c. Russia*, 4 dicembre 2015, ricorso n. 47143/06; *Szabo e Vissy c. Ungheria*, 12 gennaio 2016, ricorso n. 37138/14.

51 Corte EDU, *Roman Zakharov c. Russia*, cit., §§ 254 e 255.

52 Corte EDU, 13 settembre 2018, *Big Brother Watch e altri v. Regno Unito*, ricorsi nn. 58170/13, 62322/14 e 24960/15.

Vale la pena di ricordare, infine, la sentenza *Cherif*, che appare particolarmente sensibile alla necessità di assicurare la tutela contro la minaccia terroristica, nella parte in cui afferma, ai fini della valutazione della legittimità di un provvedimento nazionale di espulsione ai sensi dell'art. 8 CEDU, che il percorso delinquenziale di uno straniero può essere di gravità tale che "le esigenze di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale hanno la meglio sugli interessi della famiglia"[53].

7. In conclusione, possiamo fare qualche riflessione sulla questione centrale delle possibili implicazioni delle misure nazionali in tema di sicurezza sui diritti umani. Difatti, in un quadro di legittime preoccupazioni, è stata ipotizzata una rivisitazione delle concettualizzazioni tradizionalmente utilizzate nell'ambito delle discipline penalistiche alla luce di un mutato rapporto tra esigenze di sicurezza degli Stati e tutela dei diritti individuali, al fine di consentire a uno Stato di approntare, contro la minaccia terroristica, strumenti giuridici di contrasto non soltanto eccezionali, ma anche estranei alla ordinaria tutela penale. Ci si interroga, cioè, fino a quale punto un ordinamento giuridico possa continuare a riconoscere determinati diritti ai terroristi, se ciò comporta una diminuzione della risposta preventiva e repressiva di sicurezza. Una problematica che, specialmente negli Stati Uniti, dopo gli eventi dell'11 settembre 2001, e in Francia, dopo gli ultimi attentati, ha portato ad un irrigidimento delle misure di sicurezza in alcuni Paesi, con conseguente restringimento di alcuni diritti costituzionali, se non in via legislativa quantomeno in chiave interpretativa. Un cambiamento che ha iniziato ad intravedersi anche nel nostro Paese, con l'adozione del decreto-legge del 4 ottobre 2018, n. 113 (c.d. Decreto sicurezza) e del decreto-legge del 14 giugno 2019, n. 53 (c.d. Decreto sicurezza *bis*), che contengono misure restrittive alquanto eterogenee e perseguono differenti finalità, pur essendo nominalmente ispirate dall'esigenza comune di tutelare l'ordine e la sicurezza pubblica[54].

È chiaro che la nozione di sicurezza nelle sue varie declinazioni e le priorità stabilite da ciascun ordinamento nazionale possono evolversi nel tempo e tener conto del cambiamento della criminalità nonché delle trasformazioni della società e delle nuove esigenze nazionali. Tuttavia, nei confronti di pericolose derive, come quella che si rifà alla teoria del diritto penale del nemico[55], l'Unione europea rappresenta un argine, in quanto fornisce delle garanzie e delle limitazioni al fine di preservare i valori primari e identitari a tutela della persona in quanto tale. Si tratta di valori sui quali si fonda la costruzione europea, che devono necessariamente essere salvaguardati e condivisi da tutti i soggetti dell'Unione (istituzioni e organi dell'Unione, Stati e singoli), con un impegno unitario e rigoroso a circoscrivere eccezioni e deroghe sia pure per ragioni meritevoli della massima attenzione.

---

53 Corte EDU, 7 aprile 2009, *Cherif ed altri c. Italia*, ricorso n. 1860/07, § 66.

54 Cfr. G. Caggiano, *Le recenti modifiche della legge "Salvini" su immigrazione e asilo nella prospettiva del diritto dell'Unione europea e della CEDU*, in *I Post di AISDUE, sezione "Articoli"*, 2019, vol. I, n. 1.

55 M. Donini, M. Papa (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, p. 6 ss.

Abstract

Brevi note sulla competenza esclusiva degli Stati membri in materia di sicurezza nazionale

L'articolo si occupa del tema del rapporto tra sicurezza nazionale e diritto dell'UE, nonché del loro delicato equilibrio, con particolare riguardo alla libertà di circolazione delle persone, al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali, e al controllo degli investimenti esteri diretti. Sebbene la sicurezza sia di competenza esclusiva degli Stati membri, risulta difficile definire chiaramente i confini entro i quali debba essere esercitata. La Corte di giustizia ha svolto un ruolo fondamentale, precisando, in diverse occasioni, che l'esercizio di una competenza riservata agli Stati membri deve realizzarsi nel rispetto del diritto dell'UE, in particolare della Carta dei diritti fondamentali. Nondimeno, il lavoro evidenzia che di recente le esigenze legittime di sicurezza nazionale rischiano di mettere in pericolo i diritti e le libertà tutelati a livello europeo.

Brief Notes on the Exclusive Competence of Member States in Matters of National Security

The article deals with the topic of the relationship between national security and EU law, as well as the delicate balance between them, with particular regard to the free movement of persons, respect for private life and the protection of personal data, and the screening of foreign direct investments. Although the matter in question is an exclusive competence of the Member States, it is difficult to clearly define the boundaries within which this jurisdiction should be exercised. The Court of Justice has played a pivotal role by stating, on several occasions, that the exercise of a competence reserved solely for Member States must still take place in compliance with EU law, in particular with the Charter of Fundamental Rights. Nevertheless, the paper points out that of late, the legitimate needs of national security risk endangering rights and freedoms protected at European level.

Claudia Morviducci*

Qualche considerazione sul come la Corte di giustizia abbia "usato" la CEDU

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il ricorso alla CEDU nella giurisprudenza della Corte dalla sentenza *Nold* alle sentenze *Panasonic* e *Hoechst*. – 3. La giurisprudenza successiva sino al Trattato di Maastricht. – 4. Qualche considerazione sulla giurisprudenza recente. L'art. 6, par. 3, TUE. – 5. L'interpretazione della Corte di giustizia dell'art. 52, par. 3, della Carta. – 6. Il rinvio alla CEDU per determinare gli obblighi degli Stati membri in materia di Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

1. Intervenire su un tema così complesso e articolato quale quello del ruolo riconosciuto dalla Corte di giustizia alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo risulta difficile, tanti sono gli spunti e le problematiche da sviluppare. Del resto, la dottrina che si è occupata del rapporto tra il diritto dell'Unione e la CEDU, anche sotto il profilo dell'adesione e dei suoi effetti, è vastissima e ampiamente nota, e sarebbe inutile qui riprendere questioni già ampiamente dibattute. Appare però di un qualche interesse verificare come, in concreto, soprattutto nei primi anni, la Corte di giustizia abbia 'utilizzato' le norme della Convenzione quando le ha richiamate e se l'atteggiamento così ricostruibile si sia poi perpetuato.

Nonostante il rilievo sul piano teorico del richiamo ad una fonte esterna all'ordinamento comunitario per colmare lacune in materia di tutela dei diritti dell'uomo, infatti, si evince che la soluzione effettiva della controversia è dipesa di regola dall'interpretazione estensiva accolta dalla Corte delle sole norme comunitarie, mentre alla Convenzione è stato riservato un ruolo di supporto ermeneutico, volto a confermare il contenuto di conclusioni raggiunte in altro modo. Anche quando si è fatto riferimento diretto ai principi generali, inoltre, si è spesso previlegiato il rimando alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati piuttosto che alla CEDU. Il rilievo di quest'ultima nella giurisprudenza della Corte è stato quindi a lungo limitato, con l'eccezione, come si vedrà, del richiamo delle sue disposizioni per individuare non già la validità degli atti comunitari, bensì gli obblighi degli Stati membri. Se la prima parte della ricerca consente, come si vedrà, di pervenire a conclusioni sufficientemente documentate in questo senso, pare anche possibile individuare nella Corte

* Professore Senior di Diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre.

di giustizia una continuità in ordine a tale configurazione del ruolo della CEDU, sebbene ciò sia avvenuto in modo non sistematico, e talora si riscontrino incertezze e ripensamenti. In particolare, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Corte ha richiamato gli articoli della Convenzione per interpretare le norme della Carta dei diritti fondamentali contenenti diritti analoghi, come dettato dall'art. 3 della Carta stessa, ma si è avvalsa di rado della possibilità, enunciata nell'art. 6, par. 3, TUE, di richiamare direttamente i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU a titolo di principi generali, ponendoli alla base delle proprie sentenze.

Più che servirsi della CEDU, tramite il suo recepimento nei principi generali, per dirimere direttamente la questione giuridica sottopostale, attribuendole un ruolo decisorio, la Corte ha infatti richiamato la Convenzione soprattutto per suffragare conclusioni a cui era già pervenuta, o intendeva pervenire, applicando altre fonti. Ha così usato gli articoli della CEDU richiamati in modo quasi subalterno, accessorio, modalità che si cercherà se non di dimostrare, almeno di argomentare come un possibile spunto di ulteriore riflessione. A tal fine, l'intervento si concentrerà sul come la Corte abbia impostato il ruolo da riconoscersi alla CEDU e su quali siano le linee principali in proposito della sua attuale giurisprudenza.

2. Come noto, il primo riferimento che la Corte ha fatto alla CEDU è contenuto nella sentenza *Nold* del 14 maggio 1974[1]. In tale occasione, i giudici di Lussemburgo hanno affermato che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto, di cui la Corte stessa garantisce l'osservanza. Per svolgere tale funzione, essa "è tenuta ad inspirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e non potrebbe, quindi, ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle costituzioni di tali Stati. I trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto comunitario"[2]. In questa sentenza, peraltro, non è assegnato alla CEDU, che non viene citata espressamente, un ruolo diverso da quello degli altri trattati in materia di diritti dell'uomo, e questi ultimi presentano un ruolo subordinato rispetto a quello delle tradizioni costituzionali comuni. In realtà, il ruolo peculiare della CEDU come parametro cui conformarsi da parte della normativa comunitaria è stato affermato per la prima volta non dalla Corte[3], bensì dalla Dichiarazione

[1] Sentenza della Corte di giustizia del 14 maggio 1974, causa 4/73, *Nold*, ECLI:EU:C:1974:51.

[2] *Ibidem*, punto 13.

[3] Sembra che non si possa citare *a contrario* la sentenza della Corte di giustizia del 28 ottobre 1975, causa 36/75, *Rutili*, ECLI:EU:C:1975:137, che richiama, ai fini dell'individuazione dei limiti apponibili dagli Stati per ragioni di ordine pubblico "un principio più generale, sancito dagli articoli 8, 9, 10 e 11 della Convenzione di Roma per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali […], e dall'art. 2 del Protocollo n. 4 della stessa Convenzione […], i quali stabiliscono, in termini identici, che le restrizioni apportate in nome delle esigenze di ordine pubblico e di sicurezza pubblica ai diritti tutelati dagli articoli testé citati non possono andare oltre ciò che è necessario per il soddisfacimento di tali esigenze 'in una società democratica'" (punto 32). Il riferimento alla CEDU è infatti puramente pleonastico, in quanto la disciplina della materia, come si evince dalla sentenza, era direttamente fissata nell'art. 3 della direttiva n. 64/221 e nell'art. 8 del regolamento n. 1612/68, in effetti applicati per risolvere la questione. Nella sentenza del 7 luglio 1976, causa 118/75, *Watson e Bellmann*, ECLI:EU:C:1976:106, più correttamente ad avviso di chi scrive, la Corte non ha preso in considerazione, come era stata richiesta dal giudice *a quo*, la questione del rilievo della CEDU, risolvendo la causa alla luce del solo diritto CEE.

comune dell'Assemblea, del Consiglio e della Commissione del 5 aprile 1977, la quale, dopo avere ricordato la giurisprudenza *Nold,* ha fatto riferimento tanto ai diritti garantiti dalle costituzioni degli Stati membri, quanto alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, del 4 novembre 1950[4]. Sono state quindi le istituzioni politiche e non la giurisprudenza comunitaria a individuare nella CEDU, cui tutti gli Stati membri avevano non solo cooperato ma anche aderito[5], il trattato a cui ispirarsi per garantire la tutela dei diritti dell'uomo. È solo con la sentenza *Hauer* del 1979[6], quindi, che la Corte di giustizia ha richiamato espressamente la CEDU, o meglio il suo Protocollo addizionale sul diritto di proprietà, per valutare la validità di un regolamento[7]. Ha però giudicato il disposto del Protocollo poco chiaro ai fini della decisione[8], preferendo basare le proprie argomentazioni sulle norme e le prassi costituzionali dei Paesi membri, che consentono al legislatore di disciplinare l'uso della proprietà privata nell'interesse generale. Anche nella celebre sentenza *Johnson*[9] del 1986, il richiamo alla CEDU è stato operato sempre dopo quello alle tradizioni costituzionali comuni ed è stato giustificato soprattutto dal rinvio che alla Convenzione stessa è stato fatto nella Dichiarazione citata. Nella decisione citata, del resto, gli articoli 6 e 13 della Convenzione sono stati richiamati per confermare l'adeguatezza dell'art. 6 della direttiva 64/221 alla tutela dei diritti dell'uomo a fronte di una diversa e più restrittiva valutazione del Regno Unito sui propri obblighi in materia di garanzie giurisdizionali[10]: a supporto, quindi, e non come possibile parametro di validità, del diritto comunitario.

[4] "Il Parlamento europeo il Consiglio e la Commissione, considerando che i trattati che istituiscono le Comunità europee si fondano sul principio dell'osservanza del diritto; considerando che, come è stato riconosciuto dalla Corte di giustizia, il diritto in questione comprende, oltre alle norme dei trattati e del diritto comunitario derivato, anche i principi generali del diritto e, in particolare, i diritti fondamentali, principi e diritti su cui si fonda il diritto costituzionale degli Stati membri; considerando in particolare che tutti gli Stati membri sono parti contraenti della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, hanno adottato la Dichiarazione seguente: 1. Il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione sottolineano l'importanza essenziale che essi attribuiscono al rispetto dei diritti fondamentali, quali risultano in particolare dalle costituzioni degli Stati membri nonché dalla convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. 2. Nell'esercizio dei loro poteri e perseguendo gli obiettivi delle Comunità europee, essi rispettano e continueranno a rispettare tali diritti" (GUCE n. C 103 del 27 aprile 1977, p. 1). Vedi anche su questo argomento, *ex multis*, G. De Muro, *I rapporti fra Corte di giustizia delle comunità europee e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2012.

[5] Infatti, nel 1977, i Patti relativi rispettivamente ai diritti civili e politici e ai diritti economici, sociali e culturali adottati dalle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966, benché entrati in vigore il 13 gennaio 1976, non erano ancora stati ratificati dalla Francia (1978), e dal Belgio e dal Lussemburgo (1983).

[6] Sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 1979, causa 44/79, *Hauer*, ECLI:EU:C:1979:290.

[7] Nella citata sentenza *Rutili*, la CEDU è stata invece richiamata non come un parametro di legittimità degli atti comunitari, ma per suffragare l'interpretazione restrittiva accolta dalla Corte di giustizia dei limiti di ordine pubblico enunciati nell'art. 48 TCEE.

[8] Sentenza *Hauer*, punto 19.

[9] Sentenza della Corte di giustizia del 15 maggio 1986, causa 222/84, *Johnston*, ECLI:EU:C:1986:206.

[10] *Ibidem*, punto 17 ss. "17. Da detta disposizione [art. 6 della direttiva] deriva che gli Stati membri sono tenuti ad adottare provvedimenti sufficientemente efficaci per raggiungere lo scopo della direttiva e a garantire che i diritti in tal modo attribuiti possano essere effettivamente fatti valere dagli interessati dinanzi ai giudici nazionali. 18. Il sindacato giurisdizionale che il succitato articolo vuole sia garantito costituisce espressione *di un principio giuridico generale su cui sono basate le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.* Detto principio è stato del pari sancito dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, stipulata il 4 novembre 1950.

Maggiore interesse presentano le sentenze *Panasonic*[11] e *Hoechst*[12] in materia di concorrenza, nelle quali la Corte è stata direttamente richiesta di pronunciarsi, tra l'altro, sulla legittimità di un atto comunitario[13] per incompatibilità con diritti fondamentali ricostruibili in base alla CEDU, in particolare il diritto alla riservatezza enunciato nell'art. 8 e il diritto alla difesa tutelato nell'art. 6[14]. Ambedue questi rilievi sono stati respinti, ma risulta interessante vedere il diverso ragionamento. Nelle motivazioni dei giudici, infatti, si pone innanzi tutto in dubbio l'operatività del diritto di cui all'art. 8 rispetto alle imprese[15], e in ogni caso si afferma che limitazioni al suo esercizio sono contemplate nella stessa Convenzione. In particolar modo, nel caso *Hoechst*, in cui si faceva questione del diritto all'inviolabilità del domicilio nei locali a uso commerciale, la Corte ha prima negato l'esistenza in materia di un principio comune ai diritti degli Stati membri[16] e poi con riferimento all'art. 8 – e si può ancora sottolineare il ruolo non certo prioritario che la CEDU presenta nella giurisprudenza comunitaria per la ricostruzione dei principi[17] – ha affermato in modo *tranchant* che tale articolo[18] "mira a tutelare la sfera di esplicazione della libertà personale dell'uomo e non può quindi essere esteso ai locali commerciali"[19]. Nella

Come si riconosce nella dichiarazione comune 5 aprile 1977 del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione (GUCE C 103, p. 1), e come è dichiarato nella giurisprudenza della Corte, si deve tener conto, nell'ambito del diritto comunitario, dei principi ai quali è ispirata la convenzione suddetta" (corsivo aggiunto).

11 Sentenza della Corte di giustizia del 26 giugno 1980, causa 136/79, *Panasonic*, ECLI:EU:C:1980:169, punto 17 ss.

12 Sentenza della Corte di giustizia del 21 settembre 1989, cause riunite 46/87 e 227/88, *Hoechst*, ECLI:EU:C:1989:337.

13 Un'altra sentenza di rilievo, ma adottata in via pregiudiziale, è la decisione adottata il 13 luglio 1989, causa 5/88, *Wachauf*, ECLI:EU:C:1989:321, relativa all'applicazione in Germania di un regolamento sui contratti agricoli. La Corte ha ribadito la propria giurisprudenza nei casi *Nold* e *Hauer*, sottolineando che "I diritti fondamentali riconosciuti dalla Corte non risultano […] essere prerogative assolute e devono essere considerati in relazione alla funzione da essi svolta nella società. È pertanto possibile operare restrizioni all'esercizio di detti diritti, in particolare nell'ambito di un'organizzazione comune di mercato, purché dette restrizioni rispondano effettivamente a finalità d' interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudicherebbe la stessa sostanza di tali diritti" (punto 18).

14 Nella sentenza *Hoechst* si menziona anche la possibile violazione dell'art. 6 CEDU, relativo al diritto alla difesa in giudizio, ma la Corte non sviluppa compiutamente tale rilievo, risolvendo la questione delle modalità dell'accertamento di eventuali comportamenti anticoncorrenziali delle imprese sotto un altro profilo (punto 14 ss.).

15 Vedi le sentenze *Panasoni*c, punto 19 e *Hoechst*, punto 8.

16 Sentenza *Hoechst*, punto 17.

17 Anche nella sentenza della Corte di giustizia del 18 ottobre 1989, causa 374/87, *Orkem*, ECLI:EU:C:1989:387, è stata seguita questa gerarchia tra le fonti da cui ricostruire i principi generali; la valutazione di compatibilità con i diritti fondamentali è stata operata facendo riferimento prima agli ordinamenti degli Stati membri e poi all'art. 6 della CEDU. È da rilevare che questa decisione richiama come parametro anche l'art. 14 del Patto sui diritti civili e politici (punto 29 ss.).

18 Tale articolo dispone che "ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza".

19 Punto 18. La Corte aggiunge in proposito che "Peraltro, occorre constatare la mancanza in materia di una giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", mentre in realtà questa Corte si era pronunciata in senso diverso rispetto alla Corte di giustizia nella causa *Chappell c. Regno Unito* del 30 marzo 1989 (sentenza della Corte EDU del 30 marzo 1989, ric. n. 10461/83, ECLI:CE:ECHR:1989:0330JUD001046183). Sull'autonomia che comunque la Corte di giustizia si riconosceva nell'interpretazione della CEDU rispetto a quella degli organi di garanzia di quest'ultima, vedi ad esempio A.

sentenza *Panasonic,* più possibilista sull'applicabilità dell'art. 8, la Corte ha comunque concluso che il richiamo ai diritti fondamentali enunciati dalla CEDU doveva essere subordinato ai prevalenti valori e obiettivi perseguiti dalle norme comunitarie sulla concorrenza. Poiché i poteri di accesso ai locali delle imprese attribuiti alla Commissione dal regolamento n. 17/63, "[…] hanno lo scopo di consentirle di espletare il compito, ad essa affidato dal Trattato CEE, di vegliare sull'osservanza delle norme sulla concorrenza nel mercato comune […]", e quindi rientrano secondo la Corte di giustizia nelle ingerenze ammesse dall'art. 8, secondo paragrafo, per i giudici "[…] il potere di procedere ad accertamenti senza preavviso non comporta una violazione del diritto alla riservatezza". La Corte muove dall'assunto ineccepibile che "i diritti fondamentali enunciati nella CEDU non sono prerogative assolute e devono essere considerati in relazione alla funzione da essi svolta nella società"; nella sua interpretazione in concreto sul come operino i principi cosi ricostruiti, però, il bilanciamento tra la tutela di questi diritti e gli interessi delle Comunità viene fatto sempre a favore di questi ultimi, e ciò non solo in sentenze come quelle citate in tema di concorrenza, ma anche di organizzazioni comuni di mercato[20].

La questione di una violazione dei diritti della difesa *ex* art. 6 CEDU – anche per la difficoltà di ricostruire l'ambito di operatività della relativa nozione[21] – non è stata affrontata esplicitamente nelle sentenze citate; la Corte si è limitata ad affermare la vigenza di un principio generale in materia di tutela di tali diritti, argomentandola sul fatto che in tutti gli ordinamenti degli Stati membri sono previsti limiti all'ingerenza dei pubblici poteri e che pertanto i poteri concessi alla Commissione dal regolamento 17/63 andavano interpretati alla luce di questo principio e di quello di proporzionalità[22]. Si rileva in queste, come anche in altre sentenze[23], una sorta di cautela da parte della Corte di giustizia nel fare testuale riferimento all'art. 6 della CEDU per la ricostruzione del principio di tutela dei diritti della difesa, atteso il suo contenuto stringente, a favore di un principio più generico, in larga parte ricostruibile su principi già propri dell'ordinamento comunitario, le cui prime affermazioni

---

Celotto, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e/o Carta dei diritti fondamentali*, disponibile su romatrepress.uniroma3.it>ois>index.php>Convenzioni>article>view, 2016, p. 69 ss. L'autore citato riporta anche le conclusioni dell'Avvocato generale Darmon nella causa *Orkem* su questo argomento: "I più autorevoli commentatori dei giudizi di questa Corte sottolineano anche che la sua posizione nei confronti della CEDU consiste nella maggior parte dei casi 'nell'usarla semplicemente come riferimento'. Questa Corte può quindi adottare, rispetto alle previsioni della Convenzione, un'interpretazione che non coincide esattamente con quella data dalle autorità di Strasburgo, in particolare dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Essa cioè non è vincolata dall'interpretazione della Convenzione fornita dalle autorità di Strasburgo, nel senso che non deve sistematicamente tenerne conto con riguardo ai diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario" (p. 73).

20 Sentenza *Wachauf*, punto 18.

21 Si poneva in particolare la questione se tali diritti inerissero solo a procedimenti giudiziari e amministrativi in senso proprio o anche ad attività preparatorie di ricerca e acquisizione della documentazione.

22 Cfr. sentenza *Hoetsch*, punto 19.

23 Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin*, ECLI:EU:C:1983:313, punto 7: "Il rispetto delle prerogative della difesa costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario, il quale dev'essere osservato dalla Commissione nei procedimenti amministrativi che possono portare all'irrogazione di sanzioni in forza alle norme del Trattato in fatto di concorrenza".

si riscontrano già nel 1962[24]. Non sono mancati peraltro casi in cui la lettura dell'art. 6 da parte della Corte comunitaria è stata diversa da quella accolta dalla Corte dei diritti dell'uomo[25] e ciò proprio in quanto i diritti garantiti dalla CEDU non sono stati configurati come norme alla cui luce debba essere valutata direttamente la legittimità degli atti delle istituzioni, ma, ai sensi della sentenza *Nold*, solo come una 'fonte di ispirazione' per i principi generali del diritto comunitario[26]. Una fonte di ispirazione per la costruzione di un principio che risponde però alle caratteristiche e alle esigenze del diritto comunitario, e il cui contenuto, e i cui limiti, non sempre corrispondono *in toto* a quelli degli articoli della CEDU[27].

3. È stato solo dopo un lungo processo, nel 2001, che il Tribunale di prima istanza è arrivato ad affermare che il principio fondamentale del rispetto dei diritti della difesa e quello a un processo equo "offrono, nel settore specifico del diritto della concorrenza […] una protezione equivalente a quella garantita dall'art. 6 della CEDU […]".

Atteggiamento parzialmente diverso, come accennato, la Corte di giustizia ha adottato quando i principi relativi alla tutela dei diritti dell'uomo venivano richiamati per valutare la compatibilità con i principi stessi non di un atto comunitario ma di norme nazionali che rientrano nell'ambito di applicazione del diritto comunitario. Si è già fatto riferimento alla sentenza *Rutili*; emblematica appare anche la decisione sul caso *ERT* del 1991[28]. In tale causa, infatti, si affrontava il problema della compatibilità con il diritto comunitario di un regime nazionale di diritti esclusivi in materia televisiva; tra le varie questioni presentate dal giudice remittente vi era la possibile violazione dell'art. 10 CEDU[29]. La Corte ha stabilito, congruamente alla propria

[24] Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 1962, cause riunite 5-11, 13 e 15/62, *San Michele*, ECLI:EU:C:1962:46, a riprova del fatto che la tutela dei diritti della difesa in un procedimento di accertamento è stata considerata intrinseca all'ordinamento comunitario prima della "costruzione" della teoria dei principi in materia di diritti dell'uomo.

[25] La Corte di giustizia ha ritenuto ad esempio che non si potessero ricavare dall'art. 6 CEDU il principio di non giudicare se non *audita altera parte* (sentenza della Corte di giustizia del 28 ottobre 1982, cause riunite 50-58/82, *Dorca Marine*, ECLI:EU:C:1982:378, punto 12 ss.) e il divieto di costringere una parte ad autoincriminarsi (sentenza *Orkem,* punto 30), diversamente da quanto affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

[26] Vedi la sentenza del Tribunale del 20 febbraio 2001, causa T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke AG*, ECLI:EU:T:2001:61, punto 77.

[27] Cfr. A. Celotto, *op. cit.*, p. 73: "[…] occorre sempre tener conto che le Costituzioni nazionali, le tradizioni comuni degli Stati membri, la CEDU sono e rimangono pur sempre fonti di ispirazione da cui la Corte muove per plasmare la tutela comunitaria dei diritti fondamentali senza mai appiattirsi sull'una o sull'altra fonte".

[28] Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 18 giugno 1991, causa C-60/89, *Monteil e Samanni*, ECLI:EU:C:1991:138. Nella causa *Cinéthèque* (sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 1985, cause riunite 60 e 61/84, ECLI:EU:C:1985:329), in cui era stata sollevata la questione se l'art. 89 della legge francese sulla comunicazione audiovisiva violasse la libertà d'espressione garantita dall'art. 10 della CEDU e fosse, quindi, incompatibile col diritto comunitario, la Corte non si era pronunciata, affermando che "se la Corte ha il compito di garantire il rispetto dei diritti fondamentali nel settore specifico del diritto comunitario, non le spetta tuttavia esaminare la compatibilità, con la Convenzione europea, di una legge nazionale riguardante, come nel caso di specie, una materia di competenza del legislatore nazionale" (punto 26).

[29] In realtà i quesiti in proposito presentati dal giudice *a quo* riguardavano sia se l'attribuzione ad un unico operatore del monopolio televisivo sull'intero territorio fosse conciliabile con lo scopo perseguito

giurisprudenza, che poiché la normativa statale limitativa della libera prestazione dei servizi faceva riferimento, quale giustificazione, agli articoli 56 e 57 del Trattato, tale giustificazione doveva essere interpretata alla luce dei principi generali del diritto e, in particolare, dei diritti fondamentali. Appare però interessante notare come la Corte di giustizia non si ponga alcun problema interpretativo in ordine al contenuto del principio "comunitario" sulla liberà di espressione, recependo automaticamente quanto previsto dall'art. 10 CEDU, e chiedendo al giudice nazionale di valutare la compatibilità delle misure nazionali "alla luce del principio generale della libertà di espressione, sancito dall'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo"[30].

Nel periodo considerato, coincidente con l'elaborazione da parte della Corte di giustizia dei principi relativi ai diritti dell'uomo, l'impatto concreto derivante dal riferimento, tra le varie fonti, alla CEDU, risulta quindi modesto. Non solo infatti la Corte tende a non riconoscere alla CEDU un ruolo principale nella ricostruzione dei principi, cercando la fonte di questi ultimi primariamente negli ordinamenti degli Stati membri[31], ma sembra talvolta rispondere quasi di malavoglia ai quesiti in materia sottoposti dai giudici nazionali[32], attenta soprattutto a sottolineare che le norme CEDU non sono applicabili di per sé, ma rappresentano solo una delle varie fonti di ispirazione per i principi. Si riscontra, inoltre, l'intento di garantire l'efficacia del diritto comunitario anche tramite un'interpretazione restrittiva dei diritti fondamentali enunciati dalla CEDU. Ciò è del resto conforme alla diversa natura e finalità delle due Corti. Sembra quasi ovvio sottolineare come una sia finalizzata a tutelare i diritti dell'uomo, l'altra a garantire il diritto comunitario, e seguano quindi canoni interpretativi solo in parte coincidenti: infatti, la Corte di giustizia cerca i materiali utili alla soluzione delle controversie dove è possibile trovarli, inclusa quindi la CEDU, senza, tuttavia, dimenticare l'uso *funzionale* che ne deve fare[33].

dal Trattato di un miglioramento delle condizioni di vita nei Paesi membri e con l'art. 10 CEDU (par. 9), sia se "la libertà di espressione, sancita dall'art. 10 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo 4 novembre 1950, e il summenzionato fine del Trattato CEE, di cui al preambolo e all'art. 2 del Trattato, impongano automaticamente agli Stati membri degli obblighi e quali, indipendentemente dal fatto che siano in vigore norme scritte di diritto comunitario" (par. 10). Il secondo quesito aveva già avuto risposta nelle sentenze *Cinéthèque*, sopra citata, e *Demirel*, del 30 settembre 1987, causa C-12/86, ECLI:EU:C:1987:400, che la Corte richiama (punto 42 della sentenza *ERT*).

30 Vedi sentenza *ERT*, punto 42 ss.

31 Come si è visto, infatti, la Corte nella ricostruzione dei principi ha preferito analizzare i diritti dei vari Stati membri e, solo in via sussidiaria, quale estrema *ratio*, ha richiamato la CEDU.

32 Questi ultimi hanno avuto come noto un ruolo essenziale – a volte anche eccessivo – nello stimolare la Corte di giustizia a tutelare con sempre maggior efficacia la tutela dei diritti dell'uomo e riferirsi, in questa opera, alla CEDU. In particolare, la riproposizione di quesiti relativi alla tutela dei diritti della difesa nei procedimenti sulla concorrenza ha indotto la Corte a ripensamenti rispetto alle posizioni iniziali e alla costruzione di principi generali in materia più rispondenti alla giurisprudenza della Corte EDU.

33 Vedi D. Spielmann, *The Judicial Dialogue between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights Or How to Remain Good Neighbours after the Opinion 2/13,* in *fp7-frame.eu*, Brussels, 2017: "The Luxembourg Court is not and has never been a human rights court. Its task is to ensure, in accordance with article 19 (1) of the TEU, that the lex terrae is observed in the interpretation and the application of the Treaties. Court plays the role of a general supreme court of the European Union whose main task is, mainly through the preliminary ruling procedure, to guarantee the primacy of EU law. The raison d'être of the EU judiciary is not to ensure a minimum protection in Europe, but uniformity of EU law based on the principle of equality of Member States. Hence, the importance of the principle of mutual trust in EU law. In other words, the Luxembourg Court ensures the level playing field between all Member States".

Per questo motivo, anzi, si è parlato a proposito della sua giurisprudenza nel periodo considerato di un atteggiamento sostanzialmente ambiguo ed ipocrita nei confronti dei *materiali* utilizzati per le decisioni che, inevitabilmente, vengono piegati agli scopi comunitari[34].

Questa situazione è stata incisa, anche se non sostanzialmente mutata, dall'art. F, par. 2 del Trattato sull'Unione europea, che ha cambiato la sorta di gerarchia tra le fonti da cui si possono ricostruire i principi elaborata dalla Corte, prevedendo appunto che l'Unione rispetta "i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario". Si riscontra a partire dagli anni '90 un riferimento più frequente alla CEDU, che ha portato ad affermare in taluni casi che la violazione di diritti da questa affermati, e assurti così a principi generali di cui deve essere garantita la tutela, aveva in effetti inficiato atti comunitari: ciò, soprattutto con riferimento al diritto di difesa[35]. Si passava quindi da un'enunciazione astratta del ruolo della CEDU a una sua applicazione concreta come strumento di garanzia. Gli ulteriori sviluppi, che hanno condotto il 7 dicembre 2000 alla proclamazione della Carta di Nizza dei diritti fondamentali dopo il primo tentativo fallito di aderire alla CEDU[36], hanno peraltro dimostrato la diffusa consapevolezza dell'insufficienza della tutela così garantita.

4. Alcune delle considerazioni esposte sul ruolo riconosciuto alla CEDU nella soluzione delle controversie sembrano, come si vedrà, ancora valide, ovviamente *mutatis mutandis*.

Escludendo la questione dell'adesione e dei problemi connessi, la Convenzione europea sui diritti fondamentali può essere presa in considerazione dalla Corte o ai sensi dell'art. 6, par. 3, TUE, o in quanto richiamata dall'art. 52, par. 3 e dall'art. 53 della Carta[37].

Sotto il primo profilo, l'art. 6, par. 3 ribadisce il contenuto dei Trattati precedenti limitandosi a rendere esplicito il fatto che i diritti fondamentali, tra cui quelli garantiti dalla CEDU, "fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali". Di conseguenza, come la Corte ha ribadito più volte, la CEDU non appartiene direttamente al novero delle fonti UE e "non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico

[34] G. De Muro, *I rapporti fra Corte di giustizia delle comunità europee e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, p. 39 ss.

[35] Vedi ad esempio la sentenza del Tribunale dell'8 marzo 1995, causa T-34/93, *Société générale*, ECLI:EU:T:1995:46, punto 73 ss.; *Mannesmannröhren*-Werke, cit., punto 84 ss.; della Corte di giustizia del 22 ottobre 2002, causa C-94/00, *Roquette Frères*, ECLI:EU:C:2002:603, punto 25. Quest'attenzione ai diritti della difesa e dell'obbligo di motivazione è stato più di recente confermato con l'annullamento della sentenza in primo grado nella causa *Elf Aquitaine* (vedi *infra*).

[36] Vedi il parere della Corte di giustizia del 28 marzo 1996, 2/94, ECLI:EU:C:1996:140.

[37] Considerata la natura limitata dell'intervento, non verrà preso in considerazione anche l'interpretazione accolta dalla Corte di questo articolo. Basti qui fare rifermento alla sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107, punto 56 ss.

dell'Unione"[38]. Il suo ruolo rimane quindi circoscritto a concorrere alla costruzione di un principio generale operante solo qualora l'ordinamento dell'Unione presenti delle lacune. Il fatto che oramai la Carta abbia ripreso in modo quasi integrale i diritti garantiti dalla Convenzione europea del 1950[39] dovrebbe quindi rendere pressoché superfluo il richiamo a quest'ultima ai sensi dell'art. 6, par. 3[40].

In realtà, i giudici *a quo* non sempre sembrano consci del ruolo assorbente assunto dalla Carta, e ripropongono spesso la questione della violazione dei diritti fondamentali non solo sotto il profilo di quest'ultima, ma anche della CEDU o di altri trattati sui diritti dell'uomo[41]. La Corte ha respinto questa prassi[42], statuendo che "l'esame della validità degli atti dell'Unione deve […] essere svolto alla luce unicamente dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta"[43]. Questa giurisprudenza

[38] Vedi le sentenze della Corte di giustizia del 24 aprile 2012, causa C-571/10, *Kamberaj*, ECLI:EU:C:2012:233, punto 60 e del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, punto 44 e soprattutto il parere del 14 dicembre 2014, 2/13, punto 179, secondo cui "Tuttavia, in assenza di adesione dell'Unione a tale convenzione, quest'ultima non costituisce uno strumento giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione". Vedi anche le sentenze della Corte di giustizia del 3 settembre 2015, causa C-398/13 P, *Inuit Tapiriit Kanatami e a.* c. *Commissione*, ECLI:EU:C:2015:535, punto 45 e del 15 febbraio 2016, causa C-601/15 PPU, *N.*, ECLI:EU:C:2016:84, punto 45. Sul punto, tra altri, vedi A. F. Masiero, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. Profili penali*, *Parte prima: prospettive sul futuro sistema di tutela dei diritti fondamentali in Europa,* in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, nn. 7-8, 2017.

[39] Per verificare se vi sia corrispondenza tra i diritti garantiti dalla Carta con quelli della CEDU, la Corte fa riferimento in modo quasi automatico alle *Spiegazioni* relative alla Carta. Si veda ad esempio la sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 2018, causa C-150/17 P, *Kendrion*, ECLI:EU:C:2018:1014. Il ricorrente faceva valere, in materia di equo indennizzo per l'eccessiva lunghezza del procedimento giudiziario, che il Tribunale avrebbe violato l'art. 47 della Carta, considerato analogo all'art. 41 della CEDU. La Corte ha respinto questa posizione asserendo che "[…] come emerge dal punto 6 della presente sentenza, l'articolo 41 della CEDU non corrisponde all'articolo 47 della Carta" (punto 109). Nel punto 6, che ricostruisce il contenuto dell'art. 47 si afferma: "Le spiegazioni relative alla Carta (GU 2007, C 303, pag. 17), precisano che l'articolo 47, primo comma, di quest'ultima si basa sull'articolo 13 della CEDU. L'articolo 47, secondo comma, della Carta corrisponde all'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU".

[40] Per considerazioni analoghe, vedi L. Trucco, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza costituzionale*, in L. D'andrea, G. Moschella, A. Ruggeri, A. Saitta, L. (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Giornata di studio, Messina 16 ottobre 2015, Torino, 2016, p. 178 s.

[41] Come ad esempio i Patti sui diritti civili e politici: vedi la sentenza della Corte di giustizia del 28 luglio 2016, causa C-543/14, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e a.*, ECLI:EU:C:2016:605.

[42] Cfr. la sentenza sopra citata, punto 23: "Dato che il giudice del rinvio fa riferimento non solamente all'articolo 47 della Carta, ma anche all'articolo 14 del PIDCP e all'articolo 6 della CEDU, occorre ricordare che sebbene, come conferma l'articolo 6, paragrafo 3, TUE, i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU facciano parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali e l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta disponga che i diritti contenuti nella medesima corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU hanno significato e portata uguali a quelli loro conferiti da detta convenzione, quest'ultima non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, uno strumento giuridico formalmente integrato nell'ordinamento dell'Unione […]. Tale constatazione vale anche per il PIDCP. Pertanto, l'esame della validità della direttiva 2006/112 dev'essere condotto alla luce unicamente dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta […]".

[43] Vedi anche in tal senso, la sentenza della Corte di giustizia, *N.*, punto 46: "L'esame della validità dell'articolo 8, paragrafo 3, primo comma, lettera e), della direttiva 2013/33, deve quindi essere svolto alla luce unicamente dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta"; questa cita le sentenze del 6 novembre 2012, causa C-199/11, *Otis e a.*, ECLI:EU:C:2012:684, punto 47; *Inuit Tapiriit Kanatami*, cit. punto

– che presuppone evidentemente l'esistenza di norme della Carta applicabili al caso concreto, sia pure tramite una interpretazione estensiva della stessa – costituisce una rivendicazione dell'autonomia dell'ordinamento comunitario in materia di tutela dei diritti dell'uomo[44]. Il richiamo anche ai diritti enunciati nella CEDU appare in quest'ottica non tanto inutile quanto controproducente.

I principi generali richiamati dall'art. 6, par. 3 – e in particolare i diritti fondamentale garantiti dalla CEDU – possono quindi svolgere, in quanto tali un ruolo meramente residuale, destinato a restringersi progressivamente, a seguito della sempre maggiore compiutezza del diritto dell'Unione , anche se non del tutto irrilevante[45]; può darsi infatti il caso in cui, ove si rilevino delle lacune, la Corte sia tenuta ad applicarli direttamente per risolvere la controversia, come nel caso *Elf Aquitania*[46]. Ci si chiede, in questo contesto, perché la Corte di giustizia senta ancora la necessità di premettere che "i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali" *ex* art. 6, par. 3, salvo poi condurre l'esame della causa alla luce degli articoli della sola Carta[47], potendo quindi ingenerare – o perpetuare – dubbi nei giudici nazionali[48].

5. In merito all'art. 52, par. 3, ai sensi del quale i diritti contenuti nella Carta che corrispondono a quelli garantiti dalla CEDU hanno lo stesso significato e la stessa portata di questi ultimi, ferma restando la possibilità di conferire una protezione più estesa[49], la giurisprudenza della Corte di giustizia non appare sempre univoca, e si

46; del 5 aprile 2017, cause riunite C-217 e 350/15, *Orsi* e *Baldetti*, ECLI:EU:C:2017:264, cit., punto 15; del 20 marzo 2018, causa C-524/15*, Menci*, ECLI:EU:C:2018:197, punto 22 ss.

44 J. Poakiewicz, *The Future of Fundamental Rights Protection Without Accession*, Maastricht University, 2015: "While CJEU case-law has in the past drawn extensively on the ECHR and the case-law of the ECtHR, there is a trend in the CJEU case law, in particular since the EU Charter became binding, to interpret fundamental rights increasingly in isolation from the jurisprudence emerging from other human rights instruments, including the ECHR". A favore, G. De Búrca, *After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* 2013, p. 168 ss. e J. Callewaert, *L'adhésion de l'Union européenne à la CEDH: une question de cohérence*, in *Cahiers du CeDIE*, 2013.

45 Vedi in tal senso O. Pollicino, *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata,* in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2016, p. 263 ss.

46 La Corte in sede di appello ha parzialmente annullato la sentenza del Tribunale affermando tra l'altro che "il rispetto dei diritti della difesa nel corso dei procedimenti amministrativi in materia di politica della concorrenza costituisce un principio generale del diritto dell'Unione" (sentenza della Corte di giustizia del 29 settembre 2011, causa C-521/09, *Elf Aquitaine c. Commissione*, ECLI:EU:C:2011:620, punto 12). Come si è visto, la Corte aveva già da tempo configurato questo principio ricostruendolo sull'art. 6 CEDU.

47 Vedi, ad esempio, la sentenza *Menci*, punto 22 ss.

48 Ambigua appare anche la parte della motivazione contenuta nel punto 68 della sentenza del 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain*, ECLI:EU:C:2014:317, ai sensi della quale: "La Corte ha già statuito che le disposizioni della direttiva 95/46, disciplinando il trattamento di dati personali che possono arrecare pregiudizio alle libertà fondamentali e, segnatamente, al diritto alla vita privata, devono necessariamente essere interpretate alla luce dei diritti fondamentali che, secondo una costante giurisprudenza, formano parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza e che sono ormai iscritti nella Carta". L'esame poi condotto della questione ai sensi dell'art. 7 della Carta non esclude la permanente vigenza dei principi generali, se non altro *ad adiuvandum*.

49 Vedi ad esempio la sentenza della Corte di giustizia del 15 marzo 2017, causa C-528/15, *Al Chodor*, ECLI:EU:C:2017:213, punto 37: "[…] Ai fini dell'interpretazione dell'articolo 6 della Carta, si deve

ripropongono alcuni dei problemi derivanti dalla diversa natura delle due Corti cui si è fatto sopra cenno. La rilevanza del raccordo così richiesto tra i due sistemi di tutela dei diritti dell'uomo (Carta e CEDU) è evidente ove si ponga mente al fatto che circa un decimo delle cause portate negli ultimi anni davanti alla Corte di giustizia dell'UE attiene a tematiche relative ai diritti fondamentali. La maggior parte di tali cause inerisce al Titolo V del TFUE, con particolare riferimento al mandato di arresto europeo e alle politiche di immigrazione e asilo, ma si sono poste anche questioni relative al diritto di famiglia, come quella risolta con la sentenza *McB*, esemplare sotto il profilo dell'analisi della giurisprudenza della CEDU in casi simili a quello sottopostole compiuto dalla Corte di giustizia[50], e al diritto alla *privacy*[51].

In linea di massima la Corte si attiene alla regola suddetta, facendo ampio riferimento alla giurisprudenza sugli articoli corrispondenti della CEDU della Corte europea dei diritti dell'uomo[52], ma sono evidenziabili sfumature non irrilevanti. È soprattutto nelle cause relative allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia che è riscontrabile qualche discrasia nella posizione tra le due Corti. Oltre al celebre caso *N.S.*, in cui la Corte di giustizia ha interpretato restrittivamente la sentenza *M.S.S.* della Corte EDU del 21 gennaio 2011[53], inserendo quale presupposto per la non applicazione del regolamento di Dublino l'aggettivo "sistemiche" alle carenze riscontrate da parte della Grecia "nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo"[54], si può ricordare la più recente sentenza *J.N.* del 15 febbraio 2016[55]. Il giudice *a quo* poneva alla Corte la questione della validità, ai sensi dell'art.

quindi tener conto dell'articolo 5 della CEDU in quanto livello minimo di protezione".

50 Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:582, punto 53 ss.

51 Vedi soprattutto in proposito le sentenze della Corte di giustizia dell'8 aprile 2014, cause riunite cit., C-293/12 e 594/12, *Digital Rights Ireland Ltd*, ECLI:EU:C:2014:238, punti 35, 47 e 54 s.; *Google Spain*, punto 68 s.; e, da ultimo, del 14 febbraio 2019, causa C-345/17, *Buividis*, ECLI:EU:C:2019:122, punti 4 ss.

52 Vedi, ad esempio, oltre alle sentenze citate alle note 37 e 38, la sentenza *Buividis*, punto 65 ss. e la sentenza della Corte di giustizia del 4 maggio 2016, causa C-547/14, *Philip Morris*, ECLI:EU:C:2016:325, punto 147.

53 Per la Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo anche una giurisprudenza pregressa relativa al Regno Unito (*T.I. c. Royaume-Uni* et *K.R.S. c. Royaume-Un)*, la Convenzione proibisce l'espulsione quando "vi siano motivi seri e accertati di credere che in caso di espulsione" la persona correrebbe un rischio reale di essere sottoposta a un trattamento contrario all'art. 342. Spettava quindi alle autorità belghe "constater que les risques invoqués par le requérant étaient suffisamment réels et individualisés" (par. 359). Vedi anche, in senso persino più garantista, la successiva sentenza del 4 novembre 2014, ric. n. 29217/12, *Tarakhel* c. *Svizzera*, ECLI:CE:ECHR:2014:1104JUD002921712.

54 Sentenza della Corte di giustizia del 21 novembre 2011, causa C-411/10, *N.S.*, ECLI:EU:C:2011:865, punto 88 s.: "In una situazione analoga a quelle oggetto dei procedimenti principali, ossia il trasferimento nel giugno 2009, di un richiedente asilo verso la Grecia, Stato membro competente ai sensi del regolamento n. 343/2003, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato, in particolare, che il Regno del Belgio aveva violato l'art. 3 della CEDU esponendo il richiedente asilo, da un lato, ai rischi risultanti dalle carenze della procedura di asilo in Grecia, atteso che le autorità belghe sapevano o dovevano sapere che non vi era alcuna garanzia che la sua domanda di asilo sarebbe stata esaminata seriamente dalle autorità greche, e, dall'altro lato, e con piena cognizione di causa, a condizioni detentive ed esistenziali costitutive di trattamenti degradanti (Corte EDU, sentenza *M. S. S.* c. *Belgio e Grecia* del 21 gennaio 2011, […] §§ 358, 360 e 367). 89. Il livello di lesione dei diritti fondamentali descritto in tale sentenza attesta che sussisteva in Grecia, all'epoca del trasferimento del richiedente M. S. S., una carenza *sistemica* nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo" (corsivo aggiunto).

55 Causa C-601/15 PPU, citata alla nota 42.

6 della Carta, dell'art. 8 della direttiva n. 33/2013 (la c.d. direttiva accoglienza), facendo riferimento ad una sentenza emessa in un caso simile dalla Corte europea dei diritti dell'uomo[56]. La Corte di giustizia dopo aver ribadito che "L'esame della validità dell'articolo 8 deve essere svolto alla luce unicamente dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta"[57], ha asserito che, secondo le *Spiegazioni*, il paragrafo 3 dell'art. 52 intende assicurare la necessaria coerenza tra la Carta e la CEDU, "senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia dell'Unione europea"[58]. Questa proposizione, nel contesto delle *Spiegazioni* sull'art. 52, come sopra accennato, si limita a ribadire che la Carta ha una valenza autonoma rispetto alla CEDU. La Corte sembra però ricavarne spunti ulteriori, specificando che "secondo un principio ermeneutico generale, un atto dell'Unione deve essere interpretato, nei limiti del possibile, in modo da non inficiare la sua validità e in conformità con il diritto primario nel suo complesso e, in particolare, con le disposizioni della Carta"[59]. Torna qui l'osservazione sulla diversa natura delle due Corti: per la Corte di giustizia lo scopo principale è tutelare non i diritti fondamentali, ma l'efficacia dell'ordinamento dell'Unione, pur in un quadro che garantisca per quanto possibile i principi generali. Ciò ha portato la Corte ad adottare quella che nella giurisprudenza costituzionale italiana si definisce una decisione interpretativa di rigetto in ordine alla validità dell'art. 8 della direttiva sotto il profilo della legittimità del trattenimento di un richiedente asilo, raggiunta però tramite un'interpretazione restrittiva della sentenza *Nabil*[60].

6. Più in generale, dalla giurisprudenza emerge che quando si prospetta la possibile incompatibilità di un atto dell'Unione con diritti garantiti dalla Carta, la Corte tende a risolvere la questione tramite un'interpretazione dell'atto stesso che permetta di superare le eventuali incongruenze – talvolta anche 'forzando' l'interpretazione stessa – e, qualora rimanga una certa discrezionalità negli Stati nelle modalità di attuazione, nell'indicare loro come agire. È in questo caso che la Corte si mostra particolarmente attenta a garantire un rigoroso rispetto dei diritti dell'uomo, facendo

[56] Vedi la sentenza della Corte EDU del 22 settembre 2015, ric. n. 62116/12, *Nabil e a. c. Ungheria*, EC LI:CE:ECHR:2015:0922JUD006211612, punto 38.

[57] Per la Corte "dalle spiegazioni relative all'articolo 6 della Carta, le quali, conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, terzo comma, TUE e all'articolo 52, paragrafo 7, della Carta, debbono essere prese in considerazione per l'interpretazione della Carta stessa, risulta che i diritti di cui all'articolo 6 della Carta corrispondono a quelli garantiti dall'articolo 5 della CEDU e che le limitazioni che possono legittimamente essere apportate all'esercizio dei diritti sanciti alla prima delle suddette disposizioni non possono andare oltre quelle autorizzate dalla CEDU nel testo stesso della seconda di tali disposizioni" (punto 47).

[58] Nello stesso senso, vedi anche la sentenza della Corte di giustizia del 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*, ECLI:EU:C:2018:193, punto 25. Coerenza non implica identità totale, non solo nel senso che la Carta può garantire una tutela più estesa, ma anche, se necessario, una tutela non coincidente in toto con decisioni della Corte EDU in casi analoghi.

[59] Punto 48.

[60] Punto 77 ss. della sentenza *J.N.* In effetti, come si evince dalla giurisprudenza, sono estremamente rari i casi in cui la Corte di giustizia sia giunta in sede di ricorso pregiudiziale, ad affermare l'invalidità di un atto dell'Unione per violazione dei diritti fondamentali, o imponendo un'interpretazione dell'atto che lo renda conforme a questi ultimi (come nel citato caso *Buivid*s, punti 47 e 69 ss.) o individuando possibili limiti alla vigenza del diritto stesso. Uno di questi casi si è avuto con la sentenza sopra citata *Digital Rights Ireland Ltd*.

ampio riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU: basti qui ricordare i casi *Aranyosi*[61], *Al Chador*[62], e da ultimo *Bilali*[63] e *Gambino*[64]. Questo atteggiamento emerge in maniera univoca nel caso del mandato europeo, cui del resto si riferiscono diverse delle sentenze ora citate. Le criticità, sotto diversi profili, della decisione quadro 2002/584/GAI, sono superate dalla Corte soprattutto[65] rinviando alle giurisdizioni nazionali l'onere di garantire che, eseguendo la misura, non si corra "un rischio che nello Stato membro emittente tale persona sarà sottoposta a un trattamento inumano o degradante"[66], offrendo parametri che permettano di superare il principio della mutua fiducia tra gli Stati, ricostruiti tramite un'attenta ed ampia lettura della giurisprudenza della Corte EDU. In certi casi, anzi, in questo esame la Corte sembra spingersi ad operare un controllo diretto del rispetto o meno della CEDU all'interno degli ordinamenti nazionali, facendone derivare conseguenze sul piano dell'operatività del mandato di arresto. Nella recente sentenza *ML*, ad esempio, la Corte, oltre a richiedere alle autorità del Paese di esecuzione del mandato di accertare previamente, anche tramite la giurisprudenza della Corte EDU, le condizioni dei detenuti nel Paese richiedente[67], ha compiuto un vero e proprio esame della situazione penitenziaria in Ungheria alla luce dell'art. 3 CEDU[68].

È pertanto nell'ambito degli obblighi che la Carta impone ai Paesi membri che la CEDU – come del resto avveniva nella giurisprudenza più risalente – assume un ruolo significativo. Sebbene la Convenzione di Roma del 1950 non sia "uno strumento giuridico formalmente integrato nell'ordinamento dell'Unione", tramite l'art. 52, par. 3 della Carta, e soprattutto l'applicazione che ne viene data dalla Corte di giustizia, i diritti che essa garantisce trovano, almeno rispetto agli Stati, una duplice tutela. Resta, invece, ancora non completamente risolta la questione dell'impatto reale della CEDU sull'interpretazione e soprattutto sul giudizio di validità degli atti; la Corte sembra volersi ritagliare in proposito uno spazio di autonomia, forse più preteso che poi effettivamente usato, rispetto ad una meccanicistica applicazione della giurisprudenza della Corte EDU ai diritti corrispondenti presenti nella Carta e alla ricostruzione dei principi generali, come emerge chiaramente dal parere 2/13 del 18 dicembre 2014.

---

61 Sentenza della Corte di giustizia del 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e 659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198, punto 85 ss.

62 Sopra citata, punto 38 ss.

63 Sentenza della Corte di giustizia del 23 maggio 2019, causa C-720/17, *Bilali*, ECLI:EU:C:2019:448, punto 62 ss.

64 Sentenza della Corte di giustizia del 29 luglio 2019, causa C-38/18, *Gambino e Hyka*, ECLI:EU:C:2019:628, punto 40 ss.

65 Costituisce in tal senso un'eccezione la sentenza della Corte di giustizia del 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, ECLI:EU:C:2007:261, punto 48 ss., precedente quindi l'entrata in vigore della Carta ma significativa in quanto la Corte di giustizia ricostruisce i principi che intende applicare facendo riferimento esplicito anche alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo. Nel caso in esame la Corte ha escluso che il testo della decisione quadro 2002/584/GAI violasse – in quanto tale e non a seconda di come venisse applicato – tra l'altro il principio di legalità dei reati e delle pene, ricostruibili in base all'art. 7 CEDU.

66 Cfr. sentenza *Aranyosi*, punto 88.

67 *Ibidem*, punto 89.

68 Sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 2018, causa C-220/18 PPU, *L*, ECLI:EU:C:2018:589, punto 90 ss.

Abstract

Qualche considerazione sul come la Corte di giustizia abbia 'usato' la CEDU

A proposito del rapporto tra diritto comunitario e CEDU è utile analizzare come, in concreto, la Corte di giustizia abbia "utilizzato" nella propria giurisprudenza la CEDU, soprattutto nel periodo pre-Maastricht. Benché i primi riferimenti risalgano alla sentenza *Nold*, un esame degli articoli della CEDU stessa per verificarne il rispetto da parte di atti comunitari si ha solo con le sentenze *Panasonic* e *Hoechst*. Inoltre, soltanto nel 2001 la Corte ha annullato un atto per violazione dell'art. 6 della CEDU. Ha fatto invece un uso più intenso della CEDU quando si è trattato di farvi riferimento non quale parametro di validità degli atti ma per valutare la compatibilità degli atti degli Stati in materia comunitaria con i diritti fondamentali. Dopo l'entrata in vigore della Carta, la Corte ha interpretato l'art. 52, par. 3, in modo da riconoscere una certa autonomia degli articoli di quest'ultima rispetto all'interpretazione dei corrispondenti articoli della CEDU accolta dalla Corte dei diritti dell'uomo. Invece, riferimenti puntuali a questa giurisprudenza sono fatti quando si tratta di ricostruire gli obblighi degli Stati membri.

Some Observations on the Court of Justice's 'Use' of the ECHR

Regarding the relation between EU law and the ECHR, it shall be considered how the Court of Justice has concretely "used" the ECHR in its own case-law, particularly in the pre-Maastricht period. Although the first references date back to the *Nold* judgment, it is only with *Panasonic* and *Hoechst* that the Court examines whether the European legislation is compliant with the ECHR. Furthermore, the first annulment of an act for infringing Article 6 ECHR only came in 2001. Conversely, the Court has made an extensive use of the ECHR when referring to it not as a parameter of validity of acts, but rather to assess whether the States' acts within the European competences were compliant with fundamental rights. Following the entry into force of the Nice Charter, the Court has interpreted Art. 52, para. 3, recognising a certain autonomy to the Charter's articles *vis-à-vis* the interpretation of the corresponding ECHR articles, as considered by the European Court of Human Rights. The ECtHR's case-law is instead specifically referred to when it comes to determining Member States' obligations.

Lorenzo Federico Pace*

La Corte di giustizia, la "nascita" del diritto *antitrust* europeo e i tre *building blocks* della giurisprudenza in materia di articoli 101 e 102 TFUE

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia *antitrust* e la necessità di individuare un'interpretazione dei divieti *ex* articoli 101 e 102 TFUE autonoma rispetto al diritto degli Stati membri e che tenga presente le particolarità della natura giuridica dell'Unione e dei suoi obiettivi. – 2.1 L'art. 101 TFUE e l'interpretazione del concetto di "coordinamento e collaborazione" (anni '60). – 2.2 L'art. 102 TFUE e l'individuazione della funzione del divieto di abuso di posizione dominante nel contesto degli obiettivi del Trattato (anni '70). – 3. La giurisprudenza in materia di soluzione dei conflitti tra gli articoli 101 e 102 TFUE e le normative nazionali. – 3.1 I principi di soluzione dei conflitti tra gli articoli 101 e 102 TFUE e le normative *antitrust* nazionali (anni '60) […]. – 3.2 […] e i principi di soluzione dei conflitti tra i divieti *antitrust* dell'Unione e le normative che "rafforzano", "favoriscono", "impongono" comportamenti in violazione degli articoli 101 e 102 TFUE o quelle che "privano la propria normativa del carattere statuale che le è proprio" (anni '80/'90). – 3.3 La vincolatività delle normative nazionali illegittime per violazione del combinato disposto degli articoli 101 TFUE e 4, par. 3, TUE e articoli 102 e 106, comma 1, TFUE. La conseguente responsabilità per danni in capo alle imprese o agli Stati membri (2003). – 4. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutela giudiziale dei diritti soggettivi riconosciuti ai singoli dagli articoli 101 e 102 TFUE (cd. *antitrust private enforcement*). – 4.1 Gli articoli 101 e 102 TFUE come norme che attribuiscono ai singoli diritti soggettivi (anni '70). – 4.2. La giurisprudenza in materia di *antitrust private enforcement* e la creazione di un "quadro di armonizzazione negativa" (dal 2001). – 5. Conclusioni.

1. L'obiettivo del presente scritto è quello di individuare il ruolo svolto dalla Corte di giustizia nella nascita e sviluppo del diritto *antitrust* europeo. Obiettivo questo particolarmente complesso vista, tra l'altro, l'enorme quantità di sentenze che sono state emanate in tale materia negli oltre sessanta anni dalla nascita dell'Unione. Si è cercato qui di individuare i temi centrali, quelli che potremmo definire i *building blocks*, intorno ai quali si è sviluppata la giurisprudenziale della Corte in materia *antitrust*; ne sono stati individuati tre: il primo *building block* è quello amplissimo relativo all'interpretazione dei divieti; il secondo è quello relativo ai principi di soluzione dei conflitti tra gli articoli 101 e 102 TFUE, da una parte, e le normative nazionali,

* Professore associato di diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi del Molise.

dall'altra, al fine di tutelare l'effetto utile dei divieti *antitrust*; il terzo è quello relativo alla tutela giudiziale dei diritti soggettivi riconosciuti dagli articoli 101 e 102 TFUE (cd. *antitrust private enforcement*).

2. Il primo *building block* dell'intervento della Corte in materia *antitrust* è quello amplissimo dell'interpretazione dei divieti degli articoli 101 e 102 TFUE. In questa sede – anche per ovvi motivi di spazio – il problema dell'interpretazione dei divieti *antitrust* sarà considerato sotto il limitato – ma fondamentale – aspetto delle scelte operate dalla Corte nei primi anni di applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE.

In generale l'interpretazione fornita dalla Corte ai divieti *antitrust* europei ha sempre rispettato due principi: il fatto che essa dovesse essere autonoma rispetto al diritto degli Stati membri e che dovesse inoltre tenere presente la particolarità della natura giuridica dell'Unione e dei suoi obiettivi. La difficoltà della scelta interpretativa dei divieti, soprattutto nella fase iniziale, era conseguenza del fatto che prima del Trattato non esistevano a livello degli Stati membri normative *antitrust*. Anzi le normative esistenti a livello nazionale erano state spesso emanate secondo il principio di cartellizzazione del mercato o, comunque, secondo principi economici autarchici[1]. In questo contesto la Corte si trovava a dover interpretare dei divieti il cui significato non era ancora univoco e la cui finalità – quella della tutela della concorrenza non falsata – era lontana dalla generale cultura giuridica del tempo.

A dimostrazione del fatto che l'interpretazione dei divieti non era necessariamente univoca, il Trattato, al fine di chiarire la finalità di tali norme, individuava (e individua) esempi di comportamenti che dovevano essere considerati vietati ai sensi degli articoli 101 e 102 TFUE. Particolarità questa non presente, ad esempio, nel testo del *Section I* e *II* dello statunitense *Sherman Act*.

Tale difficoltà interpretativa era però ridotta dal fatto che il Trattato chiariva che gli articoli 82 e 85 TCEE rappresentavano i mezzi di attuazione dell'art. 3(1), lett. *g*), TCEE, cioè essi erano disposizioni fondamentali «per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno»[2]. Lo stesso art. 3(1), lett. *g*), TCEE disciplinava tra le azioni della Comunità «un regime inteso a garantire che la concorrenza non [fosse] falsata nel mercato interno». Secondo la giurisprudenza della Corte l'art. 3(1), lett. *g*, TCEE rappresentava uno scopo generale del Trattato, costituendo inoltre «parte dei principi generali del mercato comune che sono applicati unitamente ai rispettivi capi del Trattato»[3].

Vi sono certamente molte sentenze che potrebbero essere richiamate con riferimento alla prime "scelte interpretative" della Corte relativamente ai divieti degli articoli 101 e 102 TFUE. La difficoltà dell'interpretazione, o comunque le molti

[1] Sul punto v. L. F. Pace, *I fondamenti del diritto antitrust europeo. Norme di competenza e sistema applicativo: dalle origini al Trattato di Lisbona*, II ed., Milano, 2018, p. 13.

[2] Sentenza della Corte di giustizia del 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss China Time*, ECLI:EU:C:1999:269, punto 36; del 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465, punto 20.

[3] Sentenza della Corte di giustizia del 10 gennaio 1985, causa 229/83, *Leclerc c. Au blé vert*, ECLI:EU:C:1985:1, punto 8; del 29 gennaio 1985, causa 231/83, *Cullet c. Leclerc*, ECLI:EU:C:1985:29, punto 10; dell'11 marzo 1992, cause riunite C-78-83/90, *Compagnie commerciale de l'ouest e altri c. Receveur principal des Douanes de la Pallice port*, ECLI:EU:C:1992:118, punto 18.

opzioni interpretative – spesso in contraddizione tra loro – che potevano essere fornire a questi divieti, è ben chiarito in due sentenze.

La prima è relativa al concetto di "coordinamento e collaborazione" *ex* art. 101 TFUE; la seconda è relativa all'art. 102 TFUE ed alla funzione del divieto di abuso di posizione dominante.

È importante sottolineare che l'obiettivo della Corte di individuare un'interpretazione dei divieti *antitrust* che sia autonoma rispetto al diritto degli Stati membri e che tenga presente la particolarità della natura giuridica dell'Unione e dei suoi obiettivi non si conclude con i primi anni di applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE. Ed infatti tale obiettivo è ben presente ancora oggi nella giurisprudenza della Corte. Ne sia esempio il principio – molto discusso – della responsabilità per violazione *antitrust* nei gruppi di società e della cd. presunzione *Telefunken* sviluppato dalla giurisprudenza della Corte negli ultimi venti anni[4]. Tale principio è stato definito dalla Corte proprio in considerazione dell'indipendenza dell'ordinamento dell'Unione con la finalità di garantire l'efficacia del diritto *antitrust* dell'Unione.

2.1. Con specifico riguardo al divieto di cartelli in Europa le normative nazionali, soprattutto dagli anni '20 in poi, non solo non disciplinavano il divieto di accordi tra concorrenti. Al contrario esse prevedevano in alcuni casi l'obbligo di creazione dei cartelli industriali, come nel caso dei consorzi obbligatori in Italia[5].

Addirittura nella bozza iniziale del Trattato CECA non erano state inserite le norme di divieto dei cartelli industriali. Le norme a tutela della concorrenza del Trattato CECA furono successivamente inserite da Jean Monnet, di proprio pugno, dietro invito degli Stati uniti d'America quale contropartita, tra l'altro, dei finanziamenti americani per la ricostruzione europea post-bellica.

Le norme a tutela della concorrenza contenute nel Trattato CEE ebbero una differente genesi. Con specifico riferimento all'origine del testo del divieto di cartelli disciplinato nel TCEE (art. 85 TCEE, attuale art. 101 TFUE), la relativa formulazione era sostanzialmente la "fotocopia" del decreto francese del 9 agosto 1953. L'art. 59-*bis* prevedeva, differentemente dal divieto del *Sec. I* dello *Sherman Act*, il divieto degli accordi che limitino la concorrenza per oggetto e per effetto[6]. A fronte

[4] Sul punto v. P. Manzini, *L'imputabilità delle infrazioni* antitrust *nei gruppi di società*, in L. F. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, II ed., Padova, 2019 (in corso di pubblicazione); L. F. Pace, *Dura lex sed lex: the Parent-subsidiary relationship in EU antitrust law and AEG Telefunken presumption – Independence of the EU legal system, effectiveness of competition law and protection of fundamental rights*, in R. Cisotta, M. Marquis (eds.), *Litigation and arbitration in EU competition law*, London, 2015, p. 141.

[5] Si pensi al Consorzio italiano fiammiferi istituito nel 1923 e abolito solo negli anni duemila a fronte dell'intervento dell'Autorità antitrust italiana nel noto caso *CIF*, sul punto v. *infra*, par. 3.3.

[6] In particolare, il *délit de coalition* previsto dall'art. 59-*bis* decreto del 9 agosto 1953 relativo al mantenimento e al ristabilimento della libera concorrenza recitava: «Sont prohibées, sous réserve des dispositions de l'article 59-ter, toutes les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, ou coalitions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, allant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'entraver le plein exercice de la concurrence en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente ou en favorisant une hausse artificielle des prix». «Tout engagement ou convention se rapportant à une pratique ainsi prohibée est nul de plein droit». «Cette nullité peut être invoquée par les parties et par les tiers, elle ne peut être opposée aux tiers par les orties; elle est éventuellement constatée par les tribunaux de droit commun à qui l'avis de la commission, s'il en est intervenu un doit être communiqué». L'art. 59-*ter* prevedeva: «Ne sont pas visées par les dispositions de l'article 59-bis, les

di questa origine, l'art. 85 TCEE prevedeva – secondo il "principio dell'abuso" tipico delle normative europee della prima parte del XX secolo – un'eccezione al divieto generale di accordi anticoncorrenziali nel caso fossero state presenti specifiche condizioni. A fronte di tale struttura della norma, la Commissione – applicando tale norma ai sensi del reg. 17/62[7] – avrebbe potuto operare un bilanciamento tra il generale divieto di cartelli, comma 1, e i requisiti di esenzione del divieto, comma 3. L'art. 85 TCEE nella sua struttura non presentava quindi di un divieto assoluto dei cartelli tra imprese secondo il cd. "principio del divieto".

Relativamente al divieto di accordi anticoncorrenziali, una prima decisione rilevante nella fase di "nascita" del diritto *antitrust* dell'Unione è stata quella relativa al concetto di "coordinamento e collaborazione". La centralità di questo concetto era conseguenza dell'allora sistema di notifica delle intese disciplinato dal primo regolamento di applicazione dei principi degli articoli 101 e 102 TFUE, il reg. 17/62. Tale regolamento prescriveva che affinché gli accordi vietati ai sensi del primo comma dell'art. 101 TFUE fossero stati esentati ai sensi del terzo comma essi sarebbero dovuti essere precedentemente notificati alla Commissione, unico soggetto che potesse riconoscere tale esenzione. In assenza di tale notifica, gli accordi che sarebbero stati successivamente considerati vietati ai sensi dell'art. 101, comma 1, TFUE dalla Commissione, non sarebbero potuti essere esentati e, quindi, sarebbero stati nulli di pieno diritto *ex tunc*.

Il compromesso sulla modalità di applicazione dell'art. 101 TFUE del divieto – ed in particolare del comma 3 – era stato, tra le altre cose, conseguenza del disaccordo tra Francia e Germania durante la redazione del Trattato di Roma[8]. Tale compromesso forniva un'alternativa: se il concetto di coordinamento tra imprese, di cui all'art. 101, comma 1, TFUE, fosse stato interpretato in modo meno rigido, l'art. 101, comma 1, TFUE sarebbe stato applicabile con meno frequenza rendendo la notifica degli accordi meno necessaria. Secondo questa interpretazione l'art. 101 TFUE sarebbe stato interpretato secondo il principio dell'abuso relativo alla normativa francese del 1953.

Se il concetto di coordinamento tra imprese fosse stato interpretato in modo più rigido – determinando con frequenza la violazione del comma 1 – ciò avrebbe

---

actions concertées, conventions ou ententes». «1. Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire». «2. Dont les auteurs seront en mesure de justifier qu'elles ont pour effet d'améliorer et d'étendre les débouchés de la production, ou d'assurer le développement du progrès économique par la rationalisation et la spécialisation».

[7] Regolamento CEE n. 17/62 del Consiglio, del 6 febbraio 1962, Primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato.

[8] V. L. F. Pace, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, cit., p. 32. Ed infatti l'applicazione dell'esenzione dell'art. 101, comma 3, TFUE, a differenza dell'esenzione dal divieto degli aiuti di Stato, non era stata disciplinata direttamente nel Trattato ma la relativa scelta era stata rinviata – al fine di superare l'impasse tra Germania e Francia – ad un successivo provvedimento normativo, come poi previsto dall'art. 103, comma 2, lett. *b*), TFUE. Venendo al tema in oggetto, a sua volta il regolamento che doveva attuare la modalità di applicazione dell'art. 101, comma 3, TFUE aveva previsto un compromesso – tramite l'intervento dell'Olanda – tra posizione tedesca e quella francese. Il compromesso consisteva nel prevedere l'efficacia temporanea degli accordi notificati alla Commissione al fine di ottenere, nel caso, l'esenzione dall'art. 101, comma 3, TFUE – richiesta francese –. Da parte tedesca era stata imposta l'illiceità *ex tunc* degli accordi a cui, pur essendo stati notificati, non era stata riconosciuta l'esenzione ai sensi dell'art. 101, comma 3, TFUE.

imposto la costante notifica degli accordi alla Commissione al fine di ottenere l'esenzione *ex* art. 101, comma 3, TFUE. Questo avrebbe reso l'art. 101, comma 1, TFUE una proibizione assoluta dei cartelli secondo il principio del divieto, come richiesto dai rappresentanti tedeschi durante la negoziazione del Trattato CEE e tipico dell'impostazione dello *Sherman Act* americano. Questo avrebbe a sua volta determinato un'ideale (ma concreta) cesura con la cultura giuridico-economica anteriore al Trattato CEE.

La modalità di come interpretare tale concetto richiamato dall'art. 101, comma 1, TFUE fu decisa dalla Corte di giustizia nel caso *Suiker Unier* del 1975[9]. In esso la Corte ha sostenuto, tra l'altro, che: «i criteri di coordinamento e della collaborazione […] vanno intese alla luce della concezione inerente alle norme del Trattato in materia di concorrenza, e secondo la quale *ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta ch'egli intende seguire sul mercato comune*, anche riguardo alla scelta dei destinatari delle merci da lui offerte e vendute» (corsivo aggiunto, punto 173). Tale interpretazione rigida dei limiti in cui imprese concorrenti potevano coordinarsi tra loro trasformava, di fatto, l'art. 101 TFUE in una proibizione secondo il principio del divieto.

È stata quindi l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, insieme all'obbligo di notifica alla Commissione degli accordi *ex* reg. 17/62, che hanno garantito lo sviluppo del divieto dei cartelli come definito nel TCEE, in modo autonomo rispetto alla cultura economica del tempo e secondo il principio del divieto.

2.2. Nel periodo antecedente l'entrata in vigore del TCEE, le normative europee non disciplinavano il divieto di abuso di posizione dominante (art. 86 TCEE, ora art. 101 TFUE). A ben vedere il successivo testo dell'art. 86 TCEE ricordava la norma tedesca emanata nel '23 relativa all'abuso di posizione dominante (*Verordnung gegen Missbrauch wirtscaftlicher Machstellung* – cd. *Kartellverodnung*). Questa, differentemente, era però diretta agli accordi tra imprese – e non ai comportamenti unilaterali delle imprese – ed aveva quale obiettivo il controllo e non la soppressione delle intese tra concorrenti.

Dai documenti ufficiali risulta che la redazione dell'art. 86 TCEE sia stata meno problematica della redazione dell'art. 85 TCEE. Ciò è stato conseguenza, probabilmente, dall'esistenza di una simile norma nel Trattato CECA così come dall'assenza, al momento della redazione del Trattato, di norme similari negli ordinamenti dei sei Stati fondatori. Infatti in quel periodo solo in Germania si poneva la necessità di introdurre nella legge di tutela della concorrenza una norma di divieto dei comportamenti unilaterali delle imprese. Tale divieto, l'abuso di posizione dominante, fu poi inserita nel tedesco *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* all'art. 22[10].

[9] Sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 1975, cause riunite 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114-73, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA e altri c. Commissione*, ECLI:EU:C:1975:174.

[10] Riguardo alla previsione di una simile norma nel Trattato di Roma, la discussione si sviluppò maggiormente sulla modalità di limitare il potere delle singole imprese e sul se prevedere nel Trattato il controllo delle concentrazioni, così come previsto nel Trattato CECA. I rappresentanti francesi erano disposti alla previsione di vincoli azionari in conseguenza dei quali le imprese non avrebbero potuto detenere più di una certa quota di azioni nelle singole società. Gli stessi rappresentanti erano invece contrari alla previsione di una disciplina di controllo delle concentrazioni. Essi sostenevano, infatti, che una simile normativa riguardasse aspetti esclusivamente interni degli Stati membri. La posizione tedesca si

Nel Trattato di Roma fu poi inserita, com'è noto, una norma di divieto dei comportamenti monopolistici delle imprese secondo il principio dell'abuso e, diversamente dal Trattato CECA, non fu disciplinato un sistema di controllo delle concentrazioni[11]. L'art. 86 TCEE, così come l'art. 85 TCEE, elencava in via esemplificativa delle pratiche che erano da considerarsi vietate ai sensi di tale divieto. Diversamente dall'art. 101 TFUE, per l'art. 102 TFUE non era (né è) prevista alcuna ipotesi di esenzione.

Così come nel caso dell'art. 85 TCEE, anche il divieto dell'art. 86 TCEE sollevò difficoltà riguardo a come esso dovesse essere interpretato nel contesto del Trattato CEE. A tal proposito vi fu un'importante discussione sulla funzione del divieto e, conseguentemente, sulla modalità della sua interpretazione.

Le due principali impostazioni teoriche erano riconducibili a quella tedesca di Ernst-Joachim Mestmäcker e a quella francese di Renè Joilet.

Il Mestmäcker interpretava l'art. 86 TCEE alla luce dell'esperienza *antitrust* americana e del *Sec. II Sherman Act*. L'art. 86 TCEE era letto come parte integrante di un sistema di concorrenza non distorta – art. 3, lett. *g*), TCEE. Le imprese in posizione dominate violavano l'art. 86 TCEE quanto rafforzavano o estendevano la loro dominanza a detrimento dei concorrenti, dei clienti o dei consumatori tramite pratiche anticoncorrenziali. Secondo tale interpretazione, le concentrazioni che rafforzavano una posizione dominante erano abusive ai sensi dell'art. 86 TCEE. Tale divieto – questa la posizione di Mestmäcker – rappresenta il generale principio di diritto comunitario secondo il quale la concorrenza non doveva essere esclusa in una parte sostanziale del mercato comune[12]. Il *test* era quindi quello derivato dall'art. 85, par. 3, lett. *b*) TCEE secondo il quale non è possibile dare alle "imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi".

René Joliet, successivamente giudice della Corte di giustizia, interpretava la funzione dell'abuso di posizione dominante come quello di regolazione del mercato. Egli sosteneva: «Contrary to the suggestions of the EC Commission and some legal writers such as Mestmäcker, we feel that Art. 86 does not cover the unilateral practices of independently acting single firm monopolies which are designed to entrench such firms' hold over the market. Mestmäcker's theory would transform [Art. 102] into an exact equivalent to Section 2 Sherman Act». Nell'impostazione di Joliet il test di riferimento era «not the interference with other firms' freedom to compete and the use "exclusionary practices" to achieve and hold power, but rather whether there is monopolistic exploitation of the market – however market domination has been achieved and maintained»[13]. Secondo questa impostazione le imprese in posi-

differenziava da quella francese in quanto favoriva l'esistenza del controllo delle concentrazioni. In via subordinata i tedeschi favorivano la previsione di una norma relativa ai comportamenti monopolistici delle imprese secondo il principio dell'abuso, v. L. F. Pace, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, cit., p. 54.

[11] In particolare il vigente testo dell'art 102 TFUE, titolato «abuso di posizione dominante», recita: «È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo».

[12] E.-J. Mestmäcker, *Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 86 des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, in *Probleme des Europäischen Rechts, Festschrift für Walter Hallstein, Klostermann*, Frankfurt, 1966, p. 322 ss.; v. anche E.-J. Mestmäcker, *Recht und ökonomisches Gesetz*, II ed., Baden Baden, 1984, p. 565 ss.

[13] R. Joliet, *Monopolisation and Abuse of Dominant Position: A Comparative Study of the American and European Approaches to the control of economic power*, Liege, 1970, p. 250.

zione dominante non avrebbero avuto interesse a consolidare la posizione tramite comportamenti escludenti dal momento che esse sarebbero state soggette ad una regolamentazione di prezzo e quantità. In questo modo il loro potere di mercato sarebbe stato neutralizzato.

Le due principali alternative che si ponevano nell'interpretazione dell'art. 86 TCEE era quindi le seguenti. La prima interpretava tale divieto al fine di «attack the creation, maintenance or expansion of market power, in order to preserve competitive structures»; la seconda che interpretava tale divieto con l'obiettivo del «government control over and regulation of its exercise»[14].

La Corte dovette decidere sul ruolo del divieto dell'art. 86 TCE nel contesto del Trattato nella sentenza *Continental can*. In tale sentenza doveva essere deciso se l'art. 86 TCEE fosse stato applicabile alle concentrazioni tra imprese dal momento che allora non era stato ancora emanato il regolamento di controllo delle concentrazioni. In particolare, nel caso *Continental Can* la Commissione aveva proibito una concentrazione ai sensi dell'art. 86 TCEE in quanto rafforzava la posizione dominante della società acquirente.

La Corte di giustizia nella sentenza seguì l'interpretazione secondo cui l'art. 86 TCEE era applicabile alle concentrazioni tra imprese[15]. Il principio di diritto della sentenza Continental Can che interpretava l'art. 102 TFUE come parte del sistema di concorrenza non distorta è, a quasi cinquant'anni dalla sua emanazione, ancora *good law*[16].

3. Il secondo *building block* della giurisprudenza della Corte è quello relativo ai principi di soluzione dei conflitti tra gli articoli 101 e 102 TFUE, da una parte, e normative nazionali, dall'altra. Sul punto, i redattori del Trattato CEE si erano posti esplicitamente il problema del rapporto tra diritto *antitrust* dell'Unione e normative nazionali. Il Trattato prevedeva – e prevede ancora oggi, art. 103, comma 2, lett. *e*), TFUE – la possibilità di disciplinare il rapporto tra tali normative. L'art. 103 TFUE, per il fatto che prevedeva la possibilità di disciplinare la relazione tra divieti *antitrust* europei e normative nazionali, riconosce quindi che gli articoli 101 e 102 TFUE non impediscono agli Stati membri di emanare normative *antitrust* (o normative che si applichino alle fattispecie di cui agli artt. 101 e 102 TFUE). Dall'altro lato, il mancato esercizio di tale competenza presuppone quindi la necessità di individuare

[14] P. Vogelenzang, *Abuse of a Dominant Position in Article 86: The Problem of Causality and Some Applications*, in *Common Market Law Review*, 1976, p. 62. V. anche H. Schweitzer, *The History, Interpretation and Underlying Principles of Section 2 Sherman Act and Article 82 EC*, in C.-D. Ehlermann, M. Marquis (eds.), *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oxford, 2008, p. 138; B. Leucht, M. Marquis, *American Influences on EEC Competition Law - Two Paths, How Much Dependence?*, in K. Klaus Patel, H. Schweitzer (eds.), *The Historical Foundation of EU Competition Law*, Oxford, 2013, p. 154.

[15] Sentenza della Corte di giustizia del 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione*, ECLI:EU:C:1973:22, punto 25. Tuttavia la Corte annullò la decisione della Commissione a causa di una definizione troppo limitata del mercato rilevante.

[16] Da ultimo, v. la sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 2014, causa C-553/12 P, *Commissione c. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE*, ECLI:EU:C:2014:2083; del 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British Airways plc c. Commissione*, ECLI:EU:C:2007:166, punto 57.

i principi generali di diritto al fine di risolvere eventuali conflitti tra i due ordini di norme[17].

3.1. La difficoltà per la Corte di definire i principi di soluzione dei conflitti tra articoli 101 e 102 TFUE, da una parte, e diritto *antitrust* degli Stati membri, dall'altra, nasce dall'assenza di un sistema giuridico similare a quello dell'Unione e da cui fosse possibile mutuare tali principi.

Ed infatti la Corte non poteva mutuare tale principio direttamente, ad esempio, dall'esperienza statunitense relativa al rapporto tra diritto *antitrust* federale e diritto *antitrust* degli Stati membri. Le due esperienze giuridiche erano profondamente differenti ad iniziare dalla rispettiva natura giuridica: un'organizzazione internazionale, la prima; uno Stato federale, il secondo. Inoltre l'impossibilità di trasporre pedissequamente nell'Unione i principi statunitensi era conseguenza del fatto che la disciplina *antitrust* federale americana, lo *Sherman Act*, era una legge emanata ai sensi di una competenza federale, la *Commerce clause*. Differentemente in Europa il diritto *antitrust* era costituito da espressi divieti diretti alle imprese e contenuti in un Trattato internazionale[18].

La dottrina tedesca aveva elaborato una teoria al fine di trovare una soluzione al problema del rapporto tra diritto *antitrust* dell'Unione e degli Stati membri, la teoria della c.d. doppia barriera (*Zweischrnakenthorie*). Secondo tale teoria, il diritto *antitrust* europeo e il diritto degli Stati membri perseguivano differenti obiettivi. Mentre il diritto nazionale tutelava *esclusivamente* la concorrenza all'interno degli Stati membri, il diritto dell'Unione tutelava esclusivamente la concorrenza interstatuale. Secondo questa impostazione, i conflitti tra diritto *antitrust* europeo e diritto *antitrust* nazionale non sarebbero potuti sorgere; ciò in quanto non vi sarebbe stata la possibilità di applicare parallelamente i due *set* dei divieti *antitrust*[19]. La c.d. teoria

[17] Sotto questo aspetto, come si vedrà, la giurisprudenza della Corte relativa alla soluzione dei conflitti tra normative nazionali che disciplinano le fattispecie di cui agli articoli 101 e 102 TFUE secondo il principio dell'effetto utile del diritto *antitrust* dell'Unione potrebbe fare pensare all'esistenza di due filoni giurisprudenziali tra loro autonomi: *il primo* relativo al rapporto tra diritto *antitrust* UE e discipline *antitrust* nazionali (giurisprudenza *Walt Wilhelm*, sentenza della Corte di giustizia del 13 febbraio 1969, causa 14/68, ECLI:EU:C:1969:4); *il secondo* relativo al rapporto tra norme *antitrust* UE e norme che disciplinano fattispecie rientranti negli articoli 101 e 102 TFUE (giurisprudenza *INNO-ATAB*, sentenza della Corte di giustizia del 16 novembre 1977, causa 13/77, ECLI:EU:C:1977:185). A ben vedere tali (presunti) distinti filoni giurisprudenziali riguardano esattamente lo stesso aspetto, cioè l'ipotesi di misure nazionali che eliminino l'effetto utile degli articoli 101 e 102 TFUE. La differenza tra la giurisprudenza *Walt Wilhelm* e la giurisprudenza *INNO-ATAB* è che nella seconda il principio dell'effetto utile è stato esteso a tutte le norme di tutela della concorrenza; non solo agli articoli 101 e 102 TCE – come nel caso *Walt Wilhelm* –, ma anche – ad esempio – all'art. 106, comma 1, TFUE.

[18] V. sul punto L. F. Pace, *I rapporti tra i sistemi di tutela della concorrenza federali/comunitari e i sistemi* antitrust *degli Stati membri nella Comunità europea e negli Stati uniti d'America*, Facoltà di Scienze politiche, Dottorato di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate, XI ciclo, Università di Roma "La Sapienza", 2001, p. 145.

[19] V. N. Koch, *Das Verhältnis der Kartellvorschriften des EWG Vertrages zum GWB*, in *Betriebsberater*, 1959, p. 241; I. Brinker, *Art. 83 EGV*, in J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, Baden-Baden, 2000, par. 12. L'obiettivo ultimo di tale dottrina era quella di garantire la piena applicazione delle normative *antitrust* nazionali rispetto al diritto *antitrust* dell'Unione. La teoria delle due barriere permetteva, quindi, di riconoscere il campo di applicazione più ampio possibile per l'unica disciplina *antitrust* statale in quel momento prevista in Europa (quella tedesca) e la più ampia discrezionalità riguardo alle relative conclusioni. Ai sensi di tale teoria, la normativa tedesca non sarebbe stata vincolata dalle "parallele"

della doppia barriera è stata però rifiutata dalla Corte di giustizia, com'è noto, nella pronuncia *Walt Wilhelm* del 1969. In essa la Corte ha sostenuto che «le Autorità nazionali competenti in materia di intese possono instaurare un procedimento [ai sensi della disciplina *antitrust* nazionale] anche nei casi che costituiscono oggetto di una decisione della Commissione» (punto 4).

Con riferimento ai principi di soluzione dei contrasti tra articoli 101 e 102 TFUE e normative nazionali la giurisprudenza della Corte ha chiarito inoltre che gli Stati membri non possano emanare – pena l'illegittimità della relativa disciplina – normative che rendano «praticamente inefficaci le regole di concorrenza [dell'Unione] applicabili alle imprese»[20]. Riguardo al contenuto di tali principi e con riferimento ai divieti *antitrust* nazionali, gli Stati membri non possono emanare normative che permettano alle imprese di porre in essere comportamenti vietati dagli articoli 101, comma 1 e 102 TFUE (o vietare comportamenti esentati *ex* 101, comma 3, TFUE). Sarebbe infatti contraddittorio, in primo luogo da un punto di vista giuridico, che gli Stati membri si siano obbligati a rispettare il contenuto del Trattato CEE e, successivamente, essi emanino delle misure normative che (al contrario) permettano alle imprese di porre in essere comportamenti vietati da tali divieti. Simili (contraddittorie) normative avrebbero la conseguenza di evitare *tout court* l'applicabilità del diritto *antitrust* dell'Unione. In altri termini esse pregiudicherebbero il c.d. effetto utile di tali norme[21]. Ciò detto, questo non esclude che secondo i principi generali le normative nazionali possano vietare più di quanto vietato *ex* articoli 101, comma 1 e 102 TFUE. Il fatto che una normativa nazionale vieti un accordo non vietato dall'art. 101, comma 1, TFUE o che essa vieti un comportamento unilaterale non vietato dall'art. 102 TFUE non determina alcun pregiudizio per il mercato interno. Sotto questo aspetto l'art. 101, comma 3, TFUE presenta una particolarità. Come già sottolineato, l'art. 101, comma 3, TFUE disciplina una eccezione al divieto di cui all'art. 101, comma 1, TFUE. Riconoscere che le normative nazionali possano vietare intese esentate dall'art. 101, comma 3, TFUE significherebbe violare – seguendo la motivazione delle sentenze *Walt Wilhelm*[22] e *INNO-ATAB*[23] – il principio dell'effetto utile. Ed infatti, in forza di una simile

valutazioni del diritto *antitrust* dell'Unione (*rectius* dal principio dell'effetto utile del diritto *antitrust* dell'Unione).

[20] V. la sentenza *Walt Wilhelm*; la sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 1991, causa 18/88, *RTT c. GB-Inno-BM*, ECLI:EU:C:1991:474.

[21] Sul principio dell'effetto utile con particolare riferimento alla sentenza *Walt Wilhelm*, v. I. Ingravallo, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, p. 65.

[22] Riguardo alla giurisprudenza relativa a tale principio, espresso per la prima volta nella sentenza *Walt Wilhelm*, v. sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 1980, causa 37/79, *Marty c. Lauder*, ECLI:EU:C:1980:190; dell'11 luglio 1985, causa 299/83, *Leclerc c. Syndicat des libraires de Loire-Océan*, ECLI:EU:C:1985:326, punto 14; del 28 marzo 1985, causa 298/83, *Comite des Industries Cinematographiques des Communautes Europeennes (C.I.C.C.E.) c. Commissione*, ECLI:EU:C:1985:150; del 27 gennaio 1987, causa 45/85, *Verband der Sachversicherer E. V. c. Commissione*, ECLI:EU:C:1987:34, punto 20; del 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner*, ECLI:EU:C:1998:569; del 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *Wouters e a.*, ECLI:EU:C:2002:98; del Tribunale del 6 aprile 1995, causa T-149/89, *Sotralentz Sa c. Commissione*, ECLI:EU:T:1995:69.

[23] Sentenza *INNO-ATAB*, punto 33. Tale giurisprudenza, con riferimento al combinato disposto degli articoli 101 e 102 TFUE ha sostenuto che «anche se di per sé l'articolo [101] del Trattato riguarda esclusivamente la condotta delle imprese e non le disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri, è pur vero che detto articolo, letto congiuntamente all'articolo 10 del Trattato, obbliga

interpretazione la funzione dell'art. 101, comma 3, TFUE – cioè la creazione di «un armonico sviluppo delle attività economiche nel complesso della comunità»[24] – sarebbe vanificata. Da ciò consegue – in modo differente da quanto sostenuto dalla Commissione[25] e da parte della dottrina[26] e nell'ipotesi in cui non sia stata esercitata la competenza *ex* art. 103, lett. *e*), TFUE – che le intese a cui sia applicabile l'art. 101, comma 3, TFUE – sia tramite decisioni individuali, sia tramite regolamenti di esenzione – non possono essere vietate da normative nazionali. Anche in presenza di misure *ex* art. 103, comma 2, lett. *e*) TFUE (v. art. 3, reg. n. 1/2003), tale principio generale mantiene la propria efficacia. Conseguentemente l'eventuale violazione di tali principi da parte di norme emanate *ex* art. 103, par. 2, lett. *e*), TFUE ne determinerebbe l'illegittimità.

3.2. La Corte ha successivamente sviluppato la giurisprudenza *Walt Wilhelm* prevedendo l'applicazione dei divieti degli articoli 101 e 102 TFUE nei confronti di normative nazionali che non siano *antitrust*. È questa una giurisprudenza che trova il suo momento di sviluppo negli anni '80/'90, cioè nel momento del "rilancio" del progetto del mercato interno iniziato con l'Atto unico del 1986 e nel periodo delle grandi liberalizzazioni (elettricità, gas, telecomunicazioni, *etc.*). L'obiettivo indiretto, in primo luogo della Commissione, era quello di tentare di "disboscare" le legislazioni nazionali da provvedimenti normativi che limitassero gravemente l'effetto

gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore misure, anche di natura legislativa o regolamentare, che possano rendere praticamente inefficaci le regole di concorrenza applicabili alle imprese». V. anche la sentenza della Corte di giustizia del 18 giugno 1998, causa C-35/96, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:1998:303, dove la Corte di giustizia ha sostenuto che «ricorre in particolare siffatta ipotesi allorquando uno Stato membro imponga o agevoli la conclusione di accordi in contrasto con l'articolo [101], o rafforzi gli effetti di siffatti accordi, ovvero qualora privi la propria normativa del carattere statuale che le è proprio, demandando la responsabilità di adottare decisioni d'intervento in materia economica ad operatori privati» (punto 53). Riguardo alla giurisprudenza relativa al combinato disposto degli articoli 101 e 102 TFUE, v. la sentenza della Corte di giustizia del 17 ottobre 1995, cause riunite C-140-142/94, *DIP e a. c. Comune di Bassano del Grappa e a.*, ECLI:EU:C:1995:330, punto 24; del 5 ottobre 1995, causa C-96/94, *Centro Servizi Spediporto c. Spedizioni Marittima del Golfo*, ECLI:EU:C:1995:308, punto 31; del 1° ottobre 1998, causa C-38/97, *Librandi*, ECLI:EU:C:1998:454, punto 27.

[24] Sentenza *Walt Wilhelm*, punto 5.

[25] Cfr. come la Commissione *a volte* sostenga che il divieto per gli Stati membri di vietare intese comprese in regolamenti di esenzione *ex* art. 101, comma 3, TFUE sia conseguenza della natura dell'atto, cioè il regolamento (v. ad esempio il regolamento (CE) n. 2790/1999 della Commissione, del 22 dicembre 1999, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate). Il considerando 17 recita: «Secondo *il principio di supremazia del diritto comunitario*, nessuna misura presa in attuazione di disposizioni nazionali in materia di concorrenza deve ledere l'applicazione uniforme delle norme comunitarie in materia di concorrenza all'interno del mercato comune e la piena efficacia delle misure adottate in applicazione di tali norme, incluso il presente regolamento» (corsivo aggiunto). *Altre volte* la Commissione sostiene che una simile conclusione sarebbe contraria al concetto di "mercato interno" (cfr. parte IV della proposta del regolamento 2000). Diversamente, tale limite è determinato dal *principio dell'effetto utile del diritto antitrust dell'Unione*, piuttosto che dal *principio di supremazia* del diritto dell'Unione, che ne è una (necessaria) conseguenza, o dall'(asserito) principio di *applicazione uniforme delle norme comunitarie in materia di concorrenza*, i cui fondamenti giuridici non vengono chiariti dalla Commissione (enfasi aggiunta).

[26] U. Draetta, *Le regole di concorrenza applicabili alle imprese della Comunità economica europea*, in *Diritto Internazionale*, 1961, p. 48.

utile dei divieti *antitrust* del Trattato e quindi, indirettamente, limitassero il corretto funzionamento del mercato interno.

La Corte sviluppa (o meglio "crea", con la collaborazione della Commissione) una giurisprudenza particolarmente complessa finalizzata ad individuare in quali casi le normative nazionali limitino la piena efficacia dei divieti *antitrust* del Trattato. La Corte, in altri termini, sviluppa il concetto di effetto utile delle norme del Trattato ben oltre i principi della sentenza *Walt Wihelm* la cui base teorica poteva essere individuata nei generali principi d'interpretazione dei Trattati. In questo senso il concetto di "effetto utile" è utilizzato non più – come nel caso della giurisprudenza *Walt Wilhelm* – al fine di identificare il principio di soluzione del contrasto diretto tra norme. In tale nuova giurisprudenza la Corte individua – in modo tipicamente "pretorio" per la Corte – categorie di normative le quali, in considerazione del loro contenuto e struttura, sono considerate illegittime dalla Corte in quanto limitano l'efficacia dei divieti *antitrust* del Trattato.

Ai sensi di questa giurisprudenza – come si diceva precedentemente – se gli articoli 101 e 102 TFUE sono norme dirette alle imprese, in taluni casi però questi possono essere applicati nei confronti degli Stati membri ai sensi del combinato disposto degli articoli 4, comma 3, TUE e 101 TFUE e degli articoli 102 e 106, comma 1, TFUE. La Corte di giustizia in tale giurisprudenza ha sostenuto che gli Stati membri, ai sensi del principio dell'effetto utile delle norme di concorrenza, non possono emanare normative nazionali le quali rendano «praticamente inefficaci le regole [comunitarie] di concorrenza applicabili alle imprese»[27].

Riguardo all'art. 101 TFUE, la Corte ha sostenuto che ai sensi del combinato disposto degli articoli 4, comma 3, TUE e 101 TFUE che anche se «di per sé l'articolo [101] del Trattato riguarda esclusivamente la condotta delle imprese e non le disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri, è pur vero che detto articolo, letto congiuntamente all'articolo [4, comma 3] del Trattato, obbliga gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore misure, anche di natura legislativa o regolamentare, che possano rendere praticamente inefficaci le regole di concorrenza applicabili alle imprese»[28]. La giurisprudenza nel corso di oltre un decennio ha tipizzato quattro fattispecie alle quali tale principio sia applicabile: «allorquando uno Stato membro imponga o agevoli la conclusione di accordi in contrasto con l'articolo 101» (prima e seconda ipotesi) «o rafforzi gli effetti di siffatti accordi» (terza ipotesi), «ovvero qualora privi la propria normativa del carattere statuale che le è proprio, demandando la responsabilità di adottare decisioni d'intervento in materia economica ad operatori privati» (quarta ipotesi) [29]. Le quattro fattispecie si differenziano tra di loro anche per il fatto che solo in alcune di esse l'art. 101 TFUE è direttamente applicabile al comportamento delle imprese in violazione dell'art. 101 TFUE: ad iniziare dalla prima ipotesi, in cui il comportamento dell'impresa è sempre sanzionabile ai sensi dell'art. 101 TFUE, fino alla quarta ipotesi in cui il

[27] Sentenza *INNO-ATAB*, punto 33; del 18 giugno 1991, causa C-260/89, *ERT c. DEP.*, ECLI:EU:C:1991:254, punto 35; sentenza *Centro Servizi Spediporto c. Spedizioni Marittima del Golfo*, punto 20; sentenza *DIP spa*, punto 14; del 21 settembre 1999, cause riunite C-115-117/97, *Brentjens'*, ECLI:EU:C:1999:434, punto 113; del 19 maggio 1993, causa C-320/91, *Corbeau*, ECLI:EU:C:1993:198, punto 11.

[28] Sentenza *Commissione c. Italia*, punto 53.

[29] *Ibidem*, punto 54.

comportamento dell'impresa, essendo integrata in un procedimento normativo, non può essere oggetto di applicazione dell'art. 101 TFUE se non dopo l'accertamento dell'illegittimità della normativa statale, secondo il principio di diritto della sentenza *CIF* (v. *infra*, par. 3.3).

Riguardo all'art. 102 TFUE, l'applicazione del divieto di abuso di posizione dominante nei confronti degli Stati membri è previsto in due distinti filoni giurisprudenziali: quello relativo al combinato disposto degli articoli 4, comma 3, TUE e 102 TFUE [30] e quello relativo al combinato disposto degli articoli 102 e 106, comma 1, TFUE. Questi, però, si riferiscono entrambi al medesimo principio, cioè al divieto nei confronti degli Stati membri di adottare misure contrarie all'effetto diretto dell'art. 102 TFUE. Infatti, l'art. 106, comma 1, TFUE costituisce una specificazione dell'art. 4, comma 3, TUE[31]. La giurisprudenza relativa al combinato disposto degli articoli 102 e 106, comma 1, TFUE prevede che «l'art. [102] contempla soltanto comportamenti anticoncorrenziali adottati dalle imprese di loro propria iniziativa e non i provvedimenti statali»[32]. Il Trattato TFUE prescrive, però, che «gli Stati membri non eman[i]no né manteng[a]no, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente Trattato», con particolare riferimento al principio di uguaglianza e alle norme di concorrenza (articoli 101 – 109 TFUE)[33]. Conseguentemente, sono illegittime quelle misure che rendano "praticamente inefficaci" tali norme.

3.3. L'evoluzione della giurisprudenza della Corte relativa dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE nei confronti degli Stati membri si conclude idealmente con la sentenza *CIF*[34]. Cioè la sentenza con cui la Corte individua in quali casi i privati siano obbligati a disapplicare le normative in violazione del combinato disposto degli articoli 101 TFUE e 4, par. 3, TUE e articoli 102 e 106, comma 1, TFUE. In tale giurisprudenza la Corte ha chiarito che in talune delle ipotesi definite nelle sentenze sopra richiamate l'impresa destinataria degli obblighi della normativa non è obbligata a disapplicarla prima dell'accertamento della relativa illegittimità. Successivamente all'accertamento dell'illegittimità, da parte tanto dei giudici nazio-

[30] V. sentenze *Centro Servizi Spediporto*, punto 20; *DIP spa*, punti 14-24; *Corinne Bodson*, punto 34; *Librandi*, punto 27.

[31] Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 1994, causa C-323/93, *Centre d'insémination de la Crespelle c. Coopérative de la Mayenne*, ECLI:EU:C:1994:368, punto 15.

[32] Sentenza *RTT c. GB-Inno-BM*, punto 20; nonché la sentenza della Corte di giustizia del 19 marzo 1991, causa C-202/88, *Francia c. Commissione*.

[33] Tra le tante, v. la sentenza *Corbeau*, punto 12.

[34] Sentenza della Corte di giustizia del 9 settembre 2003, causa C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, ECLI:EU:C:2003:430, punto 67. La Corte di giustizia ha inoltre chiarito quando un'impresa *sia obbligata a non applicare* una misura nazionale in violazione del combinato disposto degli articoli. 4, par. 3, TUE e 101 o degli articoli 102 e 106, comma 1, TFUE. La Corte ha sostenuto nel caso *CIF* che le imprese sono obbligate a disapplicare la misura nazionale illegittima successivamente all'accertamento dell'illegittimità stessa. A tal fine è sufficiente una decisione dell'Autorità nazionale *antitrust* che accerti la relativa illegittimità. Tale principio è applicabile tanto al combinato disposto degli articoli 4, par. 3, TUE e 101 TFUE, quanto a quello degli articoli 102 e 106, comma 1, TFUE. Nel caso in cui le imprese continuino ad applicare la misura nazionale in violazione del diritto comunitario anche successivamente all'accertamento dell'illegittimità, esse non solo saranno sanzionabili per il loro comportamento ma, in presenza dei requisiti previsti dal diritto UE, saranno obbligate a risarcire i danni causati da tale comportamento (v. la sentenza *Courage*).

nali quanto delle Autorità nazionali *antitrust*, i destinatari saranno però obbligati a disapplicare la normativa pena l'applicabilità nei loro confronti del divieto *antitrust* e la comminazione delle relative sanzioni pecuniarie[35].

4. Il terzo *building block* della giurisprudenza della Corte in materia di diritto *antitrust* è quello relativo alla tutela giudiziale dei diritti soggettivi riconosciuti dagli articoli 101 e 102 TFUE (c.d. *antitrust private enforcement*). Questa si è sviluppata in due differenti fasi. La prima è quella in cui la Corte, riconoscendo la diretta efficacia degli articoli 101 e 102 TFUE, ha chiarito che tali divieti conferiscono ai privati dei diritti soggettivi che i giudici devono tutelare. La seconda fase è quella relativa alla creazione di un "quadro di armonizzazione negativa" relativo all'*antitrust private enforcement*.

4.1. Come ricordato precedentemente, gli articoli 101 e 102 TFUE sono entrambi divieti diretti alle imprese[36]. La formulazione degli articoli 101 e 102 TCE attribuisce loro la natura di norme aventi "effetto diretto"[37]. Esse sono infatti, secondo la giurisprudenza della Corte, norme chiare, non condizionate e determinate nel contenuto. In considerazione di ciò, esse possono essere applicate diretta-

[35] Secondo tale giurisprudenza, una impresa è responsabile di comportamenti in violazione dell'articoli 101 o 102 TFUE quando essa disponga di discrezionalità nel proprio agire (Sentenza della Corte di giustizia dell'11 novembre 1997, cause riunite C-359 e 379/95 P, *Commissione e Francia c. Ladbroke Racing Ltd.*, ECLI:EU:C:1997:531, punto 33). Se uno Stato membro imponga ad una impresa un comportamento in violazione degli articoli 101 e 102 TFUE, o crei una situazione normativa che non permetta all'impresa di determinare la propria azione, il conseguente comportamento illecito non può essere imputato all'impresa (*ibidem*, punto 33). La giurisprudenza ricorda però che l'ipotesi in cui le imprese possano non applicare il diritto *antitrust* UE in conseguenza degli obblighi imposti da una normativa nazionale, senza conseguenze giuridiche per il proprio comportamento, devono essere interpretate in modo restrittivo (sentenza del Tribunale del 30 marzo 2000, causa T-513/93, *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali c. Commissione*, ECLI:EU:T:2000:91, punto 60; sentenza *CIF*, punto 67). In particolare, ciò è possibile solo quando tale comportamento è una diretta conseguenza delle norme nazionali. L'impresa non dovrà quindi risarcire i danni causati a terzi da tale comportamento (sentenza *CIF*). Quindi, in questa ipotesi, e in presenza dei requisiti della giurisprudenza UE (v., tra le molte, la sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 1991, cause riunite C-6 e 9/90, *Francovich*, ECLI:EU:C:1991:428, punti 33-36; del 2 agosto 1993, causa C-271/91, *M. Helen Marshall c. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*, ECLI:EU:C:1993:335, punti 30, 34 e 35; del 5 marzo 1996, cause riunite C-46 e 48/93, *Brasserie du Pêcheur SA*, ECLI:EU:C:1996:79; 26 marzo 1996, causa C-392/93, *The Queen c. H. M. Treasury, ex parte British Telecommunications plc.*, ECLI:EU:C:1996:131, punti 39-46; dell'8 ottobre 1996, cause riunite C-178-179 e 188-190/94, *Dillenkofer*, ECLI:EU:C:1996:375, punti 22, 26-72), sarà lo Stato membro che ha emanato tale misura illegittima ad essere obbligato a risarcire i relativi danni (sentenza *CIF*). Diversamente, quando il comportamento anticoncorrenziale possa essere in qualche modo attribuito alla discrezionalità dell'impresa, esso sarà soggetto alla disciplina *antitrust* UE (sentenza *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali*, punto 61; sentenza *CIF*, punto 69). Sul punto, G.A. Benacchio, *Il* private enforcement *del diritto europeo* antitrust*: evoluzione e risultati*, in L. F. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, II ed., Padova, 2019 (in corso di pubblicazione).

[36] V. la sentenza *Walt Wilhelm.*

[37] Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 6 aprile 1962, causa 13/61, *Kleding Verkoop Bedrijf de Geus en Uitdenbogerd c. Robert Bosch GmbH*, ECLI:EU:C:1962:11; del 30 gennaio 1974, causa 127/73, *BRT c. SABAM*, ECLI:EU:C:1974:6.

mente dai giudici nazionali[38]. La Corte ha inoltre concluso che gli articoli 101 e 102 TFUE attribuiscono ai singoli dei diritti soggettivi[39].

Questo principio, ormai ampiamente accettato, non deve far sottovalutare l'innovatività di una simile lettura da parte della Corte di giustizia. Nei primi anni di vigenza del TCEE, infatti, l'impostazione dominante sosteneva che gli articoli 85 e 86 TCEE rappresentassero politiche generali del Trattato senza alcun effetto diretto in favore dei singoli, come sostenuto ad esempio in Italia da Balladore Pallieri[40]. L'influenza della dottrina tedesca, e del Mestmäcker in particolare, hanno determinato l'attuale interpretazione. Tra le altre cose, questa interpretazione si rifaceva ad uno dei capisaldi della scuola ordoliberale di Friburgo, cioè la necessità di riconoscere ai singoli il diritto ad esercitare attività economica[41].

Il fatto che gli articoli 101 e 102 TFUE riconoscano dei diritti soggettivi ai singoli determina una conseguenza rilevante nell'ipotesi della loro violazione da parte dei singoli o degli Stati membri, cioè il diritto dei privati a vedersi riconoscere il risarcimento del danno conseguenza di tale violazione[42].

---

[38] Sentenza della Corte di giustizia del 18 marzo 1997, causa C-282/95 P, *Guérin automobiles c. Commissione*, ECLI:EU:C:1997:159.

[39] Sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 1995, cause riunite C-430 e 431/93, *Van Schijndel c. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, ECLI:EU:C:1995:441, punto 14; sentenza *Brasserie du Pêcheur SA*; sentenza *BRT c. SABAM*, punto 16. Cfr. inoltre la sentenza della Corte di giustizia del 17 marzo 1993, cause riunite C-72 e 73/91, *Firma Sloman Neptun Schiffahrts AG c. Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG,* ECLI:EU:C:1993:97, nella quale si sostiene che «Sebbene il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro costituisca uno degli obiettivi fondamentali del Trattato […] gli Stati membri dispongono, in tale ambito, una discrezionalità che esclude che l'obbligo sancito dall'art. [10] possa far sorgere in capo ai singoli diritti ai quali i giudici nazionali siano tenuti ad apprestare tutela» (punto 28).

[40] V. infatti l'impostazione del Balladore Pallieri il quale nel 1959 – come sottolineato da N. Catalano, *Relazione tra le regole di concorrenza stabilite dal Trattato istitutivo della C.E.E. e le legislazioni degli Stati membri*, in *Rivista di Diritto Europeo*, 1962, p. 335 e p. 337, nota 1 – negava l'esistenza di diritto soggettivo *ex* articoli 101 e 102 TFUE per i singoli. Gli articoli 101 e 102 TFUE potevano solamente attribuire ai singoli un interesse, e quindi il solo diritto di adire la Corte di giustizia (escludendo quindi l'effetto diretto delle norme stesse); G. Balladore Pallieri, *Il mercato comune europeo e la legislazione italiana antimonopolistica*, in *Diritto Internazionale*, 1959, p. 407. V. la posizione di Balladore Pallieri criticata da U. Draetta, *Il regolamento di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato di Roma*, in *Rivista di Diritto internazionale*, 1961, p. 144.

[41] H. von der Groeben, *Ernst Joachim Mestmäckers Beitrag zur Gestaltung einer europäischen Wettbewerbspolitik*, in *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburstag*, Baden-Baden, 1996, p. 29. Così come per altro sostenuto in Italia in sede di Assemblea costituente da Luigi Einaudi (il quale era egli stesso in contatto con la scuola di Friburgo, e in particolare con Wilhelm Röpke). Sul punto v. D. J. Gerber, *Law and competition in twentieth century Europe: protecting Prometheus*, Oxford, 1998, p. 263; riguardo alla posizione di Luigi Einaudi in Assemblea costituente, v. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali lezioni (parte speciale)*, Padova, 1992.

[42] La possibilità che la violazione degli articoli 101 e 102 TFUE determini l'obbligo di risarcimento del danno tra singoli è stato espressamente riconosciuto nella sentenza *Courage*. In generale, com'è noto, la giurisprudenza della Corte – attraverso un'interpretazione analogica delle norme sulla responsabilità *extra*-contrattuale dell'Unione – ha sostenuto l'esistenza, all'interno dell'ordinamento UE, dell'obbligo generalizzato di risarcimento dei danni in caso di violazione di un diritto soggettivo riconosciuto dall'ordinamento dell'Unione (tra le tante, v. la sentenza *Francovich*). Affinché sia riconosciuto il risarcimento dei danni, nel caso di violazione di un diritto dell'Unione da parte dei privati, è necessario che la norma che riconosca il diritto soggettivo abbia, a differenza dell'ipotesi di violazione da parte degli Stati membri, "effetto diretto". Diversamente, l'obbligo di risarcimento dei danni da parte degli Stati membri per violazione degli articoli 101 e 102 TFUE è configurabile in applicazione del principio di effetto utile

4.2. In una seconda fase, la Corte ha definito tramite la propria giurisprudenza una serie di principi che hanno creato una sorta di "quadro di armonizzazione negativa". Cioè la Corte, con una molto ben riflettuta serie di sentenze, ha individuato – tramite l'applicazione dei principi di uguaglianza ed efficacia – i casi di illegittimità delle normative nazionali che limitano l'efficacia del diritto al risarcimento del danno conseguente della violazione degli articoli 101 e 102 TFUE[43].

La necessità di definire tale "quadro" di principi era causata da varie ragioni: le modifiche apportate dal reg. 1/2003 all'applicazione dei divieti *antitrust*, il conseguente aumento dei casi di *antitrust private enforcement* a livello nazionale e, soprattutto, il "ritardo" del legislatore europeo nell'emanare una specifica normativa in materia[44]. In particolare, a fronte di questo "ritardo" la Corte di giustizia ha di fatto sostituito, nei limiti che vedremo, il legislatore europeo con la propria giurisprudenza[45].

Quello che è interessante qui sottolineare riguarda la modalità con cui la Corte è intervenuta sul punto. Essa, correttamente, non si è sostituita al legislatore europeo disciplinando in via "pretoria" delle regole positive relative all'*antitrust private enforcement*, come ad esempio aveva cercato di operare (in modo criticabile) l'Avv. gen. Mazák nelle conclusioni della sentenza *Pfleiderer*[46]. Diversamente la Corte in una ricca giurisprudenza – tra le tante, la sentenze *Manfredi* (2006), *Pfleiderer* (2011),

---

del diritto *antitrust* dell'Unione (*rectius* in ogni caso in cui lo Stato membro non permetta al singolo di godere di un diritto soggettivo riconosciuto dall'ordinamento europeo. Sul punto, v. la sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 1998, causa C-347/96, *Solred SA c. Administración General del Estado*, ECLI:EU:C:1998:87.

43 Il problema nasce dal fatto che le procedure per «l'applicazione del diritto comunitario della concorrenza da parte delle giurisdizioni nazionali [ma ciò vale anche per le Autorità nazionali] e le sanzioni che esse possono comminare in caso di infrazione alle norme di tale diritto sono disciplinate in gran parte dal diritto nazionale» (Comunicazione sulla cooperazione con le giurisdizioni nazionali, par. 9). Le normative nazionali devono comunque essere conformi ai principi generali del diritto comunitario (ad es. principio di efficacia, principio di equivalenza).

44 Il tema dell'applicazione giudiziale dei divieti degli articoli 101 e 102 TFUE diviene centrale successivamente all'emanazione del reg. 1/2003 (regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato. Il reg. 1/2003, cd. della "modernizzazione", modificava in modo radicale la modalità in cui i divieti *antitrust* europei erano applicati da parte di Commissione e delle autorità *antitrust* nazionali (cd. *public enforcement*). Tra gli obiettivi del regolamento vi era quello del decentramento dell'applicazione del diritto *antitrust* da parte degli Stati membri (tanto autorità *antitrust* che giudici nazionali). Il regolamento disciplinava in modo preciso l'applicazione decentrata del diritto *antitrust* riguardo al *public enforcement*. Il sistema definito dal reg. 1/2003 non prevedeva però norme di dettaglio con riferimento al *private enforcement*. Tale normativa di dettaglio, di cui si attendeva l'emanazione subito dopo l'emanazione del reg. 1/2003, è stata pubblicata solo dieci anni dopo con la direttiva n. 104/2014, cd. direttiva *damages*. L'assenza di tale normativa era tanto più grave in quanto nel frattempo, anche in considerazione delle nuove modalità di applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE da parte dei giudici, vi era a livello nazionale un numero rilevante di casi di applicazione giudiziale del diritto *antitrust*. Anche a fronte di questo si moltiplicava la necessità di chiarimento dei principi europei di applicazione del diritto *antitrust* dell'Unione da parte dei giudici, compresi i limiti alla legittimità delle normative nazionali che non garantissero l'efficacia del diritto al risarcimento a fronte della violazione degli articoli 101 e 102 TFUE.

45 F. Munari, M. Barbato, *La Direttiva Damages: dalle origini del sistema europeo di private antitrust enforcement alla Dir. 104/2014*, in L.F. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, II ed., Padova, 2019.

46 Conclusioni dell'Avvocato generale Mazák del 16 dicembre 2010, causa C-360/09, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:2010:782.

Donau Chemie (2013), *Kone* (2014) – ha chiarito quando normative nazionali che non garantiscono l'efficace tutela del diritto al risarcimento del danno conseguente alla violazione degli articoli 101 e 102 TFUE siano illegittime.

L'importanza del ruolo di "supplenza" della Corte di giustizia all'"assente" legislatore europeo è stata poi riconosciuta nella stessa direttiva – la direttiva cd. *damages*[47] – quando essa, dopo oltre dieci anni di attesa, è stata finalmente pubblicata nel 2014. Nel testo della direttiva il legislatore dell'Unione riconosce *apertis verbis* che la direttiva, in buona sostanza, «ribadisce l'*acquis comunitario* relativo al diritto di ottenere un risarcimento per il danno causato da violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione […] e non ne pregiudica alcun ulteriore sviluppo» (considerando 12). La direttiva riconosce ulteriormente che per il futuro la giurisprudenza della Corte continua a rappresentare il quadro di riferimento della legittimità delle normative per quegli aspetti o condizioni relativi al *private enforcement* non disciplinati espressamente dalla direttiva n. 104/2014 (v. considerando 11)[48].

5. Nel presente scritto si è cercato di individuare il ruolo svolto dalla Corte di giustizia nella nascita e sviluppo del diritto *antitrust* europeo. Sono stati individuati tre *building blocks* – tre generalissimi temi – dai quali, tramite la giurisprudenza della Corte, si è sviluppato nel corso degli anni il diritto *antitrust* europeo: il primo è quello dell'interpretazione dei divieti *antitrust* con la necessità, soprattutto negli anni fondativi, di interpretare gli articoli 101 e 102 TFUE in modo autonomo rispetto alle "similari" normative nazionali espressione però di una cultura giuridico-economica spesso diametralmente opposta da quella della tutela della concorrenza; il secondo è quello dell'individuazione dei principi del rapporto tra gli articoli 101 e 102 TFUE, da una parte, e normative nazionali, dall'altro; il terzo è quello della tutela dei diritti soggettivi attribuiti dai divieti *antitrust* e del cd. *antitrust private enforcement*.

Con riferimento al primo *building block* – cioè quello dell'interpretazione dei divieti *antitrust* autonoma rispetto alle normative nazionali – la difficoltà d'interpretazione degli articoli 101 e 102 TFUE era conseguenza del fatto che prima dell'emanazione dei Trattati non esistevano a livello degli Stati membri normative *antitrust*. Le normative che esistevano avevano spesso finalità opposte a quelle di tutela della concorrenza; normative spesso emanate secondo i principi di cartellizzazione dell'economia o comunque secondo i principi dell'economia autarchica. Da qui l'impegnativo compito per la Corte, tra l'altro, di individuare un'interpretazione degli articoli 101 e 102 TFUE autonoma rispetto a tali differenti culture giuridico-economica. Un'interpretazione che inserisse i divieti dei Trattai nel quadro della tutela della concorrenza non falsata e della creazione del mercato interno europeo. L'obiettivo di un'interpretazione autonoma dei divieti *antitrust*, cioè che tra l'altro tenesse presente le particolarità della natura giuridica dell'Unione e dei suoi obiettivi,

[47] Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

[48] Il considerando 11 recita: «Qualora gli Stati membri nel loro diritto nazionale prevedano altre condizioni per il risarcimento, quali imputabilità, adeguatezza o colpevolezza, essi dovrebbero poter mantenere tali condizioni nella misura in cui siano conformi alla giurisprudenza della Corte di giustizia, ai principi di efficacia e di equivalenza e alla presente direttiva».

ha caratterizzato la giurisprudenza della Corte fino ad oggi. Basti far riferimento al principio – molto discusso – della responsabilità per violazione *antitrust* nei gruppi di società ed alla cd. presunzione *Telefunken*, giurisprudenza sviluppata dalla Corte negli ultimi venti anni.

L'importanza delle scelte a cui la Corte era chiamata nell'individuare quale interpretazione fornire agli articoli 101 e 102 TFUE è ben rappresentata da due sentenze.

La sentenza in tema di art. 101 TFUE – la celeberrima "*Suiker Unie*" del 1975 – è relativa all'interpretazione di un concetto centrale per il divieto di accordi anticoncorrenziali, quello di "coordinamento e collaborazione". L'interpretazione "rigida" di tale concetto scelta dalla Corte in tale sentenza ha avuto quale conseguenza, anche in considerazione delle particolarità relative all'allora reg. 17/62, un'interpretazione dell'art. 101 TFUE secondo il principio del divieto e non dell'abuso. Per comprendere come tale scelta determinasse un cambiamento "epocale", basti far riferimento al fatto che la disciplina francese da cui era stata sostanzialmente "fotocopiata" la formulazione dell'art. 101 TFUE era stata precedentemente applicata, diversamente, secondo l'opposto principio dell'abuso.

La sentenza *Continental Can*, per quanto riguarda l'art. 102 TFUE, fornisce del pari l'idea dell'importanza e della difficoltà delle scelte a cui la Corte di giustizia era chiamata negli anni '70 nella fase di "nascita" del diritto *antitrust* europeo. Sono state fatte presenti in questo scritto le opzioni interpretative, tra loro diametralmente opposte, relative al concetto di abuso di posizione dominante che si presentavano dinnanzi alla Corte: da una parte, un'interpretazione che poneva il divieto di abuso nel quadro giuridico del generale principio di libertà di concorrenza; dall'altra, un'interpretazione della norma che ne escludeva l'effetto diretto e che la qualificava come disposizione di regolamentazione del mercato.

Il secondo *building block* della giurisprudenza della Corte qui individuato è quello relativo alla definizione dei principi di soluzione dei contrasti tra gli articoli 101 e 102 TFUE, da una parte, e normative nazionali, dall'altra; tema questo che è stato sviluppato dalla giurisprudenza della Corte per oltre quarant'anni. Tale problematica è stata affrontato in un primo tempo, negli anni '60, con riferimento al rapporto tra divieti *antitrust* del Trattato e quelli degli Stati membri. La Corte ha poi sviluppato tale giurisprudenza, dagli anni '80 in poi, con l'obiettivo di individuare i casi in cui normative nazionali non *antitrust* limitassero l'effetto utile degli articoli 101 e 102 TFUE e, in quanto tali, fossero illegittime. Tale complessa giurisprudenza ha contribuito ad estendere l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE – disposizioni normalmente dirette alle imprese – nei confronti degli Stati membri al fine, indirettamente, di garantire il principio fondamentale della "concorrenza non falsata" nel mercato interno.

Il terzo *building block* della giurisprudenza della Corte in materia *antitrust* è quello della tutela giudiziale dei diritti soggettivi riconosciuti dai divieti *ex* articoli 101 e 102 TFUE. Con riferimento a questo la Corte ha concluso (già nella sentenza *Brt Sabam* del 1973) che i divieti *antitrust* attribuiscono ai singoli diritti soggettivi e, successivamente, essa ha ulteriormente chiarito che i giudici nazionali sono chiamati a tutelare tali diritti (sentenza *Courage*, 2001). In un secondo momento la Corte ha sviluppato un'articolata giurisprudenza – evolutasi negli ultimi venti anni – in materia di applicazione giudiziale dei divieti *antitrust*. Tale giurisprudenza

ha individuato una serie di principi – per il tramite dell'applicazione dei principi di uguaglianza ed efficacia – che hanno così creato un "quadro di armonizzazione negativa" relativo alla illegittimità delle discipline degli Stati membri che limitavano l'efficace tutela del diritto al risarcimento a fronte della violazione degli articoli 101 e 102 TFUE. La necessità di definire tale "quadro" di principi era causata da varie ragioni: le modifiche apportate dal reg. 1/2003 all'applicazione dei divieti *antitrust*, il conseguente aumento dei casi di *antitrust private enforcement* a livello nazionale e, soprattutto, il ritardo del legislatore europeo nell'emanare una specifica normativa in materia. Quando poi tale normativa è stata emanata – cioè la direttiva 104/2014 (cd. direttiva *damages*) – il suo contenuto era – in buona sostanza – mutuato dalla relativa giurisprudenza della Corte. Questo a dimostrazione, ancora una volta, della centralità del ruolo della Corte per la nascita e lo sviluppo del diritto *antitrust* europeo e, più in generale, del diritto dell'Unione.

Abstract

La Corte di giustizia, la "nascita" del diritto *antitrust* europeo e i tre *building blocks* della giurisprudenza in materia di articoli 101 e 102 TFUE

L'obiettivo del presente scritto è quello di individuare il ruolo svolto dalla Corte di giustizia nella nascita e sviluppo del diritto *antitrust* europeo. Obiettivo questo particolarmente complesso vista, tra l'altro, l'enorme quantità di sentenze che sono state emanate in tale materia negli oltre sessanta anni dalla nascita dell'Unione. Si è cercato qui di individuare i temi centrali, quelli che potremmo definire i *building blocks*, intorno ai quali si è sviluppata la giurisprudenza della Corte in materia *antitrust*; ne sono stati individuati tre: il primo *building block* è quello relativo all'interpretazione dei divieti, una interpretazione che la Corte ha sempre sostenuto dover essere autonoma rispetto al diritto degli Stati membri e che deve tenere presente, inoltre, la particolarità della natura giuridica dell'Unione e dei suoi obiettivi; il secondo è quello relativo ai principi di soluzione dei conflitti tra gli articoli 101 e 102 TFUE, da una parte, e le normative nazionali, dall'altra, al fine di tutelare l'effetto utile dei divieti *antitrust*; il terzo è quello relativo alla tutela giudiziale dei diritti soggettivi riconosciuti dagli articoli 101 e 102 TFUE (cd. *antitrust private enforcement*).

The Court of Justice, the "Birth" of European Antitrust Law and the Three "Building Blocks" of Articles 101 and 102 TFEU Case Law

The aim of the present article is to identify the role played by the Court of Justice in the birth and development of European antitrust law. This aim is particularly complex, among other things, because of the extensive amount of case law in this matter issued by

the Court over the last sixty years. We have tried to identify the central themes, those that could be defined as "building blocks", around which the Court's antitrust case law developed. As a result three "building blocks" have been identified: the first one is that relating to the interpretation of prohibitions, interpretation by the Court that has always been independent *vis-a-vis* the law of the Member States and which has always taken into account the peculiarity of the legal nature of the Union and its objectives; the second one is that relating to the principles of resolving conflicts between Articles 101 and 102 TFEU, on the one hand, and national legislation, on the other, in order to protect the *effect utile* of antitrust law prohibitions; the third one is that relating to the judicial protection of rights recognized by Articles 101 and 102 TFEU (so-called antitrust private enforcement).

Eleanor Spaventa*

Le libertà fondamentali del Mercato

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il principio di non discriminazione. – 3. Solidarietà. – 3.1. Il migrante economico come persona. – 4. I diritti di libera circolazione, la direttiva 2004/38 e la Carta dei diritti fondamentali. – 5. Il diritto di accesso al mercato. – 6. La libera circolazione delle merci. – 7. Conclusioni.

1. Le libertà mercatorie si articolano, dall'inizio, come diritti fondamentali dei cittadini europei: come tali, queste libertà sono interpretate in maniera espansiva e si articolano secondo principi ermeneutici che con il tempo divengono ben stabiliti. Oltre al principio di non discriminazione in base alla nazionalità, che è sia diritto sancito dal Trattato, sia principio ermeneutico, si tratta dei principi di solidarietà; della tutela del migrante non solo come attore economico ma come "persona"; e con il tempo l'accesso ai mercati nazionali così da creare, nonostante le differenze regolamentari fra uno Stato e l'altro, un mercato unico.

Questi principi vengono elaborati nel contesto di un'interpretazione teleologica e dinamica delle norme del Trattato; in questo contributo ci si focalizzerà allora su questi principi mettendo anche in rilievo certe criticità. Inizieremo concentrandoci sui principi fondamentali elaborati dalla Corte soprattutto nel contesto della libera circolazione delle persone fisiche, per poi passare alla nozione di accesso al mercato e concludere con la libera circolazione delle merci.

2. Il principio di non discriminazione è principio fondamentale dell'ordinamento europeo, e come tale al centro dell'interpretazione delle libertà mercatorie di persone fisiche e giuridiche. In contrasto, nel contesto della libertà di circolazione delle merci, il principio di non discriminazione non è all'inizio manifestamente rilevante – la giurisprudenza *Dassonville/Cassis* infatti non richiedeva alcuna dimostrazione di effettiva discriminazione fra prodotti importati e prodotti domestici[1], anche se parte della dottrina ritenne che fosse proprio il principio di non discriminazione a spiegare la giurisprudenza della Corte[2]. Negli anni novanta, con la sentenza *Keck*

* Professore Ordinario di diritto dell'Unione europea presso l'Università Bocconi Milano.

1 Sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 1974, causa 8/74, *Dassonville*, ECLI:EU:C:1974:82; del 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentrale AG* v. *Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* ("Cassis de Dijon"), ECLI:EU:C:1979:42.

2 Si veda N. Bernard, *Discrimination and Free Movement in EC Law*, in *International and Comparative Law Quarterly,* 1996, p. 82.

e *Mithouard*[3], la discriminazione diventa elemento rilevante in relazione alle regole che determinano la modalità di vendita dei prodotti invece che le loro caratteristiche. Ciò detto, e dato che si può certamente discutere sulla continua rilevanza della giurisprudenza *Keck*, non vi è dubbio che è nell'ambito della libertà di circolazione delle persone fisiche che il principio di non discriminazione viene articolato più coerentemente.

Da questo punto di vista, basti ricordare la sentenza *O'Flynn*, dove la Corte articola la portata del principio di non discriminazione, statuendo che

"Devono pertanto essere giudicate indirettamente discriminatorie le condizioni poste dall'ordinamento nazionale le quali, benché indistintamente applicabili secondo la cittadinanza, riguardino essenzialmente [...] o in gran parte i lavoratori migranti [...], nonché le condizioni indistintamente applicabili che possono essere soddisfatte più agevolmente dai lavoratori nazionali che dai lavoratori migranti [...] o che rischiano di essere sfavorevoli, in modo particolare, ai lavoratori migranti [...]"[4].

La Corte quindi esplicita ciò che era già noto – la discriminazione che rileva non è solo quella sulla base della nazionalità ma anche quella sulla base del movimento, e cioè le regole che hanno un effetto sui migranti comunitari più sfavorevole rispetto all'effetto su coloro che non hanno esercitato le libertà conferite dal Trattato. Questo era già noto[5], ma la sentenza *O'Flynn* permette una migliore sistematizzazione della materia, anche alla luce dell'applicazione delle norme del Trattato sulla libera circolazione ai migranti circolari, cioè a coloro che tornano nello Stato di origine dopo aver esercitato le libertà conferite dal Trattato[6].

Ma la sentenza *O'Flynn* chiarisce anche un altro punto importante – la discriminazione in base alla nazionalità – migrazione è concettualmente diversa da altri tipi di discriminazione, proprio per la sua natura dinamica. Infatti, mentre nel caso della discriminazione indiretta in base al genere, la ricorrente deve dimostrare con statistiche che una regola, pratica o comportamento è di fatto discriminatoria, ciò non è necessario per la discriminazione in base alla nazionalità nel contesto delle libertà di circolazione garantite dal Trattato. In quest'ultimo contesto è sufficiente che la norma contestata "tenda" ad avere un effetto più sfavorevole ai lavoratori migranti: non vi è alcun bisogno di produrre prove concrete dell'effetto della norma. Non solo, come provato nel contesto della sentenza *Gourmet*[7], anche la prova concreta (attraverso statistiche) che la norma in discussione non abbia avuto effetti discriminatori non ne esclude la potenziale portata discriminatoria. La ragione per cui la Corte adotta un'interpretazione così ampia è doppia; prima di tutto, e come si è accennato

[3] Sentenza della Corte di giustizia del 24 novembre 1993, cause riunite C-267 e 268/91, *Keck and Mithouard*, ECLI:EU:C:1993:905.

[4] Sentenza della Corte di giustizia del 23 maggio 1996, causa C-237/94, *O'Flynn*, ECLI:EU:C:1996:206, punto 18.

[5] Si veda per esempio la sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1993, causa C-19/92, *Dieter Kraus* c. *Land Baden-Württemberg*, ECLI:EU:C:1993:125.

[6] Si vedano per esempio le sentenze della Corte di giustizia del 27 ottobre 2011, causa C-370/90, *The Queen c. Immigration Appeal Tribunal and Singh, ex parte Secretary of State for the Home Department*, ECLI:EU:C:1992:296; del 12 marzo 2014, causa C-456/12, *O.*, ECLI:EU:C:2014:135; in stessa data, causa C-457/12, *S. e G.* ECLI:EU:C:2014:136; del 5 giugno 2018, causa C-673/16, *Coman e a.*, ECLI:EU:C:2018:385.

[7] Sentenza della Corte di giustizia dell'8 marzo 2001, causa C-405/98, *Gourmet International Products*, ECLI:EU:C:2001:135.

prima, a causa della natura dinamica delle libertà di circolazione: la mera esistenza di una norma potenzialmente discriminatoria può avere un effetto di compartimentazione del mercato. Un operatore economico può non avere l'incentivo a tentare di penetrare un mercato se è cosciente di partire da una posizione di svantaggio rispetto gli operatori locali. Se la Corte richiedesse prova statistica e comparativa della discriminazione, tale discriminazione sarebbe di difficile dimostrazione, visto che gli operatori stranieri potrebbero non essere affatto presenti sul mercato proprio a causa dell'esistenza di norme discriminatorie. In secondo luogo, la prova statistica richiederebbe uno sforzo probatorio impossibile; per esempio non necessariamente viene registrata la nazionalità dei lavoratori o degli operatori economici, soprattutto vista l'assenza di visti e controlli di altro genere nell'ambito dell'area economica europea.

Il principio di non discriminazione è quindi interpretato nella maniera più ampia possibile – e le giustificazioni e il principio di proporzionalità sono applicati in maniera tanto più rigorosa quanto più restrittiva è la portata della norma. In questo contesto è quasi impossibile giustificare la discriminazione diretta[8]; e le norme che abbiano un elemento territoriale (come per esempio requisiti di residenza)[9] per quanto formulate in maniera neutra sono quasi altrettanto difficili da giustificare, giacché automaticamente soddisfatte dagli operatori nazionali. Anche la portata *ratione materiae* del principio di non discriminazione è interpretata in maniera molto ampia – così per esempio, settori che dapprima si ritenevano almeno in parte salvaguardati dall'applicazione del principio di non discriminazione, come quello delle prestazioni sanitarie, ricadono nell'ambito del Trattato almeno per quanto riguarda restrizioni imposte dallo Stato membro di affiliazione alla possibilità di ricevere prestazioni sanitarie in altro Stato membro[10]. O, nel contesto della cittadinanza, alle restrizioni imposte sempre dallo Stato membro di appartenenza all'esportabilità delle borse di studio[11]. E invero, il principio di non discriminazione diverrà sempre più importante nel contesto dell'esportabilità di benefici e rimborsi per prestazioni che tradizionalmente vengono limitati alla fruizione nell'ambito del territorio nazionale[12].

Il principio di non discriminazione in base alla nazionalità rimane un cardine, forse il cardine più importante, del mercato unico e delle sue libertà. Mentre è vero che, soprattutto nell'ambito della libera circolazione dei servizi, la Corte è ora orientata su un test di accesso al mercato, questo nulla toglie alla centralità della non discriminazione come principio fondamentale dell'integrazione europea[13].

---

[8] La discriminazione diretta può essere giustificata in relazione a certe occupazioni legate all'esercizio di autorità pubblica interpretata comunque in maniera ristrettiva, si veda per esempio la sentenza della Corte di giustizia del 21 giugno 1974, causa 2/74, *Reyners*, ECLI:EU:C:1974:68.

[9] Si vedano per esempio le sentenze della Corte di giustizia del 26 aprile 1988, causa 352/85, *Bond van Adverteerders and Others c. The Netherlands State*, ECLI:EU:C:1988:196; del 16 dicembre 1992, causa C-211/91, *Commission c. Belgium*, ECLI:EU:C:1992:526; del 3 giugno 1992, causa C-360/89, *Commission c. Italy*, ECLI:EU:C:1992:235.

[10] Si veda per esempio la sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 2001, causa C-157/99, *Smits and Peerbooms*, ECLI:EU:C:2001:404.

[11] Si veda per esempio la sentenza della Corte di giustizia del 23 ottobre 2007, cause riunite C-11 e 12/06, *Morgan*, ECLI:EU:C:2007:626.

[12] Si veda per esempio la sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 2008, causa C-287/05, *Hendrix*, ECLI:EU:C:2007:494.

[13] Si veda ora il dibattito sugli effetti dell'art. 18 TFUE; per l'estensione orizzontale della portata di tale articolo si veda la sentenza della Corte di giustizia del 13 giugno 2019, causa C-22/18, *TopFit e*

3. Direttamente collegato al principio di non discriminazione, è la creazione di uno spazio di solidarietà transnazionale, elemento forse tra i più rivoluzionari nella giurisprudenza della Corte. Questo spazio di solidarietà transnazionale non è creato, come spesso si crede, con l'emergere della cittadinanza europea (anche al netto della sentenza *Dano*) ma piuttosto dalla decisione in *Levin* di estendere i benefici e la protezione del Trattato ai lavoratori *part-time*[14], anche quando il reddito da lavoro risulti inferiore al minimo per la sussistenza. È in questo caso che infatti si "apre" il sistema di assistenza sociale nazionale, estendendo la solidarietà a situazioni che tradizionalmente ne erano escluse. La comunità solidaristica è infatti, nella gran maggioranza dei casi, chiusa e l'accesso ad essa è condizionato al possesso di determinati requisiti che attestino l'esistenza di un legame sufficiente a giustificare un trasferimento di risorse. Questo legame o è "innato", grazie alla nazionalità che presume una connessione con la comunità di riferimento; oppure è "acquisito" attraverso la contribuzione economica attiva[15]. In un primo momento, la Corte apre uno spiraglio nella comunità solidaristica interpretando la nozione di vantaggio sociale in maniera molto ampia, al di là di quelle contribuzioni direttamente legate allo status di lavoratore[16]. Ma è con l'espansione dello scopo *ratione personae* del Trattato al lavoratore *part-time* che si crea veramente la solidarietà transnazionale. Basti pensare che è la lavoratrice *part-time*, che magari è appena arrivata e che quindi deve ancora stabilire legami affettivi e di appartenenza con la comunità ospitante, che diventa tutt'a un tratto beneficiaria non solo dei vantaggi sociali che normalmente spettano ai lavoratori, ma anche di quelle prestazioni elargite solo a coloro il cui reddito sia inferiore a un minimo prestabilito, le vere prestazioni di solidarietà in quanto totalmente slegate da alcun elemento contributivo diretto o indiretto.

Ecco allora che con la giurisprudenza *Levin*[17], interpretata in maniera molto ampia così da coprire anche lavoratori occasionali e *part-timers* che lavorino solo poche ore alla settimana[18], si apre veramente il *welfare* nazionale anche a coloro che non hanno legami innati o acquisiti con la società ospitante.

Ciò detto, l'interpretazione generosa della Corte ha un limite importante, con anche conseguenze di genere: il lavoro che rileva ai fini dell'applicazione del Trattato e del principio di non discriminazione è solo il lavoro che porti a una compensazione economica. Così il lavoro domestico e il volontariato, ma anche il lavoro il cui proposito primario sia la riabilitazione[19], che pure innegabilmente hanno un valore economico, sono esclusi dalla protezione del Trattato. Giacché il lavoro domestico, incluse le cure di bambini e anziani, ricade statisticamente in maniera preponde-

Biffi, ECLI:EU:C:2019:497.

[14] Sentenza della Corte di giustizia del 23 marzo 1982, causa 53/81, *Levin*, ECLI:EU:C:1982:105.

[15] Sull'impatto del diritto europeo sui sistemi sociali nazionali, si veda per esempio G. De Búrca (ed.), *EU Law and the Welfare State. In search of Solidarity*, Oxford, 2005; M. Dougan, E. Spaventa (eds.), *Social Welfare and EU Law*, Oxford, 2005.

[16] Si vedano per esempio le sentenze della Corte di giustizia del 30 settembre 1975, causa 32/75, *Cristini c. SNCF*, ECLI:EU:C:1975:120; del 31 maggio 1979, causa 207/78, *Even*, ECLI:EU:C:1979:144; del 14 gennaio 1982, causa 65/81, *Reina*, ECLI:EU:C:1982:6.

[17] Sentenza Levin, cit.

[18] Si veda recentemente la sentenza della Corte di giustizia dell'11 aprile 2019, causa C-483/17, *Tarola*, ECLI:EU:C:2019:309.

[19] Sentenza della Corte di giustizia del 7 settembre 2004, causa C-456/02, *Trojani*, ECLI:EU:C:2004:488.

rante sulle spalle delle donne, questa decisione non è senza conseguenze: la donna migrante che si prenda cura della famiglia non è protetta, autonomamente, dalle norme sulla libera circolazione a meno che non possieda risorse sufficienti e assicurazione medica completa ai sensi della direttiva 2004/38[20]. L'effetto discriminatorio di questa interpretazione sta poi emergendo in maniera chiara in relazione ai diritti degli individui nell'ambito della Brexit, nel contesto della quale donne che hanno vissuto anche a lungo nel Regno Unito si vedono negare il permesso di rimanere dopo la Brexit in quanto non 'lavoratrici' e non economicamente indipendenti.

Così mentre l'estensione della solidarietà è al centro della giurisprudenza della Corte su lavoratori autonomi e subordinati, vi continuano ad essere problemi legati al continuo *focus* economico delle libertà mercatorie.

3.1 Un altro filo ermeneutico che caratterizza l'interpretazione della Corte è il desiderio di massimizzare i diritti dei migranti che sono visti non come meri agenti economici e strumenti di integrazione europea, ma come persone titolari di diritti, diritti che vanno molto al di là della sfera economica. Questo fatto si può riscontrare innanzitutto e già nella legislazione europea risalente[21], nel momento in cui al migrante europeo è riconosciuto un diritto al ricongiungimento familiare che è indipendente dal reddito del migrante stesso[22]. A differenza di quello che succede normalmente nel contesto della migrazione ordinaria, il lavoratore non ha bisogno di fornire alcuna prova rispetto alla sussistenza di risorse sufficienti a mantenere la famiglia, anche perché titolare di pari accesso al *welfare* sociale[23]. Nel tempo, la Corte interpreta anche il diritto alla vita familiare del migrante in maniera molto ampia: si basti ricordare la sentenza *Reed*[24], dove la Corte in mancanza di altro appiglio legale, decide di designare il partner non sposato di una lavoratrice come un "vantaggio sociale", così da estendere il diritto di residenza, quando previsto per i partners dei cittadini nazionali, anche al partner del lavoratore comunitario che abbia esercitato il diritto di movimento. O la sentenza *Carpenter*, dove un'interpretazione molto estensiva della portata delle norme sulla libera circolazione dei servizi consentono alla Corte di proteggere il diritto alla vita familiare di un cittadino inglese residente in Gran Bretagna[25]. Le sentenze *MRAX* e *Metock*[26], dove la Corte

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

[21] Art. 10 e seguenti del regolamento (CEE) n. 1612/68 del Consiglio, del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità.

[22] In origine il regolamento 1612/68 prevedeva che il lavoratore comunitario dovesse disporre di un alloggio considerato "normale per i lavoratori nazionali nella regione in cui lavora".

[23] Vedi la differenza fra direttiva 2004/38 e direttiva sullo status dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo; vedi nel contesto Brexit *report* Spaventa.

[24] Sentenza della Corte di giustizia del 17 aprile 1986, causa C-59/85, *Ann Florence Reed*, ECLI:EU:C:1986:157.

[25] Sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 2002, causa C-60/00, *Carpenter*, ECLI:EU:C:2002:434.

[26] Sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 2002, causa C-459/99, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX)*, ECLI:EU:C:2002:461; del 25 luglio 2008, causa C-127/08, *Metock e a,* ECLI:EU:C:2008:449.

dichiara l'irrilevanza dello status migratorio del coniuge prima del matrimonio, estendendo il diritto di soggiorno anche a nuclei familiari formatisi nello Stato ospitante e anche quando il coniuge sia presente illegalmente nel territorio dello stato ospitante. E più recentemente si pensi al caso *Coman*[27]: si ricorderà che il caso riguardava un cittadino rumeno che, avendo terminato il suo periodo lavorativo in Belgio e non avendo trovato un altro impiego, doveva tornare in Romania. Il Signor Coman aveva contratto matrimonio in Belgio ma poiché il matrimonio era con un altro uomo, la Romania si rifiutò di riconoscere al coniuge lo status di "coniuge" e di concedergli un permesso di soggiorno (il coniuge era infatti extracomunitario). La direttiva 2004/38 che regola il diritto di soggiorno dei cittadini UE e dei loro familiari distingue fra coniugi da una parte, e partner registrati civilmente dall'altra[28]. In relazione a questi ultimi, il diritto di residenza è conferito a condizione che lo Stato ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio[29]. Questa limitazione, per altro molto contestata, era stata inclusa su richiesta di quegli Stati come Polonia e, allora, Italia, che non riconoscevano le unioni civili, negando quindi il ricongiungimento a coppie omossessuali, con profili non indifferenti di discriminazione *ex* art. 7 della Carta dei diritti fondamentali che protegge il diritto alla vita privata e familiare. Il caso *Coman* però non concerneva un partner ma un coniuge; la Corte, basandosi anche sul summenzionato art. 7 della Carta, decide di adottare un'interpretazione espansiva della direttiva – il termine coniuge è neutrale e la direttiva non indica che i coniugi debbano avere altro requisito a parte il matrimonio, che in questo caso era stato validamente contratto. Per questo, ragiona la Corte, il diritto di residenza *ex* art. 2, par. 2, della direttiva 2004/38 si applica a qualunque matrimonio, al netto del genere dei coniugi. Le rimostranze del Governo rumeno, e il tentativo di giustificare il diniego del riconoscimento del coniuge omossessuale in base alla propria identità costituzionale *ex* art. 4 TUE, non valsero a nulla e così la Corte ha esteso i benefici della direttiva alle coppie omosessuali che abbiano validamente contratto matrimonio in uno Stato dove questo sia possibile.

E almeno fino al primo decennio di questo millennio, il titolare del diritto di circolazione, esercitando quel diritto, diventa anche titolare di diritti fondamentali – è il caso della summenzionata sentenza *Carpenter*. Più recentemente però il nesso fra libertà di circolazione, diritti derivati e Carta è diventato più oscuro.

4. È ora tempo di passare alle questioni che sono al momento aperte nel contesto dei diritti di libera circolazione e soprattutto alla questione del rapporto fra diverse fonti, che è precondizione per accertare l'ambito di applicazione dei diritti in esame. Da questo punto di vista è necessaria una digressione su sviluppi avvenuti nel campo della cittadinanza europea, la libertà non mercatoria. Si vorrà ricordare come nella prima decade del 2000, la Corte avesse sposato un'interpretazione molto estensiva

[27] Sentenza *Coman e a.*, cit.

[28] Mentre la direttiva 2004/38 non si applica direttamente a casi di migrazione circolare, e cioè quando un cittadino torna nel suo paese di origine avendo esercitato il diritto di movimento, si applica indirettamente, per interpretazione analogica. Si vedano per esempio le sentenze *O., S. e G.*, e *Coman e a.*, cit. Sulla migrazione circolare, si veda E. Spaventa, *Family Rights for Circular Migrants and Frontier Workers: O and B, and S and G*, in *Common Market Law Review*, 2015, p. 753.

[29] Art. 2, par. 2, lett. b), direttiva 2004/38.

dei diritti conferiti dall'art. 21 e poi anche dall'art. 20 TFUE[30]. Sono gli anni della cittadinanza come "status fondamentale"[31], che consente a cittadini UE economicamente inattivi di domandare, attraverso il principio di proporzionalità, un'applicazione personalizzata dei criteri stabiliti per il diritto di soggiorno[32], e di richiedere, ma non necessariamente di ottenere, parità di trattamento in relazione anche a benefici di natura assistenziale[33]. Mentre in realtà l'impatto della cittadinanza sui sistemi di *welfare* nazionali è molto limitata[34], l'interpretazione della Corte è significativa perché spinge con forza verso la creazione di una cittadinanza sovranazionale, quasi un ossimoro, esplodendo i legami di solidarietà che caratterizzano gli Stati nazionali[35]. E questa interpretazione è significativa anche per un'altra ragione – è interpretazione di natura costituzionale che, in linea con quanto già deciso nell'ambito delle libertà mercatorie, ribadisce il fatto che i diritti di cittadinanza sono conferiti dal Trattato e sono solo esplicitati e dettagliati nella legislazione secondaria[36]. È per questo che le limitazioni contenute nelle allora direttive sul diritto di soggiorno[37] vengono costruite come limiti a un diritto fondamentale conferito direttamente dal Trattato, che quindi vanno interpretate alla luce del principio di proporzionalità[38]. Come si è detto prima, questa interpretazione è in linea con l'interpretazione delle altre libertà di circolazione dove la Corte, nel contesto delle persone fisiche, ha sempre reputato la legislazione secondaria come esplicativa e non costitutiva dei diritti conferiti ai cittadini europei[39].

---

30 Si vedano le sentenze della Corte di giustizia del 12 maggio 1998, causa C-85/96, *María Martínez Sala*, ECLI:EU:C:1998:217; del 24 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*, ECLI:EU:C:2001:458; del 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast*, ECLI:EU:C:2002:493; del 15 marzo 2005, causa C-209/03, *Bidar*, ECLI:EU:C:2005:169; del 23 marzo 2004, causa C-138/02, *Collins*, ECLI:EU:C:2004:172; del 4 giugno 2009, cause riunite C-22 e 23/08, *Vatsouras e Koupatantze*, ECLI:EU:C:2009:344; e nel contesto dell'art. 20 TFUE, dell'8 marzo 2011, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano*, ECLI:EU:C:2011:124; del 13 settembre 2016, causa C-304/14, *CS*, ECLI:EU:C:2016:674; del 10 maggio 2017, causa C-133/15, *H.C. Chavez-Vilchez*, ECLI:EU:C:2017:354.

31 Sentenza *Grzelczyk*, cit.

32 Sentenza *Baumbast*, cit.

33 Si vedano per esempio le sentenze *María Martínez Sala, Grzelczyk, Collins e Vatsouras e Koupatantze*, cit.

34 Si veda per esempio C. Juravle, T. Weber, E. Canetta, E. Fries Tersch, M. Kadunc, *A Fact Finding Analysis On The Impact On The Member States' Social Security Systems Of The Entitlements Of Non-Active Intra-Eu Migrants To Special Non-Contributory Cash Benefits And Healthcare Granted On The Basis Of Residence*, in *europa.eu*.

35 Si veda *S. O'Leary, Putting Flesh on the Bones of EU Citizenship*, in *European Law Review*, 1999, p. 68; e più recentemente C. O'Brien, *Real Links, Abstract Rights and False Alarms: the Relationship between the ECJ's "Real Link" Case Law and National Solidarity*", in *European Law Review*, 2008, p. 643.

36 Si veda anche M. Dougan, *The Constitutional Dimension of the Case Law on Union Citizenship*, in *European Law Review*, 2006, p. 613.

37 Direttiva 90/364/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno; direttiva 90/365/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno dei lavoratori salariati e non salariati che hanno cessato la propria attività professionale; direttiva 93/96/CEE del Consiglio, del 29 ottobre 1993, relativa al diritto di soggiorno degli studenti.

38 Si veda M. Dougan, E. Spaventa, *Educating Rudy and the non-English Patient: A Double Bill on Residency Rights under Article 18 EC*, in *European Law Review*, 2003, p. 699.

39 Si veda per esempio la sentenza dell'8 aprile 1976, causa 48/75, *Royer*, ECLI:EU:C:1976:57.

Tutto questo cambia con la sentenza *Dano*[40]: qua la Corte decide di privare l'art. 21 del Trattato, almeno per quanto dettagliato nella legislazione secondaria e soprattutto nella direttiva 2004/38, di qualunque rilevanza residuale. Si ricorderà che in quel caso la Signora Dano, cittadina rumena in Germania, aveva fatto richiesta di prestazione sociale che le era stata negata; se fosse stata cittadina tedesca tuttavia avrebbe avuto diritto a tale prestazione. Il ricorso preliminare verteva dunque sulla compatibilità di tale discriminazione con le norme sulla cittadinanza europea. Secondo la giurisprudenza precedente la Corte avrebbe dovuto esaminare la questione in base sia alla direttiva 2004/38 (che costituisce il minimo garantito dei diritti dei cittadini europei) che in base al Trattato, e quindi esaminare le giustificazioni e la proporzionalità della discriminazione in essere. Dati i precedenti giurisprudenziali, e specialmente la sentenza *Trojani*[41], si può supporre che, anche se la Corte avesse seguito questa interpretazione, la signora Dano non avrebbe ricevuto il beneficio in questione in quanto la discriminazione sarebbe stata giustificata dalla necessità di proteggere lo Stato ospitante da oneri a carico dell'assistenza sociale.

Tuttavia, la Corte decide di seguire un diverso percorso ermeneutico: per beneficiare del diritto di parità di trattamento *ex* art. 24 della direttiva, un cittadino europeo deve essere titolare del diritto di soggiorno nello Stato ospitante ai sensi dell'art. 7 della direttiva 2004/38. Giacché l'art. 24 è *lex specialis* rispetto all'art. 18 TFUE (che prevede il diritto alla non discriminazione in base alla nazionalità nel campo di applicazione del Trattato), il Trattato non si applica in maniera residuale e non supplisce ai diritti conferiti dalla direttiva stessa. In parole povere la sentenza *Dano* significa che, almeno per quanto riguarda la parità di trattamento, o il cittadino dispone di risorse sufficienti (il che quindi esclude di fatto l'accesso alle prestazioni sociali che sono subordinate a un certo livello massimo di reddito) oppure non rientra affatto nella protezione delle norme sulla libera circolazione dei cittadini, con esclusione sia della protezione del Trattato che dei principi generali quali proporzionalità e diritti fondamentali. In questo modo dunque la Corte appiattisce il Trattato sulle norme di diritto secondario – sono ora queste ultime che regolano in maniera esaustiva i diritti dei cittadini.

Dal nostro punto di vista allora la sentenza *Dano* solleva due questioni: innanzitutto, se quest'interpretazione si estenda anche alle libertà mercatorie, modificando così la giurisprudenza in materia di rapporto fra fonti secondarie e fonti primarie anche in quel contesto. E, in secondo luogo, se la Carta, la cui rilevanza viene esclusa sia in *Dano* che in *Alokpa*[42], rileva ora solo nel caso in cui la cittadina rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/38, o anche nel caso in cui la direttiva non si applica, e cioè in virtù di un'applicazione diretta del Trattato,

[40] Sentenza della Corte di giustizia dell'11 novembre 2014, causa C-313/13, *Dano*, ECLI:EU:C:2014:2358; e contrasta con la sentenza della Corte di giustizia del 19 settembre 2013, causa C-140/12, *Brey*, ECLI:EU:C:2013:565, che forse indica una preferenza per pensionati in quanto *ex* lavoratori rispetto a coloro che non hanno esercitato un'attività economica. Su la sentenza *Dano* si veda D. Thym, *When Union Citizens Turn into Illegal Migrants: The* Dano *Case*, in European Law Review, 2015, p. 249.

[41] Sentenza *Trojani*, cit.

[42] Sentenza della Corte di giustizia del 10 ottobre 2013, causa C-86/12, *Alokpa e Moudoulou*, ECLI:EU:C:2013:645.

Qua pare che la giurisprudenza in materia di libertà mercatorie segua una strada diversa da quella in relazione ai cittadini economicamente inattivi. Si prenda per esempio la sentenza *Henrika Dakneviciutei*[43], che riafferma il caso *Saint-Prix*[44] nel contesto dell'art. 49 TFUE. Il caso concerneva una lavoratrice autonoma che aveva interrotto la sua attività a seguito di maternità. La questione riguardava allora se essa conservasse o meno lo status di lavoratrice autonoma, con il connesso diritto di soggiorno e parità di trattamento, durante il periodo di maternità. Da questo punto di vista il problema è rappresentato proprio dalla direttiva 2004/38 che nell'art. 7, par. 3, lett. a) prevede il mantenimento dello stato di cittadino economicamente attivo solo a seguito di malattia o infortunio, e non in caso di maternità. La Corte, tuttavia, e nell'opinione di chi scrive giustamente, ritiene che in questo caso la direttiva "non elenca in modo esaustivo le circostanze in cui un cittadino dell'Unione che ha cessato di essere un lavoratore subordinato o autonomo nello Stato membro ospitante conserva comunque la qualità di 'lavoratore' ai fini del paragrafo 1, lettera a), di tale articolo e, pertanto, il diritto di soggiorno che da tale qualità deriva"[45]. La Corte quindi si rifà unicamente al Trattato per supplire alla normativa prevista dalla direttiva.

Più difficile la questione che riguarda la continua rilevanza della Carta dei diritti fondamentali nel determinare la legittimità di regole che influiscano sul diritto alla libera circolazione. Da questo punto di vista si può ricordare la sentenza *ERT*[46], dove la Corte, in relazione alla libera prestazione dei servizi, statuisce che le limitazioni imposte dagli Stati membri ai diritti mercatori devono rispettare sia i principi di necessità e proporzionalità sia i diritti fondamentali come, allora, protetti dai principi generali del diritto europeo. La portata di questa interpretazione non è più del tutto chiara – soprattutto non è chiaro il livello di prossimità richiesto fra la regola che limita la libertà mercatoria e il diritto fondamentale invocato. In questo contesto è opportuno ricordare che dopo la costituzionalizzazione della Carta dei diritti fondamentali la Corte appare più cauta nell'applicare i diritti fondamentali UE a situazioni solo remotamente connesse con il diritto europeo[47]. Mentre, come sopra dimostrato in relazione alla sentenza *Coman*, la Corte utilizza la Carta come supporto interpretativo, non si ricordano recentemente casi in cui la Corte abbia usato, come fece nel caso *Carpenter*[48], le libertà mercatorie per garantire diritti fondamentali contenuti nella Carta non connessi all'esercizio del diritto di libera circolazione. Vi è poi un fenomeno relativamente nuovo che vale, da un certo punto di vista, ad

[43] Sentenza della Corte di giustizia del 19 settembre 2019, causa C-544/18, *Dakneviciute*, ECLI:EU:C:2019:761.

[44] Sentenza della Corte di giustizia del 19 settembre 2014, causa C507/12, *Saint Prix*, ECLI:EU:C:2014:2007.

[45] Sentenza *Dakneviciute*, cit.

[46] Sentenza della Corte di giustizia del 18 giugno 1991, causa C-260/89, *Ert c. Dep*, ECLI:EU:C:1991:254.

[47] Anche se la giurisprudenza è a dir poco confusa; si veda la triade di sentenze della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105; del 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, *McB*, ECLI:EU:C:2010:582; del 6 marzo 2014, causa C-206/13, *Siragusa*, ECLI:EU:C:2014:126.

[48] La Carta continua a rilevare nei casi in cui vi è diretta connessione fra libertà invocata attraverso la libera circolazione e un diritto fondamentale; si veda per esempio recentemente la sentenza della Corte di giustizia dell'8 maggio 2019, causa C-230/18, *PI*, ECLI:EU:C:2019:383.

aumentare i diritti degli operatori economici anche al di là delle situazioni transfrontaliere regolate dalle libertà mercatorie. È questa la tendenza di applicare l'art. 16 della Carta, che garantisce la libertà di impresa, in maniera espansiva, contrapponendo tale diritto a diritti sociali e/o non economici contenuti in direttive, anche quando tali direttive siano volte solo a garantire un minimo standard di protezione lasciando agli Stati membri la possibilità di adottare norme più protettive[49].

5. Finora ci siamo concentrati sui principi generali elaborati dalla giurisprudenza nel contesto soprattutto della libera circolazione delle persone fisiche; è quindi opportuno valutare gli sviluppi e le criticità in merito alle libertà mercatorie in relazione ai diritti più prettamente economici, non importa se esercitati da imprese o individui. Si è menzionato sopra che fino agli novanta lo scopo *ratione materiae* delle norme sulla libera circolazione di servizi, imprese e lavoratori, era limitato a un diritto di non discriminazione in base alla nazionalità.

A dire il vero, nel campo della libera circolazione dei servizi la Corte anche prima degli anni novanta interpreta il diritto alla non discriminazione in materia ampia: una regola prettamente territoriale, che sia la necessità di presenza fisica sul territorio, di registrazione o di requisiti particolari sarà sempre indirettamente discriminatoria nei confronti di chi fornisce un servizio ai sensi dell'art. 56 TFUE. Chi fornisce un servizio infatti, nella maggioranza dei casi, non dispone di una presenza stabile nel territorio dello Stato ospitante; la sua presenza è temporanea, anche se naturalmente può essere regolare. Ma l'essenza della libertà di fornire servizi sta proprio nella libertà di non dover soddisfare quei requisiti che sono stati pensati per coloro, imprese e individui, che hanno una connessione più stabile con il territorio. La Corte quindi interpreta il principio di non discriminazione in maniera ampia e soprattutto richiede un'interpretazione rigorosa dei motivi che gli Stati possono addurre per imporre le loro regole a chi presta servizi[50].

Negli anni novanta la Corte si libera della nozione di discriminazione per abbracciare la nozione, forse di più immediata applicazione, di accesso al mercato. Lo fa in relazione a tutte le libertà di circolazione di persone: servizi, stabilimento e lavoratori[51]. Ma, in realtà la nozione di accesso al mercato è rilevante soprattutto nel campo della libera prestazione dei servizi, in quanto si vuole evitare, come nel caso delle merci, ostacoli creati dalla doppia regolamentazione, e cioè che chi presta servizi debba adempiere a tutte le formalità regolamentari sia nello stato di stabilimento che nello Stato destinatario. E non è un caso che questo sviluppo avvenga negli anni novanta – la libera prestazione dei servizi viene definita nei Trattati originali, e ancor oggi, come libertà "residuale"[52], ma l'economia si sviluppa e il mercato dei

[49] Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2013, causa C-426/11, *Alemo-Herron e a.*, ECLI:EU:C:2013:521; del 14 marzo 2017, causa C-157/15, *Samira Achbita*, ECLI:EU:C:2017:203.

[50] Si veda per esempio la sentenza della Corte di giustizia del 3 dicembre 1974, causa 33/74, *van Bisbergen*, ECLI:EU:C:1974:131.

[51] Vedi le sentenze *Dieter Kraus*, cit.; del 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*, ECLI:EU:C:1995:411, dove la Corte unifica il test per la libera circolazione delle persone; del 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman*, ECLI:EU:C:1995:463. Per una critica vedi L. Daniele, *Non-Discriminatory Restrictions to the Free Movement of Persons*, in *European Law Review*, 1997, p. 191.

[52] Art. 57 TFUE, le norme sulla libera circolazione dei servizi si applicano solo laddove non si applichino le norme sulla libera circolazione delle merci, capitali e persone.

servizi diventa un mercato importante come se non più degli altri, e in alcuni paesi come la Gran Bretagna sono i servizi ad essere la parte dominante dell'economia. Allo stesso tempo, però, alcuni servizi come i servizi finanziari, bancari ed assicurativi non possono godere dell'integrazione negativa (e cioè l'applicazione del mutuo riconoscimento) perché vi è reale bisogno di una supervisione efficace per evitare problemi sistemici e danni irrimediabili per i consumatori.

Questa complessità si riflette nella giurisprudenza della Corte – da un lato vi è la spinta ad aprire mercati che economicamente stanno uguagliando se non sorpassando l'importanza dell'industria manufatturiera. E dall'altra, vi è la necessità di assicurarsi che la breccia aperta dalla Corte non si trasformi in un cavallo di Troia, che metta a rischio mercati e consumatori. Si sommi a questo la necessità, o la volontà, di disporre di quelle regole nazionali che hanno poco senso nel contesto economico contemporaneo – e che pur non essendo discriminatorie riducono la competitività del sistema europeo, e impediscono agli operatori non domestici l'accesso a mercati stranieri. Queste regole esistono, sono visibili eppure è difficile per la Corte trovare una giustificazione per smantellarle – le libertà mercatoriali sono libertà di commercio transnazionale, e non di commercio *tout court*[53]. Ma il commercio transnazionale non può realizzarsi se non vi è una più generale libertà di commercio, e per assicurare quest'ultima non basta il diritto alla non discriminazione in base alla nazionalità, per quanto interpretato in maniera ampia.

Negli anni novanta assistiamo quindi ad un nuovo sviluppo nella giurisprudenza della Corte – il diritto di libera circolazione viene interpretato anche come diritto all'accesso ai mercati nazionali, e non è più richiesta l'esistenza di discriminazione per portarsi nell'ambito di applicazione del Trattato. Ma c'è di più – nella sentenza *Alpine* la Corte apre un nuovo fronte[54], statuendo che la libertà di prestazione dei servizi si applica in maniera diversa rispetto alla libera circolazione delle merci. Nel contesto della libera circolazione delle merci la Corte, aiutata da una doppia disposizione a livello del Trattato, distingue fra libertà di importare e libertà di esportare prodotti. La prima è molto ampia: lo Stato dove la merce viene importata si deve fidare degli standard applicati in altri Stati e deve consentire alle merci regolate da altro Stato l'accesso al proprio mercato, salvo dimostrare l'esistenza di esigenze imperative interpretate in maniera rigorosa[55]. D'altro canto, le regole dello Stato dove la merce è prodotta non possono essere attaccate a meno che non vi sia discriminazione[56]. La dottrina applica lo stesso modello ai servizi: dopotutto i servizi sono prodotti immateriali, ma sono pur sempre prodotti. Il principio di ripartizione fra Stato produttore di stabilimento, che ha piena competenza regolamentare, e Stato importatore di destinazione, che accetta lo standard degli altri Stati si può facilmente trasporre al caso dei servizi. Ma nella sentenza *Alpine*, e nelle sentenze successive,

[53] Si vedano per tutti le conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro del 27 ottobre 1993, causa C-292/92, *Hünermund e a. c. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, ECLI:EU:C:1993:863.

[54] Sentenza della Corte di giustizia del 10 maggio 1995, causa C-384/93, *Alpine Investments*, ECLI:EU:C:1995:126.

[55] Giurisprudenza costante che inizia con *Dassonville* e che viene meglio elaborata in *Cassis* (sopra citate).

[56] Sentenze della Corte di giustizia dell'8 novembre 1979, causa 15/79, *Groenveld*, ECLI:EU:C:1979:253; del 7 febbraio 1984, causa 237/82, *Jongeneel Kaas*, ECLI:EU:C:1984:44; del 16 dicembre 2008, causa C-205/07, *Gysbrechts e Santurel Inter*, ECLI:EU:C:2008:730.

la Corte interpreta la libera prestazione dei servizi in maniera radicalmente diversa da come ha interpretato la libera circolazione delle merci: lo Stato dove è stabilito il prestatore di servizi non può imporre i suoi standard alle prestazioni di servizi destinati a clienti residenti in altri Stati membri a meno che dimostri l'esistenza di un'esigenza imperativa, e la proporzionalità dell'applicazione dei suoi standard regolamentari. *Alpine* costituisce quindi una piccola rivoluzione, giacché dispone del principio fino ad allora sempre applicato, della discrezionalità regolamentare del paese di stabilimento. Nelle sentenze successive la Corte si spinge oltre: in cause come *Sodemare*, *Freskot*, *Gourmet*[57], l'elemento transnazionale viene interpretato in maniera così ampia da diventare insignificante. In *Sodemare* un'impresa che offriva i suoi servizi a clienti anche stranieri ricade, per questo solo fatto, nello scopo *ratione personae* dal Trattato, così da poter attaccare le regole dello Stato di stabilimento. In *Freskot* e *Gourmet* l'elemento transnazionale viene mantenuto solo a livello teorico – l'esistenza anche puramente potenziale di clienti o prestatori di servizi in un altro Stato bastano a garantire la protezione delle norme del Trattato sulla libera circolazione dei servizi e stabilimento. In questo modo, qualunque regola che disciplini la prestazione di servizi può essere assoggettata allo scrutinio richiesto dalle libertà mercatorie, e cioè esigenze imperative, proporzionalità e controllo diffuso da parte di ogni giudice. In *Caixa Bank* poi la Corte dimostra come lo scrutinio di necessità e proporzionalità debba essere applicato in maniera molto rigorosa: così regole francesi che proibivano la remunerazione di conti correnti vengono qualificate come un ostacolo ingiustificato alla libertà di stabilimento di banche "straniere"[58]. La libera prestazione dei servizi e la libertà di stabilimento diventano quindi vere e proprie libertà di "impresa" giacché potenzialmente qualunque regola che disciplini una determinata industria deve essere giustificata – sarà certo più facile giustificare l'applicazione di queste regole alle imprese che sono stabilite nello Stato regolante, ma comunque le regole saranno assoggettate allo scrutinio di proporzionalità.

Questa giurisprudenza della Corte viene poi codificata nella direttiva sulla libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi (2006/123)[59] che si applica senza che sia necessaria l'esistenza (anche solo potenziale) dell'elemento transfrontaliero[60]. Ecco quindi che la transizione da "libertà mercatorie transnazionali", a "libertà mercatorie" appare in via di completamento.

6. È ora necessario occuparsi brevemente, e per completezza, della libera circolazione delle merci. Si ricorderà che negli anni '90, in opposizione con quanto ricordato sopra in relazione alla libera circolazione delle persone, la Corte dà un'interpretazione più restrittiva della libera circolazione delle merci. Con la sentenza

[57] Sentenze della Corte di giustizia del 17 giugno 1997, causa C-70/95, *Sodemare et al. c. Regione Lombardia*, ECLI:EU:C:1997:301; del 22 maggio 2003, causa C-355/00, *Freskot AE c. Elliniko Dimosio*, ECLI:EU:C:2003:298; Gourmet, cit.

[58] Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2004, causa C-442/02, *CaixaBank France*, ECLI:EU:C:2004:586.

[59] Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno.

[60] Vedi per esempio la sentenza della Corte di giustizia del 30 gennaio 2018, cause riunite C360/15 e C-31/16, *X and Visser*, ECLI:EU:C:2018:44, punto 110; del 4 luglio 2019, causa C-377/17, *Commissione c. Germania*, ECLI:EU:C:2019:562.

Keck e *Mithouard*[61], le regole concernenti la modalità di vendita dei prodotti sono sottratte allo scopo *ratione materiae* del Trattato a meno che non siano discriminatorie. Questa esclusione crea un dibattito in dottrina giacché alcuni temono che la Corte abbia adottato un'interpretazione troppo restrittiva a scapito della creazione di un effettivo mercato interno[62]. Tali autori propongono allora di sostituire l'interpretazione *Keck* con un test unico – la disciplina regolamentare ricadrebbe nell'ambito di applicazione dell'art. 34 TFUE se ha effetti sull'abilità del commerciante estero di accedere al mercato nazionale. La Corte però accoglie solo parzialmente e in maniera piuttosto confusa questo suggerimento – in particolare, in relazione a regole concernenti le vendite via internet, la Corte oscilla fra una valutazione in termini di discriminazione e una valutazione in relazione al diritto di accesso al mercato[63]. In *Commissione c. Italia* poi vi è un nuovo sviluppo: la Corte statuisce che regole che disciplinino l'uso di prodotti ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 34 TFUE quando ostacolano l'accesso al mercato[64].

Il risultato è dunque un sistema di presunzioni che determina l'ambito di applicazione del diritto alla libera circolazione delle merci: così le regole che determinano i requisiti dei prodotti ricadono sempre nell'ambito di applicazione dell'art. 34 TFUE, e devono essere sempre giustificate, applicando in maniera stringente il principio di proporzionalità. Le regole concernenti le modalità di vendita sono invece, in via di principio, escluse dall'art. 34 TFUE, a meno che non siano direttamente o indirettamente discriminatorie. In quest'ambito però le regole concernenti la vendita via internet e le regole che proibiscono in via assoluta la pubblicità di un determinato prodotto sono sempre considerate indirettamente discriminatorie, giacché svantaggiano i produttori di altri Stati membri, nel primo caso giacché la vendita via internet è più importante per gli importatori che non hanno necessariamente una rete di distributori sul territorio nazionale; e nel secondo caso giacché i consumatori hanno "naturalmente" più familiarità con i prodotti domestici[65]. Infine le regole che determinano l'uso delle merci rientrano nella sfera di applicazione della libera circolazione delle merci se hanno un effetto sull'accesso al mercato[66].

7. Le libertà fondamentali del mercato sono le libertà che più hanno contribuito ad assicurare il godimento di vantaggi concreti per persone e imprese; sono anche il blocco fondamentale su cui si è costruita l'integrazione europea. Non sorprende quindi che la Corte abbia adottato un'interpretazione espansiva e teleologica di queste libertà. Questo è particolarmente visibile nell'ambito della libera circolazione delle persone fisi-

61 Sentenza *Keck and Mithouard*, cit.

62 S. Weatherill, *After Keck: Some Thoughts on How to Clarify the Clarification*, in *Common Market Law Review*, 1996, p. 885 ss., spec. p. 896, propone un test di ostacolo diretto e sostanziale per l'accesso al mercato; C. Barnard, *Fitting the Remaining Pieces Into the Goods and Persons Jigsaw?*, in *European Law Review*, 2001, p. 35.

63 Sentenze della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2003, causa C-322/01, *Deutscher Apothekerverband,* ECLI:EU:C:2003:664, e *Gourmet*, cit. Più recentemente, del 19 ottobre 2016, causa C-148/15, *Deutsche Parkinson*, ECLI:EU:C:2016:776.

64 Sentenze della Corte di giustizia del 10 febbraio 2009, causa C-110/05, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:2009:66 e del 4 giugno 2009, causa C-142/05, *Åklagaren*, ECLI:EU:C:2009:336.

65 Sentenza Gourmet, cit., punto 21.

66 Vedi anche E. Spaventa, *Leaving Keck Behind? The Free Movement of Goods After the Rulings in Commission v Italy and Mickelsson and Roos*, in *European Law Review*, 2009, p. 914.

che che sono trattate innanzitutto come "persone" e non come meri agenti economici. L'interpretazione del diritto alla non discriminazione in base alla nazionalità, l'ambito di applicazione di questo diritto, la creazione di spazi di solidarietà transnazionale, sono tutti volti a massimizzare i diritti conferiti dal diritto europeo agli individui. Nell'ambito del contesto più prettamente economico la Corte dagli anni novanta, si libera del concetto di discriminazione così che le libertà fondamentali del mercato possano essere utilizzate concretamente per costruire un mercato veramente unico: questo porta alla possibilità di sindacare la proporzionalità di qualsiasi regola che disciplini la prestazione dei servizi. Nell'ambito della libera circolazione delle merci la Corte adotta invece un approccio variegato, basato su presunzioni talvolta assolute talvolta relative.

Abstract

Le libertà fondamentali del Mercato

Le libertà mercatorie costituiscono sicuramente uno dei pilastri dell'integrazione europea. Questo contributo ricostruisce i principi chiave dell'interpretazione della Corte di giustizia. In particolare la Corte ha adottato, nel caso della libera circolazione di persone fisiche, giuridiche e servizi, un'interpretazione espansiva e teleologica volta a sviluppare il mercato unico. In relazione poi alla libera circolazione delle persone fisiche, la Corte ha voluto anche garantire diritti al di là della sfera puramente economica, garantendo gli individui come persone e non solo come agenti dell'integrazione europea. Nel campo della libera circolazione delle merci la Corte ha poi sviluppato una serie di test che in realtà valgono come presunzioni. Non vi è alcun dubbio comunque che al netto di alcune criticità la giurisprudenza nell'ambito delle libertà mercatorie sia una delle *success stories* dell'integrazione europea.

The Market Freedoms

The market freedoms are one of the pillars of European integration. This contribution recalls the key hermeneutic principles developed by the Court of Justice in this field – the Court has adopted, in relation to the free movement of persons and services, an expansive and teleological approach aimed at developing the internal market. Furthermore, in relation to the free movement of individuals the Court has also been willing to guarantee the rights of the migrant beyond the economic sphere, affording protection to individuals as "persons" and not merely as agents of European integration. In the field of the free movement of goods the Court has developed different tests, which really apply as presumptions. In any event there cannot be any doubt that regardless of some issues, the free movement case law is one, if not the, success stories of European Integration.

Sezione II

Ruolo e poteri del Parlamento europeo nella prospettiva giuridica. Rappresentatività e principio di democrazia

Atti del I Convegno interinale, Università Firenze, 10 maggio 2019

Maria Eugenia Bartoloni*

Il principio democratico rappresentativo nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Il *deficit* democratico dell'UE è una premessa necessaria?

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il significato del principio democratico-rappresentativo. Una deviazione dalla formula *Roquette Frères*? – 3. La funzione del principio democratico rappresentativo. Gli "usi" della Corte di giustizia. – 4. Epilogo: si può ancora parlare di *deficit* democratico?

1. Il Trattato di Lisbona, come è noto, rappresenta l'ultima tappa di un lungo e tormentato processo volto a recuperare la legittimità democratica del sistema politico-istituzionale dell'Unione europea, fortemente carente nel disegno originario, attraverso un rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo nei procedimenti normativi e un ampliamento dei suoi poteri di controllo. Correttivi, questi, che, nel loro complesso, sono stati in grado di disinnescare la discussione sul *deficit* democratico dell'UE ed hanno più opportunamente indirizzato il dibattito intorno ai caratteri peculiari che la legittimazione democratica assume nell'ordinamento dell'Unione[1].

Nonostante la mutata prospettiva, non sembra tuttavia inopportuno chiedersi se, ed in che misura, la struttura più intima dell'organizzazione europea debba ancora fare i conti con un preteso *deficit* democratico. Numerose indicazioni (anche recenti) provenienti, in particolare, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia indurrebbero a pensare che il *deficit* democratico non sia soltanto "un incidente nella costruzione europea", ma "una premessa necessaria" ed "anche una conseguenza non meno inevitabile" del progetto europeo[2]. Alla luce di queste considerazioni, le prossime pagine saranno dedicate ad esaminare, attraverso la lente della Corte di giustizia, il *significato* e la *funzione* del principio democratico-rappresentativo nell'ambito dell'ordi-

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso l'Università della Campania "Luigi Vanvitelli".

1 Se si esamina, pur frettolosamente, la letteratura pertinente, ci si accorgerà che l'espressione *deficit democratico* è utilizzata, negli scritti più recenti, solo in maniera del tutto sporadica.

2 R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, p. 78.

namento dell'Unione, ancora ad oggi implicitamente considerato dalla Corte unica fonte di legittimazione della decisione democratica[3].

2. Il principio democratico-rappresentativo si articola, nel sistema europeo, su due distinti livelli: il primo è assicurato dal Parlamento europeo, che rappresenta direttamente i cittadini dell'Unione; il secondo è offerto dal Consiglio e dal Consiglio europeo, nell'ambito dei quali gli Stati membri sono rappresentati "dai rispettivi governi, a loro volta democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini"[4]. Peraltro, la teoria della cd. doppia legittimazione sinora non è stata mai fatta propria dalla Corte di giustizia, che ha individuato solo nel Parlamento il depositario di una legittimazione democratico-rappresentativa a livello di Unione.

Partendo allora da questa prospettiva, il primo percorso di indagine è volto ad accertare la nozione di "democrazia rappresentativa" accolta nell'ordinamento dell'UE in relazione alle prerogative assegnate al PE. Sotto questo profilo, posto che, ancor prima che fosse formalmente introdotto nel TUE all'attuale art. 10, il principio democratico-rappresentativo era stato considerato un principio implicito dell'ordinamento comunitario[5], appare opportuno esaminare gli elementi che la giurisprudenza ha valorizzato al fine di rilevarne l'esistenza.

Si ricorderà, a tal proposito, che la Corte aveva elaborato questo principio a partire da alcune disposizioni del Trattato che disciplinano il ruolo del PE nell'ambito, in particolare, delle procedure decisionali. Nella sentenza *Roquette Frerès*, la prima che fa riferimento al principio della democrazia rappresentativa[6], la Corte aveva quindi ricavato l'esistenza di un principio democratico dalla previsione che assegna al PE un potere di consultazione. L'argomentazione della Corte è tanto stringente, quanto lineare: poiché il diritto di essere consultato consente al PE di partecipare al processo decisionale in maniera effettiva, esso "riflette sia pure limitatamente, sul piano della Comunità, un fondamentale principio della democrazia, secondo cui i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa"[7]. Posto che il potere di esprimere un parere costituisce il più blando meccanismo di intervento del PE nei procedimenti di adozione degli atti, non è azzardato affermare che la Corte, attraverso questa formula, riconnetta l'esistenza del principio democratico-rappresentativo *sic et simpliciter* alla mera partecipazione del PE al procedimento decisionale, a prescindere dall'intensità ed efficacia della stessa.

---

[3] Ancorché nel Trattato di Lisbona il riferimento alla democrazia si scomponga in un principio di democrazia rappresentativa e in un principio di democrazia partecipativa, è ragionevole ritenere, in assenza di indicazioni di tenore contrario, che il secondo non possa essere considerato come alternativa al più complesso percorso di costruzione della rappresentanza politica sovranazionale.

[4] Art. 10, par. 2, TUE.

[5] V. U. Villani, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, p. 41.

[6] Sentenze della Corte di giustizia del 29 ottobre 1980, causa 138/79, *Roquette Frères*, ECLI:EU:C:1980:249; del 29 ottobre 1980, causa 139/79, *Maizena*, ECLI:EU:C:1980:250.

[7] Sentenza *Roquette Frères*, rispettivamente punti 33 e 34. La formula è poi ripresa in numerose sentenze successive. V., ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia del 10 giugno 1997, causa C-392/95, *Parlamento c. Consiglio*, ECLI:EU:C:1997:289, punto 14.

Questa indicazione non è priva di rilevanza. Se, infatti, nelle esperienze statali di organizzazione del potere politico, il principio democratico-rappresentativo si realizza attraverso una forma di delega a favore di rappresentanti incaricati di adottare le decisioni politiche in nome della volontà popolare, questo modello trova soltanto parziale ed incompiuta realizzazione nel sistema dell'Unione. A meno che non si voglia qualificare come non democratico questo metodo di produzione normativa, ciò significa, in ultima analisi, che il principio democratico-rappresentativo subisce un'attenuazione, o meglio, un adattamento nel sistema giuridico dell'Unione nella misura in cui preveda, come appare inevitabile concludere, che esso sia soddisfatto allorché l'istituzione rappresentativa della volontà popolare si limiti ad intervenire nel processo decisionale, pur non disponendo di alcun potere decisivo ai fini della produzione giuridica[8].

Non stupisce, dunque, che la formula *Roquette Frerès* sia stata, nella giurisprudenza successiva, riutilizzata a *fortiori* in riferimento a disposizioni che assegnavano un ruolo più incisivo al PE – quindi sia nell'ambito della procedura di cooperazione[9] che in quella di codecisione[10], ai sensi delle precedenti versioni del Trattato.

Può invece destare qualche perplessità il recente impiego della formula in riferimento al diritto del PE di essere "informato" in tutte le fasi della procedura di negoziazione e di conclusione degli accordi internazionali, ai sensi dell'art. 218, par. 10, TFUE[11]. Nella prospettiva accolta dalla Corte, l'obbligo di informazione imposto al Consiglio (o in alternativa all'Alto rappresentante) è volto a garantire che il PE, pur restando eventualmente escluso dalla procedura di negoziazione e di conclusione di un accordo[12], "sia messo in condizione di esercitare un controllo democratico sull'azione esterna" (punto 79). Di conseguenza, "anche se l'obbligo di informare il Parlamento in modo pieno e immediato non mira a consentire a quest'ultimo di partecipare alla negoziazione e alla conclusione degli accordi" (punto 71), ma piuttosto a permettergli "di far valere il proprio punto di vista per quanto riguarda, in particolare, la corretta base giuridica sulla quale l'atto in questione deve fondarsi" (punto 86), detta regola è nondimeno "l'espressione dei principi democratici sui quali l'Unione si fonda" (punto 81).

---

[8] Non avrebbe senso, come acutamente osservato da E. Cannizzaro (*Democrazia e sovranità nei rapporti fra Stati membri e Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2000, p. 248), pensare che il concetto di democrazia sia legato unicamente all'esperienza giuridica statale.

[9] V., tra le molte, la sentenza della Corte di giustizia dell'11 giugno 1991, causa C-300/89, *Commissione c. Consiglio* (Biossido di titanio), ECLI:EU:C:1991:244, punto 20. V., inoltre, K. Lenaerts, *The principle of democracy in the case law of the European court of justice*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2013, p. 271 ss.

[10] V., *ex plurimis*, la sentenza della Corte di giustizia del 6 novembre 2008, causa C-155/07, *Parlamento c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2008:605, punti 77 e 78.

[11] Sentenza della Corte di giustizia del 24 giugno 2014, causa C-658/11, *Parlamento europeo c. Consiglio* (caso sull'accordo con Mauritius), ECLI:EU:C:2014:2025. V., inoltre, la sentenza del 14 giugno 2016, causa C-263/14, *Parlamento europeo c. Consiglio* (caso sull'accordo con la Tanzania), ECLI:EU:C:2016:435. Si consenta di rinviare a M. E. Bartoloni, *Sulla partecipazione del Parlamento europeo sulla formazione di accordi in materia di Politica estera e di sicurezza comune*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 796 ss.

[12] Questa evenienza si realizza allorché l'accordo abbia ad oggetto settori relativi alla PESC. V. la sentenza *Parlamento c. Consiglio* (Mauritius), punto 8.

Le perplessità che questo schema argomentativo solleva derivano dalla circostanza che il principio democratico appare essere soddisfatto anche in presenza di presupposti che si discostano in maniera apprezzabile dal modello, peraltro già attenuato, di rappresentanza democratica accolto nella giurisprudenza precedente. Innanzitutto, se, in *Roquette Frères*, il rispetto del principio democratico si riflette nella partecipazione, pur blanda, del PE al procedimento decisionale, in questo filone giurisprudenziale il principio democratico trova realizzazione nel diritto del Parlamento di essere informato nel contesto di un *iter* che, pur incardinandosi nella più generale procedura di negoziazione e conclusione di accordi internazionali, rimane essenzialmente estraneo dal procedimento di produzione giuridica. Il diritto di essere *informato* infatti è volto a consentire al PE un controllo sull'azione esterna, ma non mira, come espressamente sottolineato dalla Corte, a consentirgli una partecipazione diretta sul piano decisionale.

Da qui anche il secondo elemento di diversificazione rispetto a *Roquette Frères*. In questo orientamento giurisprudenziale, il PE – inserito a pieno titolo nella procedura di adozione degli atti – esprime un parere che, per quanto blando, produce determinati effetti giuridici sul piano normativo. Il parere, come è noto, è obbligatorio, esigendo che il Parlamento esprima effettivamente la propria opinione; ne deriva che l'obbligo di consultare il PE comporta il corrispondente obbligo di una nuova consultazione ogni qual volta l'atto infine adottato, considerato complessivamente, sia diverso, quanto alla sua sostanza, da quello sul quale il Parlamento si è già espresso[13]. Nella giurisprudenza più recente, invece, il *punto di vista* che il PE è messo nelle condizioni di esprimere, a seguito dell'espletamento del dovere di informazione a carico delle altre istituzioni, è facoltativo e del tutto eventuale. La modalità offerta dal "punto di vista" diverge dunque sensibilmente dal "parere" sia perché non idoneo a condizionare l'*iter* procedurale, sia perché è strutturalmente privo della capacità di produrre, pur blandi, effetti giuridici[14]. In altre parole, il punto di vista è, a differenza del parere, un mero convincimento del tutto sprovvisto di una qualche efficacia giuridica.

Alla luce di queste considerazioni può sorprendere che il diritto del PE di essere informato nel contesto della procedura di negoziazione e conclusione di accordi internazionali e la corrispondente opportunità di esprimere il proprio punto di vista siano considerati, al pari del parere che il PE esprime nell'ambito del processo normativo, manifestazione di un principio democratico per mezzo del quale i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa. Se, come osservato, la Corte – attraverso la formula *Roquette Frères* – riconnette l'esistenza del principio democratico-rappresentativo alla partecipazione del PE al procedimento decisionale, è difficile comprendere come, in assenza di siffatta partecipazione, il principio democratico possa essere realizzato.

La circostanza che la Corte abbia valorizzato elementi che, pur collocandosi nel più generale procedimento di formazione di accordi, rimangono comunque estranei

[13] Eccetto i casi in cui gli emendamenti corrispondano essenzialmente al desiderio espresso dal PE stesso. V, *ex plurimis*, la sentenza della Corte di giustizia dell'11 novembre 1997, causa C-408/95, *Eurotunnel*, ECLI:EU:C:1997:532, punto 46.

[14] L'unico effetto giuridico potrebbe scaturire dall'applicazione del principio di leale collaborazione. Non è irragionevole pensare che il "punto di vista" espresso dal PE dovrebbe, quantomeno, essere preso in considerazione dalle istituzioni che hanno un ruolo attivo nella negoziazione e conclusione dell'accordo.

alla procedura decisionale in senso stretto, si potrebbe allora spiegare attraverso due differenti chiavi di lettura. Da una parte, si potrebbe sostenere che il principio democratico non si realizzi necessariamente attraverso la partecipazione del PE al "processo di produzione normativa", ma assuma il significato più sfumato ed elastico di generico "controllo" del PE sulle attività dell'UE, in particolare sull'*iter* decisionale. Il principio democratico, in altre parole, sarebbe soddisfatto dalla capacità di controllo che il PE sarebbe in grado di esercitare. Tale capacità di controllo, nel suo contenuto minimo, si manifesterebbe nel diritto del PE di essere informato e di essere posto nella condizione di poter esprimere un proprio punto di vista; nella sua accezione ordinaria, si rifletterebbe nel più specifico e pregnante potere di intervenire nella procedura decisionale attraverso una gamma quanto mai variegata di prerogative. In questa prospettiva, il principio democratico coinciderebbe con la generica capacità del PE di esercitare un non meglio precisato controllo democratico. Ed è chiaro che, in questa accezione, il principio democratico si discosterebbe in maniera sensibile anche dalla nozione elaborata nella giurisprudenza *Roquette Frères*. In questo significato limitato e circoscritto, l'accento si sposta necessariamente dal potere specifico del PE di partecipazione all'*iter* decisionale a quello generico di controllo sull'*iter* decisionale.

Sulla base di una lettura alternativa, si potrebbe invece ritenere che, seppure il principio democratico presenti nel sistema dell'Unione un significato più ampio e sfumato rispetto a quello accolto nei sistemi statali[15], irrinunciabile sarebbe, in ogni caso, il collegamento con il processo di produzione normativa[16], come d'altra parte valorizzato anche nella formula *Roquette Frères*. In altre parole, il tasso di democraticità dell'ordinamento europeo sarebbe collegato alla capacità del Parlamento di intervenire, anche in maniera blanda, nel procedimento decisionale. Se così, allora, il diritto del PE di essere informato al fine di esprimere un mero punto di vista al di fuori della procedura decisionale non potrebbe in alcun modo realizzare il principio democratico. In questa prospettiva, sarebbe inevitabile concludere che il preteso *deficit* democratico pervada ancora la struttura più intima dell'organizzazione europea.

3. Il secondo percorso di indagine è volto a determinare la funzione del principio democratico-rappresentativo nell'argomentazione giuridica. L'analisi che si andrà ad affrontare tenderà ad accertare se il principio democratico, pur essendo costantemente invocato nella giurisprudenza, si sia pienamente affrancato dalla sua funzione di manifesto politico, imponendosi come autonomo principio giuridico.

A tal riguardo, la disamina sarà condotta, pur succintamente, in relazione a tre differenti filoni giurisprudenziali: la partecipazione del PE alla procedura decisionale; la legittimazione attiva del PE a garanzia delle proprie prerogative; l'esigenza di tutela delle prerogative del PE nella scelta della base giuridica pertinente a fondare l'atto.

a) Quanto al primo profilo, già nella sentenza *Roquette Frères*, la Corte, nell'indicare come il coinvolgimento del PE nell'*iter* decisionale rifletta un fondamentale principio di democrazia, aveva altresì rilevato che la sua mancata consultazione è idonea ad integrare la violazione di una forma sostanziale. Il potere di consultazione

15 Cfr. E. Cannizzaro, *op. cit.*, p. 247 ss.

16 V. M. Starita, *I principi democratici nel diritto dell'Unione europea*, Torino, 2011, p. 70 ss.

infatti "costituisce un elemento essenziale dell'equilibrio istituzionale voluto dal Trattato"[17].

Da questi passaggi si può agevolmente ricavare che la consultazione del PE, pur essendo considerata manifestazione del principio democratico, è innanzitutto strumentale al funzionamento di un determinato ingranaggio istituzionale: quello che consente all'istituzione eletta a suffragio universale di partecipare al processo normativo. La mancata consultazione, nell'impedire l'effettiva partecipazione del PE, spezza l'equilibrio sotteso a quell'ingranaggio, determinando, di conseguenza, la violazione di una forma sostanziale[18]. Dalla complessiva argomentazione – che la Corte costantemente ricalca allorché afferma l'obbligo per il Consiglio di astenersi dall'adozione dell'atto fino a quando il PE non si sia pronunciato[19], oppure quando obbliga il Consiglio ad una nuova consultazione qualora l'atto infine adottato sia diverso, quanto alla sua sostanza, da quello sul quale si sia pronunciato il PE[20] – sembra dunque difficile concludere che il principio democratico-rappresentativo riesca ad assumere una funzione autonoma nell'argomentazione giuridica. Piuttosto, proprio perché è un elemento che concorre all'equilibrio del complessivo assetto istituzionale stabilito dai Trattati, il principio democratico-rappresentativo è destinato ad essere bilanciato con le altre componenti, parimenti essenziali, dello stesso. Non stupisce dunque che, nella giurisprudenza più recente in tema di consultazione del PE, il principio democratico appare formalmente assorbito in quello più generale dell'equilibrio istituzionale, laddove la Corte afferma che "[l]a partecipazione effettiva del Parlamento all'iter legislativo (…) rappresenta infatti un elemento essenziale dell'equilibrio istituzionale voluto dal Trattato stesso, e ciò in quanto la competenza del Parlamento riflette un fondamentale principio della democrazia"[21].

b) Anche nel filone teso ad offrire la legittimazione attiva al PE (in un periodo storico in cui il PE ne era ancora privo), l'*iter* argomentativo ruota tutto intorno all'equilibrio istituzionale. Si ricorderà, a tal riguardo, che la Corte aveva indicato che l'assenza nei trattati di disposizioni che attribuiscono il diritto di ricorso comporta una "lacuna procedurale". Una situazione di carenza di legittimazione attiva può infatti determinare una lesione delle prerogative che al Parlamento sono state invece riconosciute nell'ambito delle procedure d'adozione degli atti. La Corte aveva dunque ripristinato la simmetria tra poteri di partecipazione del PE all'*iter* normativo e capacità di legittimazione processuale stabilendo che le prerogative del PE vanno salvaguardate in quanto "costituiscono uno degli elementi dell'equilibrio istituzionale voluto dai Trattati. Questi hanno infatti instaurato un sistema di ripartizione delle competenze fra le varie istituzioni (…) secondo il quale ciascuna svolge

[17] Sentenza *Roquette Frères*, punto 33. V. anche la sentenza della Corte di giustizia del 10 maggio 1995, causa C-417/93, *Parlamento c. Consiglio*, ECLI:EU:C:1995:127, punto 9.

[18] È stato osservato (V. M. Starita, *op. cit.*, p. 82) che il principio democratico, "integrando il significato dell'espressione «violazione delle forme sostanziali» diventa, almeno indirettamente, parametro di legittimità del diritto derivato".

[19] Sentenza *Roquette Frères*, punti 35 e 36.

[20] V., *ex multis*, la sentenza della Corte di giustizia del 10 giugno 1997, causa C-392/95, *Parlamento c. Consiglio*, ECLI:EU:C:1997:289, punto 15.

[21] Sentenze della Corte di giustizia del 6 settembre 2017, causa C-643/15, *Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2017:631, punto 160 e del 7 marzo 2017, causa C-390/15, *RPO*, ECLI:EU:C:2017:174, punto 25.

una propria specifica funzione nella struttura istituzionale (…) e nella realizzazione dei compiti affidatile"[22]. Appare ragionevole sostenere che anche questa sentenza e, più in generale, la complessiva giurisprudenza in tema di "capacità di agire in giustizia" del PE, sia ispirata dall'esigenza di rispettare l'equilibrio tra le istituzioni. In altri termini, lo *jus standi* è considerato uno strumento necessario per garantire l'equilibrio istituzionale voluto dai Trattati, senza che il principio democratico venga direttamente in rilievo come fattore di riequilibrio dei rapporti interistituzionali.

c) Elementi che confermano il limitato ruolo del principio democratico-rappresentativo nella visione della Corte di giustizia si rintracciano anche nel filone giurisprudenziale relativo alla concorrenza di differenti basi giuridiche. È infatti noto che in presenza di un atto che persegua più scopi principali inscindibilmente collegati è ammessa la possibilità di utilizzare contemporaneamente le diverse basi giuridiche corrispondenti[23]. Ancorché questa soluzione sia volta ad evitare che aspetti essenziali dell'atto possano essere adottati secondo una procedura diversa da quella prevista dal Trattato, e rifletta quindi l'esigenza di rispettare il ruolo riservato a ciascuna istituzione nell'ambito di ciascun procedimento decisionale, la Corte ha tuttavia escluso il cumulo di basi giuridiche allorché l'utilizzo di più fondamenti giuridici, piuttosto che garantire la dinamica istituzionale, abbia l'effetto di alterarne gli equilibri. In relazione a questa ipotesi, si è radicata l'idea che debba preferirsi la base giuridica che preveda la procedura più garantista e maggiormente rispettosa del principio democratico. Tuttavia, già nella sentenza *Biossido di Titanio*[24], che tradizionalmente viene invocata a sostegno di questa tesi, il richiamo al principio democratico vale ad escludere il cumulo di basi giuridiche[25], ma non vale a determinare il fondamento giuridico più appropriato il quale, piuttosto, è individuato sulla base di altri criteri, in particolare, quello che fa riferimento alle complessive finalità perseguite dall'atto[26]. Come è stato opportunamente osservato "il maggiore coinvolgimento del Parlamento è dunque una conseguenza e non la causa della scelta della base giuridica"[27]. Anche nella giurisprudenza successiva, allorché la Corte abbia individuato la corretta base giuridica nella norma che prevede un più intenso coinvolgimento del PE, il riferimento all'esigenza di evitare che "il cumulo di fondamenti normativi sia tale da pregiudicare i diritti del Parlamento" non è compiuto in ossequio al principio democratico, ma ad esigenze di sistema, specificamente a quelle che derivano dal rispetto delle procedure[28].

Una esplicita riprova della carenza d'autonomia del principio democratico-rappresentativo nell'ambito dell'argomentazione giuridica si rintraccia nella sentenza

---

[22] Corte di giustizia, sentenza 22 maggio 1990, causa 70/88, *Parlamento* c. *Consiglio*, ECLI:EU:C:1990:217, punto 21.

[23] V., ad esempio, la sentenza *Commissione c. Consiglio* (Biossido di titanio), punto 10.

[24] V. *supra*, nota 9.

[25] *Ivi*, punti 19 e 20.

[26] *Ivi*, punti 22, 23 e 24.

[27] A. Cossiri, *Partiti e rappresentanza nella dimensione interna e sovranazionale. I fattori normativi*, Milano, 2018, p. 186.

[28] V., ad es., le sentenze della Corte di giustizia del 10 gennaio 2006, causa C-94/03, *Commissione c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2006:2, punto 52 e del 10 gennaio 2006, causa C-178/03, *Commissione c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2006:4, punto 57.

resa nella causa C-130/10[29]. Si trattava di stabilire il corretto fondamento giuridico di un regolamento volto ad imporre misure restrittive di carattere economico nei confronti di persone ed entità associate alla rete Al-Qaeda. Il Trattato di Lisbona, come è noto, ha previsto due basi giuridiche concorrenti per l'adozione di misure sanzionatorie: mentre l'art. 75 TFUE prevede l'applicazione della procedura legislativa ordinaria, che implica la piena partecipazione del Parlamento al procedimento, l'art. 215, par. 2, TFUE stabilisce invece che il PE sia meramente informato. La scelta dell'una o l'altra base giuridica si ripercuote dunque sulle prerogative del PE.

Nel ricorso, il PE, nell'indicare l'art. 75 quale fondamento giuridico adeguato del regolamento, ha sostenuto che "sarebbe in contrasto con il diritto dell'Unione la possibilità di adottare misure dotate di incidenza diretta sui diritti fondamentali dei singoli e dei gruppi mediante una procedura che escluda la partecipazione del Parlamento"[30]. Secondo il PE il Trattato di Lisbona rifletterebbe infatti "la volontà degli Stati membri di rafforzare il carattere democratico dell'Unione e costituirebbe una risposta all'urgente necessità di prevedere un controllo parlamentare sulle prassi di inserimento nell'elenco" (punto 34). L'argomento del PE, a ben guardare, non è affatto infondato. Non è irragionevole pensare che la compressione dei diritti fondamentali debba essere accompagnata dalle garanzie proprie di un controllo parlamentare. Nell'ambito degli ordinamenti nazionali, in effetti, vi è una imprescindibile correlazione tra misure tese ad incidere sulla sfera giuridica soggettiva di persone fisiche e controllo parlamentare. Alla legge, di conseguenza, è riservata la disciplina dei casi e dei modi attraverso cui diritti e libertà possono essere limitati. La *ratio* della riserva di legge è infatti di assicurare che la disciplina di materie particolarmente delicate, idonee ad interferire con i diritti e le libertà fondamentali, venga decisa con la garanzia tipica insita nel procedimento parlamentare.

La Corte, tuttavia, ha rigettato questa impostazione. Secondo la Corte, se è pur vero che la partecipazione del Parlamento alla procedura legislativa è il riflesso, sul piano dell'Unione, di un fondamentale principio di democrazia secondo il quale i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa, "non sono tuttavia le procedure a definire il fondamento normativo di un atto, ma è il fondamento normativo di un atto che determina le procedure da seguire per la sua adozione" (punto 80). Sotto questo profilo, la differenza tra gli articoli 75 TFUE e 215 TFUE quanto al coinvolgimento del Parlamento risulta dalla scelta, operata dal Trattato di Lisbona, di conferire un ruolo più limitato al Parlamento riguardo all'azione dell'Unione nel contesto della PESC.

Ne deriva che, fermo restando l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali, che si rivolge a tutte le istituzioni, organi e organismi dell'Unione, è legittimo adottare misure dotate di incidenza diretta sui diritti fondamentali dei singoli anche mediante una procedura che escluda la partecipazione del Parlamento. In definitiva, ancorché potrebbe essere auspicabile un controllo parlamentare nei casi in cui si vada ad inci-

[29] Sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2012, causa C-130/10, *Parlamento c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2012:472. Si permetta di rinviare a M. E. Bartoloni, *Tutela dei diritti fondamentali e basi giuridiche di sanzioni UE nei confronti di persone, o enti non statali, collegati con attività terroristiche*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 222 ss.

[30] Punto 83. Sempre secondo il Parlamento "a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'Unione potrebbe adottare misure concernenti i diritti fondamentali solo nell'ambito della procedura legislativa ordinaria o con l'approvazione del Parlamento" (punto 29).

dere sulla sfera soggettiva di persone fisiche e giuridiche, l'esigenza di garantire il principio democratico non può sovvertire l'equilibrio istituzionale voluto dai Trattati il quale si riflette in ciascuna base giuridica.

Questo filo argomentativo in cui l'esigenza di rispettare l'equilibrio istituzionale tende ad assorbire, fino a vanificarlo, il principio democratico-rappresentativo è alla base anche di un contiguo filone giurisprudenziale: quello in cui la Corte è intervenuta per correggere l'asimmetria di poteri assegnati al PE nell'ambito della procedura di conclusione di accordi internazionali. È noto che l'art. 218, par. 6, TFUE impone la partecipazione del Parlamento nella conclusione di accordi che non riguardino "esclusivamente" la PESC. Sulla base di un'interpretazione letterale di questa previsione, il PE dovrebbe dunque partecipare – nella forma impegnativa dell'approvazione, ovvero della consultazione – anche alla conclusione di accordi aventi un contenuto prevalente di politica estera, pur se, come è noto, nella formazione di atti interni di politica estera il ruolo parlamentare è assolutamente marginale. Dato che la politica estera si concreta, nella massima parte dei casi, in atti che hanno qualche contenuto materiale (relativo, ad es., alla cooperazione allo sviluppo, all'aiuto umanitario, *etc.*), ancorché di rilievo funzionale alla realizzazione di obiettivi politici, la disposizione avrebbe l'effetto di imporre la partecipazione parlamentare per accordi il cui contenuto ricada, sia pure in maniera marginale, in una qualsiasi politica materiale interna. In questa prospettiva, il PE si troverebbe dunque ad esercitare sul piano esterno funzioni che, in ambito PESC, gli sono invece precluse sul piano interno.

Proprio al fine di evitare l'incongruità di una tale situazione, questa asimmetria è stata corretta sulla base di un'interpretazione restrittiva dell'art. 218, par. 6, TFUE. Nella oramai nota sentenza sul caso dell'accordo con Mauritius[31], la Corte di giustizia ha indicato che "è la base giuridica sostanziale di un atto a determinare le procedure da seguire per l'adozione del medesimo" (punto 57). Ne deriva che se "la decisione di conclusione dell'accordo in questione è validamente fondata soltanto su una base giuridica sostanziale rientrante nell'ambito della PESC, risulta applicabile il tipo di procedura previsto dall'articolo 218, par. 6, secondo comma, frase iniziale, TFUE" (punto 59), con esclusione quindi del Parlamento dall'*iter* decisionale. Ciò "al fine di garantire che, con riguardo a una data materia, il Parlamento e il Consiglio dispongano degli stessi poteri, nel rispetto dell'equilibrio istituzionale previsto dai Trattati" (punto 56).

La Corte, nel fondare dunque la sua soluzione su una rigorosa applicazione dei principi giurisprudenziali sulla base giuridica anche riguardo alla conclusione di accordi internazionali, ha ripristinato il collegamento tra base giuridica sostanziale e procedura decisionale. Questa operazione, che ha chiaramente avuto l'effetto di ristabilire, in materia di PESC, un rapporto di simmetria tra la procedura di adozione di atti e quella di conclusione di accordi, ha tuttavia determinato una compressione dei poteri originariamente assegnati dal Trattato al PE nella procedura di conclusione degli accordi. Anche in relazione a questo orientamento giurisprudenziale non si può, allora, non scorgere la difficoltà del principio democratico-rappresentativo di imporsi autonomamente, e di entrare nel gioco dialettico con altri principi parimenti cardine dell'ordinamento UE. Nel caso da ultimo esaminato, in

[31] V., *supra*, nota 11.

particolare, il principio democratico subisce addirittura un affievolimento proprio in ragione dell'esigenza di preservare l'equilibrio istituzionale, esigenza che, tra l'altro, appare idonea a vanificare anche le disposizioni del Trattato, o meglio a orientare unilateralmente la loro interpretazione, trascurando del tutto esigenze concorrenti.

4. I risultati di questo duplice percorso ricognitivo offrono interessanti spunti di riflessione in merito al significato e alla funzione del principio democratico-rappresentativo nel sistema giuridico dell'UE. Sotto il primo profilo, la giurisprudenza più recente sembra accogliere una nozione di rappresentanza democratica che non esige necessariamente la partecipazione del PE alla procedura di adozione degli atti. Il principio democratico-rappresentativo sarebbe realizzato anche attraverso meri poteri di controllo che il PE esercita a prescindere da un suo diretto coinvolgimento nell'*iter* decisionale. Sotto il secondo profilo, la complessiva giurisprudenza, tesa a tutelare o rafforzare le prerogative parlamentari, pur ispirata dall'esigenza di attuare il principio democratico, si giustificherebbe, in realtà, dall'intento di preservare l'equilibrio istituzionale risultante dal Trattato.

In questa prospettiva, allora, il principio democratico-rappresentativo appare acquisire, nel contesto dell'UE, una fisionomia profondamente diversa da quella che usualmente presenta negli ordinamenti nazionali: non solo esibisce un contenuto talmente "minimo" da stravolgere, forse, il comune concetto di rappresentanza democratica, ma appare anche relegato a svolgere una funzione meramente residuale nella complessiva argomentazione giuridica. Il principio democratico-rappresentativo, in altre parole, pur intrinsecamente connaturato all'ordinamento dell'Unione (come enfaticamente sostiene la Corte), non appare in grado di affrancarsi dal ruolo di manifesto politico e di imporsi con una sua specifica identità.

Sulla base di queste premesse, il principio democratico appare essere, piuttosto, soltanto uno dei molti elementi che concorrono a preservare l'equilibrio del complesso e delicato meccanismo istituzionale dell'Unione. Il principio democratico, di conseguenza, sembra svolgere una funzione per definizione limitata e, in ogni caso, circoscritta dalla cornice offerta dal principio dell'equilibrio istituzionale. Non avrebbe modo di estrinsecarsi ad eventuale discapito dell'equilibrio istituzionale neanche nell'ipotesi in cui le prerogative parlamentari rischino di essere compresse, oppure nel caso in cui sia in gioco la tutela dei diritti fondamentali, come ha ben messo in evidenza la giurisprudenza. Nel primo caso, l'esigenza di preservare l'equilibrio dei poteri parlamentari tra sfera interna ed esterna ha condotto la Corte a ridimensionare sul piano interpretativo una norma del Trattato attributiva di significative prerogative al PE nella conclusione di accordi internazionali, determinando in tal modo una lesione dei poteri d'intervento da parte del PE. Nel secondo caso, l'esigenza di rispettare la base giuridica imposta dal Trattato ha spinto la Corte ad escludere che la compressione dei diritti fondamentali debba essere necessariamente accompagnata da un controllo parlamentare, indicando, seppur implicitamente, che le garanzie giuridiche dei diritti non sono necessariamente collegate alle garanzie democratiche.

In questa prospettiva, allora, in cui il principio democratico-rappresentativo appare costantemente piegato alle esigenze che derivano dal principio dell'equilibrio istituzionale non appare superfluo riaprire un dibattito, seppure scomodo: chiedersi

se il sistema giuridico dell'UE esprima un principio democratico che, pur non del tutto coincidente con quello che si manifesta negli ordinamenti nazionali, possa – ciononostante – essere qualificato tale; oppure se l'ordinamento europeo, al contrario, sia intimamente connaturato ad un meccanismo nel quale il *deficit* democratico è "una premessa necessaria" ed "anche una conseguenza non meno inevitabile"[32] di un sistema che fonda la sua ragion d'essere sul principio d'attribuzione e, quindi, sull'equilibrio istituzionale imposto dai Trattati. Non è affatto semplice individuare quale delle due letture sia quella corretta, nel caso ve ne fosse una. Vi sono infatti argomenti che militano sia per l'una che per l'altra ricostruzione.

Tuttavia, la lettura che vede nel presunto *deficit* democratico un elemento non meramente casuale del sistema giuridico dell'UE non appare del tutto ingiustificata. Il *deficit* sarebbe legato all'esigenza, strutturale e sistemica, di bilanciare – con modalità di volta in volta diverse – la distribuzione di potere tra le diverse istituzioni e preservare il delicato ingranaggio nel quale ciascun attore esercita una forma di rappresentanza. L'equilibrio di questo ingranaggio, cui corrispondono forme di legittimazione diverse, non può essere alterato da alcun tipo di esigenza. In altre parole, una forma di legittimazione (ad es. quella democratica-rappresentativa) non può prevalere su un'altra, a discapito dell'assetto istituzionale disegnato nei Trattati. Non è un caso che, anche nel nuovo contesto post-Lisbona, la realizzazione del principio democratico sollevi criticità ogni qualvolta esso tenda ad affermarsi in termini incompatibili con l'assetto istituzionale voluto dai Trattati, oppure laddove la rappresentanza di carattere democratico aspiri ad imporsi sugli altri tipi di rappresentanza, alterando quell'equilibrio istituzionale. Se situazioni di questo genere determinino un effettivo *deficit* democratico non è facile da dire. È invece a tutt'oggi sensato affermare che il sistema politico-istituzionale dell'Unione europea è strutturalmente inidoneo ad esprimere un concetto di democrazia rappresentativa assimilabile a quello che si è affermato in ambito statuale.

Abstract

Il principio democratico rappresentativo nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Il *deficit* democratico dell'UE è una premessa necessaria?

Il presente contributo esamina, attraverso la lente della Corte di giustizia, il *significato* e la *funzione* del principio democratico-rappresentativo, ancora ad oggi implicitamente considerato dalla Corte unica fonte di legittimazione della decisione democratica nell'ordinamento dell'Unione.

L'A. sostiene che detto principio presenta, nel contesto dell'UE, una fisionomia profondamente diversa da quella che usualmente presenta negli ordinamenti nazionali: non solo

[32] R. Bin, *op. cit.*, p. 78.

esibisce un contenuto talmente "minimo" da stravolgere, forse, il comune concetto di rappresentanza democratica, ma appare anche relegato a svolgere una funzione meramente residuale nella complessiva argomentazione giuridica. Il principio democratico-rappresentativo, in altre parole, pur intrinsecamente connaturato all'ordinamento dell'Unione, non appare in grado di affrancarsi dal ruolo di manifesto politico e di imporsi con una sua specifica identità.

Il principio democratico appare essere, in particolare, soltanto uno dei molti elementi che concorrono a preservare l'equilibrio del complesso e delicato meccanismo istituzionale dell'Unione. Il principio democratico, di conseguenza, sembra svolgere una funzione per definizione limitata e, in ogni caso, circoscritta dalla cornice offerta dal principio dell'equilibrio istituzionale.

The Principle of Representative Democracy in the Case Law of the European Court of Justice. Is the Democratic Deficit of the EU a Necessary Premise?

This paper examines, through the case law of the European Court of Justice, the *meaning* and the *function* of the principle of representative democracy, implicitly considered by the Court to be the sole source of legitimization of the democratic decision in the EU.

The Author argues that this principle presents, in the context of the EU, a profoundly different physiognomy from that which it usually presents in national legal systems: it not only exhibits such a "minimal" content as to distort, perhaps, the common concept of democratic representation, but it also appears relegated to performing a purely residual function in the overall legal argumentation. The democratic principle appears to be, in particular, only one of the many elements that contribute to preserving the balance of the complex and delicate institutional mechanism of the Union. The democratic principle, therefore, seems to play a limited role and is, in any case, restricted by the framework offered by the principle of institutional balance.

Ivan Ingravallo*

Il (modesto) contributo dei partiti politici europei alla definizione del profilo democratico rappresentativo dell'Unione europea

Sommario: 1. Osservazioni introduttive. – 2. Il ruolo dei partiti politici europei. – 3. Lo statuto dei partiti politici europei. – 4. La riforma della legge elettorale europea quale strumento per valorizzare i partiti politici europei.

1. La riflessione sui partiti politici europei, così come quella svolta sul più ampio tema della democrazia nell'ambito dell'Unione europea, può essere affrontata da diverse prospettive disciplinari, sia giuridiche (per esempio dal Diritto costituzionale, dalle Istituzioni di diritto pubblico, dal Diritto pubblico comparato, ecc.), sia non giuridiche (si pensi alle discipline storiche, politologiche, ecc.). Il mio intento è considerare questo fenomeno dall'angolo visuale del Diritto dell'Unione europea, al fine di metterne in luce le principali caratteristiche e i profili di criticità e di debolezza in quello specifico contesto. Del resto, il carattere *sui generis* del processo di integrazione europea ne caratterizza anche la dimensione democratica e ciò a sua volta condiziona il modo di essere dei partiti politici europei[1].

Come punto di partenza di questa riflessione mi limiterò a richiamare un elemento banale: senza elezioni regolari e libere non esiste democrazia, il che rende di tutta evidenza il considerare anche il ruolo e i caratteri dei partiti politici, che delle elezioni, specie di quelle parlamentari, sono un elemento imprescindibile. Di seguito, mi soffermerò sui due aspetti che ritengo più significativi dei partiti politici europei, così come emergono (o faticano a emergere) nell'ordinamento giuridico dell'Unione, vale a dire il loro statuto e il loro ruolo.

* Professore associato di Diritto internazionale nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

1 Per alcune osservazioni generali sui partiti politici europei v. G. Grasso, *Partiti politici europei*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, *Agg.*, III ed., 2, 2008, p. 613 ss.; A. Ciancio, *I partiti politici europei e il processo di democratizzazione dell'Europa*, Online Working Paper 2009/11, aprile 2009, lex.unict.it; I. Ingravallo, *Democrazia rappresentativa e ruolo dei partiti politici a livello europeo dopo Lisbona*, in *Il Trattato di Lisbona. Due anni d'applicazione, Atti della Giornata di studio in ricordo di Francesco Caruso*, Napoli, 2013, p. 127 ss.; O. Porchia, *Partiti politici europei*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, VII ed., 2014, p. 795 ss.

Volendo anticipare la conclusione cui arriverò, ritengo che mentre l'Unione si è data molto da fare nel definire il primo profilo, adottando a tal fine numerosi e dettagliati atti e procedure, alquanto più sbiadito e impalpabile resta a tutt'oggi il ruolo dei partiti politici europei[2], nonostante siano passati quarant'anni dalle prime elezioni a suffragio universale diretto del Parlamento europeo, svoltesi nel 1979. È a quel momento elettorale che occorre ricondurre le origini dei partiti politici europei, in particolare alle scelte promosse dai gruppi politici in quel momento presenti nel Parlamento europeo[3], a loro volta espressione delle principali "famiglie" politiche presenti nei parlamenti nazionali degli allora Stati membri.

La scelta di passare da un meccanismo di rappresentanza indiretta del Parlamento europeo, effettuata dai parlamenti nazionali degli Stati membri, che vi inviavano alcuni dei loro membri, a un meccanismo di elezione diretta comportò la necessità di far partecipare alle elezioni per il Parlamento europeo svolte nei diversi Stati membri delle liste concorrenti, emanazione dei partiti nazionali. Emerse in tale fase storica quella che rimane una caratteristica fondamentale (e, a mio avviso, anche il principale limite) dei partiti politici nella dimensione democratica del processo di integrazione europea: si tratta di alleanze di partiti nazionali, di coordinamenti (più o meno intensi ed episodici) tra partiti politici nazionali, non di reali partiti politici, composti di individui e per i quali la partecipazione al momento elettorale è solo uno dei motivi di esistenza in vita. Ora, se è vero che, sempre di più, anche i partiti politici a livello nazionale hanno perso consistenza e ruolo, riducendosi talora a meri comitati elettorali, che si attivano e disattivano in corrispondenza dei diversi appuntamenti elettorali, a tutti i livelli, dalle elezioni per le istituzioni nazionali a quelle di livello locale e amministrativo, nondimeno essi restano, in potenza, delle formazioni che raggruppano individui (gli iscritti e/o i simpatizzanti o anche semplici sostenitori), al fine di discutere e confrontarsi e, nella più virtuosa delle ipotesi, decidere la linea politica da tenere in relazione a una determinata questione di interesse locale, regionale, nazionale, europeo, ecc.

I partiti politici nazionali, in definitiva, sono stati e, pur nella dimensione "liquida" che caratterizza l'agire politico collettivo negli ultimi anni, continuano a essere formazioni sociali che agiscono "dal basso". Quelli europei no, anzi, la crisi dei partiti nazionali tradizionali si riflette su quelli europei e li indebolisce[4].

---

[2] In tema v. le osservazioni critiche di R. Perrone, *Rafforzamento identitario dei partiti politici europei e democrazia nell'Unione: quali strumenti?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, p. 929 ss.

[3] Come segnalato da ultimo da M.R. Allegri, *Ancora sui partiti politici europei: cosa c'è di nuovo in vista delle elezioni europee 2019*, in *federalismi.it*, n. 9, 2019, p. 24: «I partiti politici europei, dunque, almeno in una fase iniziale hanno rappresentato solo il riflesso extraparlamentare dei gruppi parlamentari formatisi all'interno dapprima dell'Assemblea parlamentare della CECA e poi del Parlamento europeo». Come ha già efficacemente messo in luce F. Patroni Griffi, Élite e parti*ti politici in Europa:* à la rech*erche di una classe dirigente tra crisi e nuovi modelli di democrazia e di integrazione europea*, in *federalismi.it*, 2018, n. 16, p. 8: «il problema è di natura genetica ed è legato alla circostanza che i partiti politici europei nascono dai rispettivi gruppi parlamentari. È una genesi profondamente diversa da quella dei partiti nazionali».

[4] Secondo la condivisibile opinione di F. Patroni Griffi, *op. loc. cit.*: «È vero che la formazione di questi partiti europei consente l'aggregazione a livello europeo dei corrispondenti partiti nazionali […]. Ma è conseguentemente vero che la crisi dei partiti tradizionali nazionali travolge i partiti europei corrispondenti; che la crisi dei partiti europei sconta in più il vizio di origine sopra delineato che conduce i partiti a "guardare verso l'alto" da subito, così accentuandosene il distacco dalle istanze di base; […] l'idea di risolvere questa crisi e di attribuire un ruolo proprio ai partiti europei muovendo da una loro "riorganizzazione normativa" […] non affronta minimamente i temi di fondo di questa crisi, che, a differenza della corrispondente crisi a livello nazionale, ha un *quid* di peculiare: non ha mai vissuto l'età dell'oro dei partiti tradizionali».

2. Come accennato e come ampiamente noto, la sollecitazione a favore dell'istituzione di partiti politici "a livello europeo" (la denominazione partiti politici "europei" è più recente, come vedremo, e ognuno è libero di fare congetture su questo lieve cambiamento terminologico: corrisponde a una diversa percezione dei partiti e del loro ruolo nell'UE o ha un rilievo meramente stilistico?) è venuta dai gruppi parlamentari presenti nel Parlamento europeo. Essi hanno trovato una prima importante formalizzazione nel Trattato di Maastricht del 1992, che li ha collegati alla cittadinanza europea, con una scelta confermata nei Trattati successivi. La norma primaria di riferimento è l'art. 10, par. 4, TUE, secondo la quale: «I partiti politici a livello europeo contribuiscono a formare una coscienza politica europea e ad esprimere la volontà dei cittadini dell'Unione». In modo leggermente diverso, ma confermando il collegamento tra cittadinanza UE e partiti politici, si esprime l'art. 12, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali, in virtù della quale essi «contribuiscono a esprimere la volontà politica dei cittadini dell'Unione». Si segnala, peraltro, che con il Trattato di Lisbona del 2007 è eliminato il riferimento ai partiti politici come «un importante fattore per l'integrazione in seno all'Unione europea», il che implica come anche un partito avente un programma politico euro-scettico o anti-europeo sia legittimato a esistere nell'ordinamento giuridico UE.

Il Trattato di Lisbona colloca strategicamente il riferimento ai partiti politici a livello europeo tra la disposizione dedicata alla democrazia rappresentativa e quella sulla democrazia partecipativa, potendo in effetti dei "veri" partiti costituire non solo uno strumento al servizio della prima, attraverso la partecipazione alle elezioni parlamentari europee, ma anche della democrazia partecipativa. Si pensi, per limitarsi all'esempio più evidente, all'iniziativa dei cittadini, un'occasione sinora non sufficientemente utilizzata in generale, ma soprattutto del tutto inutilizzata dai partiti politici europei per contribuire a costruire "dal basso" un percorso di partecipazione democratica ai processi decisionali nell'Unione europea.

Come già rilevato, a quarant'anni dalle prime elezioni a suffragio universale diretto del Parlamento di Strasburgo i partiti politici europei rimangono strutture politiche che calano "dall'alto", apparati politici formati da altri apparati politici, quelli dei partiti nazionali che partecipano ai partiti europei. E la loro principale funzione, se non quella esclusiva, resta legata allo svolgimento delle elezioni parlamentari europee, mentre assai flebile, se non del tutto assente, è la loro partecipazione alle discussioni politiche sui temi, anche i più generali, della politica europea.

A fronte di questa situazione non sembra opponibile un argomento che spesso caratterizza l'ordinamento giuridico europeo, vale a dire quello dell'autonomia delle nozioni giuridiche quando esse sono utilizzate in tale contesto. Secondo le definizioni contenute nell'art. 2 del più recente regolamento sullo statuto dei partiti politici europei, il n. 1141/2014[5], infatti, mentre un partito politico è «un'associazione di cittadini che persegue obiettivi politici e che è riconosciuta o istituita conformemente all'ordinamento giuridico di almeno uno Stato membro», un'alleanza politica è «la cooperazione strutturata tra partiti politici e/o cittadini» e un partito politico europeo è «un'alleanza politica che persegue obiettivi politici ed è registrata […] alle condizioni e secondo le procedure di cui al presente regolamento». Per quanto l'argomento poc'anzi riferito sia vero e opportuno, resta la circostanza che le elezioni

[5] Sul quale v. *infra*, par. 3.

parlamentari europee sono elezioni con tratti comuni a tutte le altre e, quindi, lascia perplessi la circostanza che a queste elezioni partecipino dei partiti che, a ben vedere, partiti non sono. Manca loro, infatti, a tacer d'altro, la partecipazione popolare alle scelte che, di regola, caratterizza i partiti politici.

3. L'altro profilo da considerare, come anticipato, è quello dello statuto dei partiti politici a livello europeo, che poggia su una disposizione inserita nel diritto primario con il Trattato di Nizza del 2001 e sostanzialmente confermata nel Trattato di Lisbona. Si tratta dell'attuale art. 224 TFUE, in base al quale: «Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, determinano lo statuto dei partiti politici a livello europeo […], in particolare le norme relative al loro finanziamento»[6].

Lo statuto dei partiti politici a livello europeo è stato oggetto di una normativa di dettaglio già più volte modificata e ampliata, anche al fine di includervi le fondazioni politiche europee, non menzionate nel diritto primario, ma emerse nella prassi come strutture che si affiancano ai partiti e ne sostengono le attività. Come disposto dall'art. 224 TFUE, la normativa relativa allo statuto dei partiti politici a livello europeo è stata, almeno inizialmente, focalizzata sulla questione del loro finanziamento, mentre solo in un secondo momento ha preso in considerazione alcune altre questioni relative al loro funzionamento, come subito vedremo. I regolamenti sullo statuto dei partiti politici a livello europeo hanno anche dato vita, attraverso talune modifiche intervenute nel tempo, a una struttura amministrativa, un'agenzia dell'UE denominata Autorità per i partiti politici europei e le fondazioni politiche europee, incaricata della loro registrazione e, a certe condizioni, della loro cancellazione dal registro[7]. In sintesi, ciò che voglio segnalare è che, se sotto il profilo del ruolo dei partiti politici europei, la normativa primaria non ha prodotto conseguenze significative in termini di diritto derivato, lasciando quindi un vuoto di disciplina, per quanto riguarda il profilo più burocratico-organizzativo, quello dello statuto e del finanziamento dei partiti (e fondazioni), è stata adottata una notevole normativa di diritto derivato, che ha anche prodotto l'istituzione di strutture *ad hoc*, come l'appena menzionata Autorità.

La prima normativa di diritto derivato relativa ai partiti politici "a livello europeo" fu il regolamento n. 2004/2003[8], invero rivolto a disciplinarne il finanziamento, piuttosto che lo statuto. Il successivo regolamento n. 1524/2007 ha integrato la disciplina, inserendo anche le fondazioni politiche a livello europeo[9], aventi un ruolo ancillare rispetto ai partiti politici. In tempi recenti il regolamento del 2003 è stato sostituito da un nuovo regolamento, il n. 1141/2014, dedicato ai partiti politici

[6] Per un commento v. G. Carella, I. Ingravallo, *Art. 224*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 1850 ss.

[7] Le sue attività sono consultabili sul sito *web* appf.europa.eu.

[8] Regolamento (CE) n. 2004/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici a livello europeo.

[9] Regolamento (CE) n. 1524/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2007, recante modifica del regolamento (CE) n. 2004/2003 relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici a livello europeo.

"europei" (e alle relative fondazioni), che ne ha disciplinato in modo più preciso lo statuto, oltre al finanziamento[10].

Come accennato, la disciplina in tema di statuto e finanziamento è divenuta alquanto articolata, nonché dettagliata, il che la rende anche poco interessante da esaminare, considerato che si dilunga su profili tecnici e organizzativi che poco rilevano per chi voglia ricercare il senso più generale del loro ruolo. In sintesi, e volendo procedere per punti, tale disciplina individua i requisiti che un'alleanza politica deve possedere per essere considerata un partito politico europeo, indica le regole relative alla loro *governance* (art. 4) e quelle che attengono alla loro registrazione (art. 3), elemento da cui dipende l'accesso al finanziamento, oltre al funzionamento di quest'ultimo (art. 17 ss.) e ai controlli e alle sanzioni in caso di irregolarità (art. 23 ss.). Alla registrazione è collegata la personalità giuridica dei partiti politici europei (art. 12 ss.), nonché i compiti assegnati all'Autorità (art. 6 ss.), che includono anche quelli relativi alla cancellazione delle fondazioni e dei partiti dal registro di cui quest'agenzia si occupa[11].

La disciplina posta dal regolamento n. 1141/2014, pur importante e dettagliata in merito alla questione dello statuto e del finanziamento dei partiti (e fondazioni) europei, non affronta in maniera sostanziale le questioni relative alla loro evanescenza sulla scena politica europea[12]. Del tutto insoddisfacente, sotto il profilo del legame tra partiti politici nazionali ed europei, è l'indicazione fornita dall'art. 31, che con estrema "timidezza" dispone: «Fatti salvi gli articoli 21[13] e 22[14] i partiti politici europei, nel contesto di elezioni del Parlamento europeo, *possono* adottare tutti i provvedimenti adeguati per informare i cittadini dell'Unione dei collegamenti esistenti tra i partiti politici e i candidati nazionali e i partiti politici europei in questione»[15]. Né alcuna integrazione sostanziale sotto il profilo poc'anzi criticato è stata apportata dai regolamenti successivi, che hanno integrato il n. 1141/2014[16]: mi riferisco al n.

[10] Regolamento (UE, Euratom) n. 1141/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2014, relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee.

[11] A tal riguardo v. O.M. Pallotta, *I partiti politici europei ai tempi della crisi dello Stato di diritto in UE: una strada lastricata di buone intenzioni*, in *diritticomparati.it*, 2018.

[12] Per un esame nel merito del regolamento n. 1141/2014 sia consentito il rinvio a I. Ingravallo, *L'incerto statuto dei partiti politici europei*, in P. Nesi, P. Gargiulo (a cura di), *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione*, Napoli, 2015, p. 211 ss.; nonché M.R. Allegri, *Il nuovo regolamento sullo statuto e sul finanziamento dei partiti politici europei: una conclusione a effetto ritardato*, in *osservatorioaic.it*, 2014 (riprodotto, in buona parte, in M. Mascia (a cura di), *Verso un sistema partitico europeo transnazionale*, Bari, 2014, p. 63 ss.); L. D'Ettorre, *I partiti politici europei: una ricostruzione del quadro normativo*, in *La Comunità Internazionale*, n. 1, 2015, p. 83 ss.; G. Grasso, G. Tiberi, *Il nuovo Regolamento sullo statuto e sul finanziamento dei partiti e delle fondazioni politiche europee*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2015, p. 199 ss.

[13] È una disposizione che si occupa del finanziamento di campagne nel contesto delle elezioni parlamentari europee.

[14] Esso vieta di utilizzare i fondi UE destinati ai partiti politici europei per il finanziamento diretto o indiretto di altri partiti politici e, in particolare, di partiti o di candidati nazionali.

[15] Enfasi aggiunta.

[16] Per un'analisi critica approfondita v. M.R. Allegri, *Ancora sui partiti politici europei*, cit., p. 30, che così conclude il suo scritto: «Da questo inizio di campagna elettorale – nella quale i partiti politici europei non appaiono all'opinione pubblica né protagonisti né comprimari, ma solo occasionali comparse – emerge la sensazione che il peso specifico delle innovazioni normative costituite dall'entrata in vigore del regolamento n. 1141/2014 e dal successivo regolamento n. 2018/673 sia scarso e non tale da modificare di molto lo *status quo*: *much ado about nothing*?».

2018/673[17] e al n. 2019/493 (quest'ultimo dedicato specificamente alla tutela dei dati personali)[18], mentre della ulteriore normativa di dettaglio è contenuta in regolamenti delegati ed esecutivi[19]. Con riferimento alla visibilità del legame tra i partiti politici nazionali e quelli europei, il regolamento 2018/673 inserisce un – invero modesto – par. 2 *bis* nell'art. 18 del regolamento 1141/2014, a norma del quale: «Un partito politico europeo correda la domanda [di finanziamento] degli elementi comprovanti che i partiti dell'UE che sono suoi membri hanno *di norma* pubblicato sui loro siti web il programma politico e il logo del partito politico europeo […]»[20].

4. Al momento attuale, quindi, nonostante le importanti parole contenute nell'art. 10, par. 4, TUE e nell'art. 12, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali, e a prescindere dalla disciplina sempre più dettagliata posta dai regolamenti appena esaminati relativi al loro statuto, il ruolo dei partiti politici europei resta marginale[21]. Ciò emerge con particolare evidenza proprio con riferimento alle elezioni parlamentari europee, dove la loro visibilità dovrebbe essere massima, mentre invece restano tuttora sullo sfondo. Nel regolamento 1141/2014, per esempio, ci si limita a prevedere una mera facoltà di adottare tutti i provvedimenti adeguati per informare i cittadini dell'Unione dei collegamenti tra partiti politici europei e partiti e candidati nazionali (art. 31). A tale riguardo, anche il meccanismo dei c.d. *Spitzenkandidaten* non affronta il problema di fondo dato dalla inconsistenza dei partiti politici euro-

[17] Regolamento (UE, Euratom) n. 2018/673 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 maggio 2018, recante modifica del regolamento (UE, Euratom) n. 1141/2014 relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee. Tra le principali novità introdotte da questo regolamento di modifica, che come dichiara il 2° 'considerando' intende «riuscire a realizzare meglio l'obiettivo di incoraggiare e assistere i partiti politici europei e le fondazioni politiche europee a essi affiliate nel loro sforzo di creare un legame forte tra la società civile europea e le istituzioni dell'Unione e in particolare il Parlamento europeo», vi sono: l'introduzione di una regola che vieta le doppie affiliazioni di un partito nazionale a partiti europei; l'ampliamento anche a gruppi di cittadini della possibilità di sollecitare il Parlamento affinché inviti l'Autorità a verificare il rispetto dei valori dell'Unione da parte di un partito politico europeo; alcune disposizioni sul finanziamento; una nuova disposizione (art. 27 *bis*) sulla responsabilità delle persone fisiche che fanno parte del gruppo dirigente di un partito o di una fondazione europea. Il regolamento di modifica ha anche inserito una disposizione transitoria (art. 40 *bis*) che ha consentito all'Autorità di cancellare dal registro i partiti e le fondazioni europee che entro il 5 luglio 2018 non avessero presentato «documenti comprovanti che essi soddisfano le condizioni» di registrazione. L'Autorità ha adottato numerose decisioni in tal senso.

[18] Regolamento (UE, Euratom) n. 2019/493 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 marzo 2019, che modifica il regolamento (UE, Euratom) n. 1141/2014 per quanto riguarda la procedura di verifica relativa alle violazioni delle norme in materia di protezione dei dati personali nel contesto delle elezioni del Parlamento europeo.

[19] Regolamento delegato (UE) n. 2015/2401 della Commissione, del 2 ottobre 2015, relativo al contenuto e al funzionamento del registro dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee (v. anche la relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 22 febbraio 2019, sull'esercizio della delega conferita alla Commissione a norma del regolamento (UE, Euratom) n. 1141/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2014, relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee, COM(2019)94 fin.); regolamento di esecuzione (UE) n. 2015/2246 della Commissione, del 3 dicembre 2015, recante disposizioni dettagliate relative al sistema dei numeri di registrazione che deve applicare il registro dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee e alle informazioni fornite dagli estratti *standard* del registro.

[20] Enfasi aggiunta.

[21] In tema v., anche per ulteriori riferimenti dottrinali, l'analisi di A. Ciancio, *Democrazia e sovranazionalità: ripensare il Parlamento europeo*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2016, spec. p. 7 ss.

pei e sembra piuttosto una "scorciatoia" volta ad avvicinare le elezioni parlamentari europee a quelle nazionali.

A me sembra che il problema che sta alla base di questa inconsistenza sia da individuare nella legge elettorale del Parlamento europeo, contenuta nell'Atto del 1976. Mentre è comprensibile che in quel momento non vi fosse alcun interesse, né attenzione, rispetto al tema dei partiti politici a livello europeo, trattandosi di un "esperimento" che affrontava l'incognita di elezioni popolari dirette di una istituzione operante nell'ambito di un'organizzazione di Stati, l'occasione di riconoscere un ruolo maggiore ai partiti politici europei è stata invece persa in occasione delle modifiche dell'Atto del 1976. Né in quella del 1993, né in quella del 2002, infatti, è stato introdotto alcun riferimento ai partiti nel contesto delle elezioni parlamentari europee.

Ancora più preoccupante, sotto il profilo della mancata valorizzazione dei partiti politici europei, è che la scelta operata nel 1976 e confermata nel 1993 e nel 2002 ha trovato ancora una volta conferma in tempi recenti. L'11 novembre 2015, infatti, il Parlamento europeo ha approvato una proposta di riforma della legge elettorale, in base all'art. 223 TFUE, che come noto prevede la proposta a maggioranza assoluta da parte di questa istituzione e una votazione unanime del Consiglio, seguita dall'approvazione di tutti gli Stati membri in conformità delle rispettive norme costituzionali. In questa risoluzione[22] il Parlamento ha avanzato alcune ipotesi di emendamenti capaci di rendere effettivamente europea la campagna elettorale per le elezioni del Parlamento di Strasburgo, attraverso anche l'attribuzione di una maggiore evidenza ai partiti politici europei: si pensi alla proposta di apporre i rispettivi nomi e loghi sulle schede elettorali, con la stessa visibilità di quelli nazionali, e alla raccomandazione di far emergere le affiliazioni tra partiti nazionali ed europei nelle trasmissioni radiotelevisive di propaganda elettorale, sui manifesti e sull'altro materiale utilizzato nel corso delle campagne elettorali europee, in particolare nei documenti programmatici dei partiti nazionali[23].

A fronte di tali proposte del Parlamento, il Consiglio, nell'adottare la decisione n. 2018/994 del 13 luglio 2018 (con le astensioni di Belgio e Regno Unito, che non hanno impedito il raggiungimento dell'unanimità)[24], peraltro non ancora in vigore e quindi non applicata in occasione delle elezioni del maggio 2019, dopo aver nel 4° 'considerando' affermato che «è auspicabile che i cittadini dell'Unione siano informati […] sull'affiliazione di partiti politici nazionali a un partito politico europeo», si è limitato ad aggiungere all'Atto del 1976, per i profili che qui rilevano, una disposizione alquanto scarna e poco incisiva: «Gli Stati membri *possono* consentire l'apposizione, sulle schede elettorali, del nome o del logo del partito politico europeo al quale è affiliato il partito politico nazionale o il singolo candidato»[25].

---

[22] Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 novembre 2015 sulla riforma della legge elettorale dell'Unione europea (2015/2035(INL)). V. anche il commento di A. Ciancio, *A New Uniform Electoral Procedure to Re-Legitimate the Process of Political Integration in Europe. About the EU Parliament Resolution of 11 November 2015 on the Reform of the 1976 Electoral Act*, in *federalismi.it*, n. 2, 2015.

[23] Ivi, par. 2, nonché art. 3 *sexies* della proposta di decisione allegata alla risoluzione.

[24] Decisione (UE, Euratom) n. 2018/994 del Consiglio, del 3 maggio 2018, che modifica l'atto relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto, allegato alla decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom del Consiglio del 20 settembre 1976.

[25] Art. 3 *ter* (enfasi aggiunta).

A me sembra che l'affermazione di un ruolo più significativo dei partiti politici europei richieda una modifica sostanziale della legge elettorale per il Parlamento europeo, che garantisca loro non solo maggiore visibilità (loghi sulle schede, campagna elettorale), ma anche maggiore "esclusività" (per esempio, vietando l'abbinamento delle elezioni parlamentari europee con altre elezioni e prevedendo l'incandidabilità, non la mera incompatibilità o ineleggibilità, di chi esercita già un mandato a livello nazionale).

Allo stato attuale, come confermano le elezioni parlamentari europee del maggio 2019, la crisi dei partiti politici a livello nazionale sta mettendo in crisi la democrazia a livello di alcuni Stati membri e si riverbera sui partiti politici europei, che dopo quarant'anni sono ancora considerati come mega-comitati elettorali, e sulla stessa democrazia rappresentativa diretta nell'Unione europea. Come già accennato, senza libere elezioni non c'è democrazia e senza (veri) partiti neppure. Pur con tutte le differenze tra uno Stato e l'UE sotto il profilo del sistema democratico, il ruolo dei partiti politici europei non assicura, al momento, una effettiva democrazia a livello di Unione europea.

Abstract

Il (modesto) contributo dei partiti politici europei alla definizione del profilo democratico rappresentativo dell'Unione europea

I partiti politici sono un elemento imprescindibile di una effettiva democrazia rappresentativa. Nell'Unione europea essi sono emersi a partire dall'elezione a suffragio universale diretto del Parlamento europeo nel 1979 e, nel corso dei decenni, il loro ruolo e il loro statuto sono stati riconosciuti nei Trattati. Ciononostante, i partiti politici europei rimangono delle strutture "calate dall'alto", poiché di fatto sono mere alleanze tra partiti politici organizzati, apparati composti da apparati dei partiti politici nazionali, mancando loro una partecipazione "dal basso", che è invece caratteristica essenziale di un effettivo partito politico. Al fine di rafforzare il ruolo dei partiti politici europei occorrerebbe una modifica sostanziale della legge elettorale europea, ma gli Stati membri non hanno mostrato interesse in ciò.

The (Poor) Contribution of European Political Parties to the Representative Democratic Profile of the European Union

Political parties are an essential element of an effective representative democracy. In the European Union they emerged since the election by direct universal suffrage of the European Parliament in 1979 and, over the decades, their role and status have been recognized in the Treaties. Nevertheless, the European political parties remain 'top-down' structures, since in fact they are mere alliances between organized political parties, apparatuses composed of apparatuses of national political parties, lacking a 'bottom-up' participation, which is an essential characteristic of an effective political party. In order to strengthen the role of European political parties, a substantial modification of the European electoral law would be needed, but Member States have shown no interest in this.

Andrea Manzella*

Parlamento europeo: un nuovo inizio?

Sommario: 1. Le ragioni di un possibile processo innovativo. – 2. La "parlamentarizzazione" indotta del sistema politico comunitario. – 3. La peculiarità del diritto parlamentare sovrastatuale.

1. Dopo 40 anni dalla prima elezione diretta ci sono le condizioni di un nuovo inizio per il Parlamento europeo? La risposta può essere positiva, per due ordini di ragioni.

In primo luogo, perché la legislatura che si è chiusa – tra crisi, rimedi e autoanalisi – ha dato avvio ad un percorso di mutazioni, magari sotterranee, sul nuovo ruolo della istituzione, che sarebbe difficile ignorare e non proseguire.

In secondo luogo, perché le tensioni politiche accumulatesi in una lunghissima campagna elettorale – condotta per la prima volta su laceranti temi "europei" che hanno reso intercomunicanti gli spazi pubblici nazionali – dovranno necessariamente scaricarsi sul nuovo Parlamento.

Questo *mix* tra un presente che stringe e un passato prossimo che comunque ha contato, potrebbe appunto imporre un processo innovativo. Un processo da percorrere semmai "a Costituzione invariata": sul modello, appunto, suggerito nella legislatura che si è chiusa, dalle risoluzioni parlamentari del 16 febbraio 2017. In esse furono infatti racchiusi i compromessi parlamentari possibili per il futuro dell'Unione.

Questo processo innovativo può essere indicato, con inevitabile approssimazione, in cinque punti.

Il primo punto è quello della nascita dell'opposizione.

L'ultimo Parlamento, in fine di partita, sembra essersi preoccupato soprattutto di una vecchia opposizione di sabotaggio e di ostruzionismo. Le ultime modifiche regolamentari ne hanno dato una suggestiva definizione: "chiaro intento di pregiudicare in modo grave e duraturo lo svolgimento dei lavori dell'aula o i diritti degli altri deputati" (art. 164 *bis* RPE).

C'è stata poi la preoccupazione di impedire le "accozzaglie" di parlamentari sotto vaghe etichette (sovranisti, populisti, nazionalisti, *etc.*) imponendo strettissime condizioni per la verifica del requisito della "affinità politica" per la costituzione dei gruppi (art. 315 RPE).

* Presidente del Centro Studi sul Parlamento (CESP) – Università Luiss-Guido Carli, Roma.

Dopo *Brexit* e il suo catastrofico insegnamento, non sarà però questo il tipo di opposizione prevalente (al netto ovviamente del paradossale ritorno di Farage e dei suoi, in un eventuale vandalico precariato).

Dovrebbe prevalere piuttosto una opposizione articolata su due piani:

– il piano costituzionale, diretto a conseguire la finalità consentita dall'art. 48, par. 2, TUE: "ridurre le competenze attribuite all'Unione dai Trattati";

– il piano politico, diretto a contestare le politiche di governo, sostenute dalla maggioranza parlamentare.

Nell'un caso e nell'altro, la presenza attiva di tale opposizione dovrebbe condurre a modifiche regolamentari:

– sia per il riconoscimento di un suo vero e proprio *status* in quanto tale;

– sia, comunque, per il riconoscimento di pubblicità istituzionale delle sue posizioni, cosa che comporterebbe modificazioni sensibili in varie fasi del processo legislativo, già oggetto di forti critiche per la non trasparenza dei "triloghi" e delle procedure di conciliazione.

La "nascita" dell'opposizione significherebbe dunque un Parlamento europeo comunque diverso e più visibile nella democrazia del pubblico.

Il secondo punto di questo processo innovativo, connesso per molti versi al primo, dovrebbe riguardare un effettivo protagonismo dei Parlamenti nazionali. Cioè la piena attuazione dell'art. 12 TUE che prevede il loro "contributo attivo al funzionamento dell'Unione".

La presenza di una forte opposizione sovranista potrebbe infatti favorire questo sviluppo attraverso una cooperazione interparlamentare organica. Dando vita cioè ad un sistema di "conferenze" interparlamentari per materia, con sequenze e periodicità rispecchianti modi e formazioni del Consiglio dell'Unione. Modello "per conferenze" vicino, del resto, al modello "per convenzioni" (art. 48 TUE).

Il terzo punto di svolgimento di questo processo innovativo potrebbe riguardare la procedura di bilancio: se effettivamente vi sarà una specialità di bilancio per l'eurozona. Sia che si tratti di bilancio autonomo, come sembrava in primo tempo opinione prevalente; sia che si tratti di una sezione specifica del bilancio generale dell'Unione.

Le conseguenze istituzionali sarebbero in ogni caso di grande rilievo. Innanzitutto: per la diversificazione della procedura di bilancio, madre di tutte le procedure parlamentari.

Se, poi, si arrivasse ad una procedura analoga a quella accolta dalla Camera dei Comuni (*English for English Laws*): cioè se si richiedesse – per il bilancio e i provvedimenti legislativi riguardanti la sola "eurozona" – esclusivamente la maggioranza dei deputati eletti nei Paesi dell'euro, vi sarebbe la conseguenza istituzionale, sia pure su base regolamentare, di una diversità di *status* parlamentare fondata sulla differenziazione nazionale.

Ci sarebbe quindi una sostanziale rottura del principio di paritaria partecipazione ai lavori del Parlamento europeo.

Il quarto punto riguarda la capacità del PE di difendere la dimensione costituzionale all'interno dell'Unione.

Le recenti procedure contro Ungheria e Polonia (attivazione dell'art. 7 TUE; deferimento alla Corte di giustizia; sospensione dei fondi europei; minaccia di

sospensione dallo Spazio Schengen) hanno dato l'idea dell'attivazione di una funzione di controllo di costituzionalità da parte del Parlamento europeo sul parametro valoriale dell'Unione (art. 2 TUE). Quasi riflesso di quel controllo sui requisiti di adesione dei nuovi Stati, attribuito al Parlamento dall'art. 49 TUE.

Il consolidamento di queste procedure (anche per segnali di una certa acquiescenza degli Stati finora interessati) potrebbe far considerare il Parlamento europeo come una sorta di giudice politico *a quo*: capace di sollevare di fronte alla Corte questioni di costituzionalità generale, sulla effettività dello "Stato di diritto" nei Paesi membri.

Il quinto punto, infine, riguarda la capacità parlamentare di costruire una dimensione sociale dell'Unione.

Le vere e proprie rotture di consenso largamente avvertite su questo versante significano che la questione non riguarda più solo le politiche ma anche la struttura funzionale del PE: come "macchinario" idoneo a favorire l'integrazione tra mercati e società.

Data la difficoltà dei governi degli Stati ad attuare politiche sociali e per gli investimenti, è attraverso il Parlamento che si dovrebbero trovare i compromessi per superare l'approccio intergovernativo finora risultato paralizzato e paralizzante. Ed è sotto questo aspetto che risulterebbe ancor più essenziale la cooperazione con i Parlamenti nazionali.

Ad esempio, in questa logica compromissoria, la proposta italiana – che sembra riscuotere qualche condivisione sia in Francia che in Germania – di uno schema integrativo di assicurazione europea contro la disoccupazione, potrebbe trovare nel Parlamento non solo una fonte normativa ma anche una procedura di implementazione e di controllo (in cooperazione appunto interparlamentare).

Più in generale, si delinea la possibilità di utilizzare le procedure parlamentari euronazionali come strumento per un nuovo contratto sociale: corrispondente a quel "contratto sociale" di per sé incorporato nella moneta unica (e che i monetaristi faticano ad accettare).

2. Il nuovo inizio del Parlamento europeo nei cinque punti esemplificati (non escludenti ovviamente altri) non può considerarsi però come semplice espansione di funzioni parlamentari nel ristretto circuito istituzionale. Piuttosto, ciascuno di quei punti dovrà essere considerato nella sua capacità di innestare un più profondo processo di parlamentarizzazione nel sistema politico dell'Unione. Più semplicemente: una progressiva attuazione dell'art. 10, par. 1, TUE: "il funzionamento dell'UE si fonda sulla democrazia rappresentativa".

E sappiamo che "funzionamento" è parola-chiave nel lessico dei Trattati. La ritroviamo – come si è visto – oggetto del contributo attivo dei Parlamenti nazionali (art. 12 TUE) e addirittura, ad attestarne la pregnanza, nel titolo del secondo Trattato di Lisbona: appunto il Trattato sul funzionamento dell'Unione (TFUE).

Ora: in che senso, in che modi questo nuovo processo di parlamentarizzazione può condizionare il funzionamento dell'Unione? Per rispondere si possono brevemente ripercorrere i cinque punti del possibile nuovo inizio.

Primo punto. Sembra inevitabile che la ristrutturazione del Parlamento nel classico dualismo maggioranza-opposizione debba condurre ad una quasi simmetrica ristrutturazione dello spazio pubblico europeo.

Già l'ultima campagna elettorale ha mostrato come un insieme magmatico di forze di incerta origine e collocazione ha cercato di coagularsi in alleanze, quasi pregruppi, per un futuro posizionamento in Parlamento.

Anche la spinta aggregante degli *Spitzenkandidaten* – vera invenzione parlamentare – sembra provocare, come effetto derivato, una vertebratura non transitoria dello spazio europeo, destinata a consolidarsi al di là delle particolarità nazionali.

Secondo punto. Con il possibile incremento del contributo attivo dei Parlamenti nazionali e con una conseguente cooperazione interparlamentare organica, può acquistare consistenza e visibilità sostanziale quella comunione di rappresentanze, quella sorta di unione elettorale europea: che, data la crescente trasversalità politica, non esprime più soltanto una equazione giuridica. E da essa potranno derivare compatibilità e sincronia di programmi politici: al di là delle lontananze geografiche, delle barriere linguistiche e delle identità nazionali.

Terzo punto. Con l'istituzione di un bilancio autonomo o di una sezione speciale di bilancio per l'eurozona, si avrebbero due conseguenze sul funzionamento dell'Unione:

– una di tipo tecnico. L'eurozona diventerebbe, anche formalmente, al di là del *nomen iuris*, una cooperazione rafforzata (cfr. art. 20 TUE);

– l'altra, più importante, di politica fiscale. È evidente che una tale specificità di bilancio non sarebbe solo un fatto contabile ma imporrebbe per il Parlamento europeo (nella sua inevitabile differenziazione) altrettanto specifiche responsabilità politiche nel funzionamento dell'eurozona.

Quarto punto. Il nuovo protagonismo del Parlamento come guardiano della dimensione costituzionale farebbe pesare nel funzionamento – interno ed esterno – dell'UE, più di ogni tutela giudiziaria, il concetto di politica dei valori (*ex* art. 2 TUE).

All'interno: il fatto che i governanti accusati debbano difendersi in Parlamento e non solo in tribunale costituisce un vero e proprio salto di paradigma. All'esterno: il vaglio di costituzionalità, a cui sono sottoposti in Parlamento i trattati con i Paesi esteri, indica che se l'Unione europea può dirsi – ed è – il più grande spazio di diritti e di libertà mai creato al mondo, è anche perché a sorreggerlo vi è una infrastruttura parlamentare oltre gli Stati, che li accomuna in un sistema di valori.

Quinto punto. Se il Parlamento riuscirà a funzionare come motore sociale dell'Unione, il "pilastro sociale" (proclamato a Goteborg il 17 novembre 2017) potrebbe trasferirsi dalla carta all'effettività.

Non è cosa impossibile. In pratica tutte le forze politiche nazionali in campo ricercano il bilanciamento tra principi costituzionali e incidenza di vincoli sociali derivanti dalle regole europee. I compromessi relativi (quella che si è chiamata "la faticosa armonia fra esigenze sociali e rispetto delle regole finanziarie") sembrano dover trovare uno strumento indispensabile di attuazione nella cooperazione tra Parlamento europeo e Parlamenti nazionali, gelosi custodi degli interessi domestici.

In conclusione, il nuovo inizio del Parlamento europeo, nelle prospettive delineate – e se non ci sarà una storia di regressione – non consisterà tanto nell'acquisizione

di nuove funzioni, come continuazione del lungo processo accumulativo svolto in mimesi della modellistica parlamentare degli Stati membri. Consisterà piuttosto in un più profondo processo di parlamentarizzazione destinato ad incidere sul funzionamento effettivo dell'Unione e dei suoi Stati membri.

Una incidenza – ed è il punto essenziale – non affidata a labili regole discrezionali ma all'impulso di una istituzione. Una istituzione parlamentare: con le sue caratteristiche di adattabilità, flessibilità, reattività a quella transizione continua che è la stessa vita di una Unione "sempre più stretta".

3. Bisogna però fare attenzione: il Parlamento europeo ha tutte le caratteristiche di una istituzione parlamentare. Ma non è un Parlamento "come gli altri". È il dato della sovrastatualità che ne fa un Parlamento inedito con veri e propri scontri concettuali: in fondamentali aspetti di rappresentanza, di identità politica, di forma costituzionale.

Si deve insomma avere la consapevolezza di essere giunti appena alla soglia di comprensione di un processo di parlamentarizzazione che, ancora, dopo 40 anni, è allo stato aurorale ma mostra già una grande potenzialità di effetti sugli ordinamenti coinvolti.

Vi sono almeno tre direzioni di studio per questo fenomeno: in ordine ai suoi profili procedurali; in ordine alla sua rilevanza sull'equilibrio di governo dell'Unione; in ordine alla sua incidenza sulle istituzioni parlamentari dei Paesi membri.

Primo aspetto: il piano procedurale. Il Parlamento europeo, nell'inevitabile raffronto con i Parlamenti nazionali rivela la contaminazione, il contagio di strumenti procedurali provenienti dall'esperienza dei diversi Parlamenti coabitanti nello stesso ordinamento. Ma ha anche rivelato capacità di innovazione e di avanguardia nel funzionamento di un parlamentarismo "nuovo".

In effetti, ad un impianto "benthamiano" nella struttura del contraddittorio e nell'ordine di esame degli emendamenti, fanno da controcanto almeno tre peculiarità:

– il fatto di gruppi parlamentari obbligati, per potersi costituire, al pluralismo politico, nazionale, linguistico (e ciascuno di questi vincoli non è indifferente per il funzionamento dell'istituzione);

– il fatto che l'accento sia più sul processo decisionale che non sull'atto di decisione: con una elasticità di procedure che coinvolgono la intera testa di governo (Commissione, Consiglio) e comprendono anche fasi informali (triloghi, conciliazione) caratterizzate da ampia autonomia;

– il fatto che vi sia connaturale una sorta di "attività *extra* parlamentare" del Parlamento. Attività questa che comprende: a) le fasi preparatorie e quelle successive del procedimento decisionale, vere analisi di contesto e di impatto. Basta ricordare l'accordo interistituzionale "legiferare meglio" (12 maggio 2016) per constatare la presa di responsabilità del Parlamento legislatore anche per quel che accade prima e di quel che accade dopo l'*iter* legislativo; b) l'attività di politica esterna svolta dalle 47 delegazioni del Parlamento europeo in rapporti con Parlamenti extracomunitari. Sono rapporti che danno dell'UE e delle sue politiche una visione non diplomatica né statualistica: ma caratterizzata, appunto, da fluidità politico-parlamentare nella

intelligenza di ambienti giuridici e sociali assai distanti e tuttavia rilevanti per l'Europa.

Si pongono allora due domande. In che misura e per quali aspetti queste peculiari procedure parlamentari corrispondono a tradizioni costituzionali comuni: come tali rientranti in quelle evocate dall'art. 6 TUE e che quindi – per presenza di invarianti – formano una sorta di principi generali di diritto parlamentare europeo? In che misura invece e per quali aspetti esprimono incomprimibili singolarità di un diritto parlamentare sovrastatuale.

Seconda direzione di studio: l'incidenza parlamentare sull'equilibrio del quadro istituzionale di governo europeo (art. 13 TUE).

Occorre tener presenti innanzitutto due fatti:

a) il primo fatto è che sul piano formale il Parlamento europeo, oltre che con il proprio regolamento (art. 232 TFUE) agisce anche per via di accordi interistituzionali (art. 295 TFUE). Vi è dunque una trama extracostituzionale – una "costituzione invisibile" – di accordi con la Commissione, con il Consiglio, con la BCE di cui tener conto per fissare il vero equilibrio complessivo di governo dell'Unione.

b) il secondo fatto è che in quel *work in progress* che è l'Unione, non è solo il Parlamento che si muove. Si muovono anche gli altri attori istituzionali: in particolare, il Consiglio europeo (di cui nelle molteplici crisi si è consolidato un ruolo al di là della lettera dei Trattati). Ed è proprio con il Consiglio europeo che la partita dell'equilibrio istituzionale è più aperta: con un bilanciamento che può essere riassunto nelle formule tradizionali di una unione "intergovernativa" che ha la sua massima espressione nel Consiglio europeo e di una unione "comunitaria" con massima espressione nel Parlamento.

In un famoso discorso alla scuola di Bruges, la Merkel aveva parlato di equivalenza tra metodo comunitario e metodo intergovernativo: l'uno e l'altro legittimati solo dai risultati. La Kramp-Karrenbauer ha successivamente parlato di due "pilastri", paritari.

Ma la posta in gioco – non tanto nascosta – è la egemonia sulla Commissione. Gli *Spitzenkandidaten* in fondo sono una parlamentarizzazione della Commissione: compiuta rompendo le ambiguità dei Trattati. E, naturalmente, il Consiglio Europeo recalcitra. Perché la posta in gioco è ancora più ampia: nella formula dell'equilibrio istituzionale è infatti racchiusa anche la forma di governo dell'Unione, e, in definitiva, il suo quoziente di democraticità.

Ecco, quindi, che il campo di ricerca va esplorato, valorizzando momenti finora in ombra del protagonismo parlamentare:

– come il discorso di apertura, che spetta al presidente del Parlamento europeo, di intesa con la Conferenza dei capigruppo, nelle riunioni del Consiglio europeo;

– o come il c.d. "processo degli Sherpa" (art. 27, par. 3, RPE): attività di consultazione che una specie di *troika* di delegati parlamentari ha già svolto in tre essenziali negoziati: per il Meccanismo europeo di stabilità (art. 136 TFUE); per il Fiscal Compact; per la *Brexit*.

In buona sostanza, da questo intreccio si può ricavare che il parlamentarismo sovrastatuale – in forza della sua plusvalenza di rappresentatività democratica diretta (art. 10, par. 2 TUE) – svolga, nella formazione dell'indirizzo politico di sistema e

nella stessa funzione di governo, un ruolo concettualmente più penetrante rispetto a quello svolto dai Parlamenti nazionali nelle proprie formule di governo.

La terza direzione di studio riguarda l'incidenza del parlamentarismo sovrastatuale sulle istituzioni parlamentari nazionali.

Ci sono molti lavori sulle procedure di controllo, di sussidiarietà e proporzionalità e la nostra legge n. 234 del 2012 è stata studiata a fondo come legge di regolazione dei rapporti parlamentari con l'UE (a somiglianza di quanto avviene – se pure con notevoli diversità – in tutti gli altri Paesi dell'Unione) così come sulla istituzione dell'Ufficio parlamentare per il bilancio (quasi un'*authority* endo-parlamentare). Studi certo rilevanti ma condotti pur sempre in una visione parcellizzata, bilaterale, "nazionalizzata" di quei rapporti.

Il parlamentarismo sovrastatuale fa emergere la necessità di vedere questi rapporti in chiave di sistema. Non: uno nei confronti di uno; ma una panoramica circolare: uno "con" tutti gli altri.

Esemplificando. Ormai viene generalmente sottolineato il *surplus* istituzionale proveniente dallo "*status* europeo" conferito al presidente del Consiglio oppure al ministro dell'economia di ciascuno Stato membro dal fatto di sedere rispettivamente in Consiglio europeo oppure in Ecofin o in Eurogruppo. Ebbene, l'esistenza o no di questo *quid pluris* dovrebbe essere valutato anche per i Parlamenti nazionali "in sistema nell'Unione": distinguendo cioè quando un parlamento nazionale decida "da solo" in casa da quando invece decida "in sistema".

Da qui la speciale rilevanza della cooperazione interparlamentare, per ora avvertita solo in momenti topici. Ad esempio, nel recente Trattato di Aquisgrana (23 gennaio 2019, all'art. 2) vi è il riferimento all'accordo interparlamentare concluso il giorno prima tra Bundestag e Assemblea nazionale francese. Di più, vi è anche la previsione di "coordinamento per il recepimento del diritto europeo nel diritto nazionale".

Cooperazione interparlamentare che si dovrebbe invece rendere "regolare" (cfr. art. 9, Prot. n. 1) e sagomare sul modello (ma non certo sulla attuale volatilità di effetti) delle "conferenze" già esistenti per l'economia (art. 13 del *Fiscal Compact*) e per la politica estera e di sicurezza (dopo la scomparsa dell'UEO).

Certo, in contrasto con questa visione di Parlamento europeo e Parlamenti nazionali come sistema unitario, espressione della stessa platea di cittadinanza, si deve realisticamente registrare l'attuale grande sconnessione tra la regolarità del ciclo elettorale europeo (con un Parlamento indissolubile nel quinquennio) e la sequenza irregolare dei cicli elettorali nazionali (per non parlare di eventuali *referendum* domestici con ripercussioni sull'Unione).

L'Unione è dunque ancora lontana da una sincronia istituzionale: tuttavia il parlamentarismo "oltre gli Stati" sembra già il fenomeno più dinamico di spinta verso un futuro "sempre più stretto". In ogni caso: il punto fisso istituzionale su cui riannodare di volta in volta la matassa difficile dell'integrazione europea.

Abstract

Parlamento europeo: un nuovo inizio?

La nona legislatura ad elezione diretta del Parlamento europeo può essere quella di un "nuovo inizio". Per varie ragioni: la nascita di una "vera" opposizione; un più attivo protagonismo dei Parlamenti nazionali; i cambiamenti annunciati nella struttura di bilancio; la difesa parlamentare della dimensione costituzionale nell'Unione; la cooperazione tra Parlamento europeo e Parlamenti nazionali nella costruzione di una dimensione sociale dell'Unione.

Questa "nuova" parlamentarizzazione ha immediati influssi nella strutturazione del sistema politico dell'Unione. In definitiva, il diritto parlamentare sovrastatuale, nella sua originalità, prospetta campi nuovi di studi politici e istituzionali.

European Parliament: A New Start?

The XIXth legislative term of the European Parliament, since its direct elections, can be seen as a "new start". This is so for several reasons: the creation of a "real" opposition inside the Parliament; a revival of the centrality on national parliaments; the expected changes in the structure of the EU budget; the parliamentary defence of the Union's constitutional architecture; the cooperation between the European Parliament and national parliaments in building up a social dimension for the Union.

This new "parliamentarisation" immediately affects the organisation and the consolidation of the Union's political system. In its most original features supranational parliamentary law ultimately comes to envision new fields of research both from a political and an institutional perspective.

Celeste Pesce*

Il contributo dei parlamenti nazionali per il superamento del *deficit* democratico

Sommario: 1. Piano di indagine. – 2. Il dialogo politico. – 3. La cooperazione interparlamentare. – 4. Il coinvolgimento nazionale nella formulazione delle norme dell'Unione: fase ascendente. – 5. Il controllo preventivo di sussidiarietà dei parlamenti nazionali nel contesto europeo. – 6. La verifica *ex post* sugli atti adottati dall'Unione dinanzi alla Corte di giustizia UE. – 7. Ulteriori forme di controllo successivo e di partecipazione dei parlamenti nazionali. – 8. Conclusioni e prospettive future.

1. La costruzione di un'Unione tesa a "promuovere la pace, i valori e il benessere dei popoli"[1] coinvolge i parlamenti nazionali e richiede che i rapporti tra questi ed il Parlamento UE e le altre istituzioni dell'Unione si basino sulla collaborazione reciproca e non si caratterizzino in termini di competizione o contrapposizione.

Del resto, il "sistema parlamentare europeo", disegnato dall'articolo 12 TUE, dal protocollo n. 1 sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'UE (in seguito: protocollo n. 1) e dal protocollo n. 2 sui princìpi di sussidiarietà e proporzionalità (in seguito: protocollo n. 2), delinea la funzione dei parlamenti nazionali in chiave positiva e notevolmente "attiva" in ordine all'integrazione europea. Come a dire che proprio in seno a questi ultimi la realizzazione di "un'unione sempre più stretta dei popoli d'Europa"[2] trova una forte motivazione ed accelerazione[3].

Ne deriva che sistema parlamentare europeo e rappresentatività democratica in seno alle istituzioni UE che adottano gli atti di diritto derivato dell'Unione, destinati ad avere effetti giuridici sui cittadini europei, esigono una cooperazione interistituzionale proficua ed un monitoraggio continuo sull'esercizio di competenze spettanti all'Unione e agli Stati.

È, dunque, necessario valutare in che modo quanto previsto dai trattati in termini di coinvolgimento dei parlamenti nazionali nel processo di integrazione dell'UE sia stato concretamente realizzato e se il complessivo livello democratico

* Professore straordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università telematica Pegaso di Napoli.

1 Art. 3 TUE.

2 Art. 1 TUE.

3 In merito alla democrazia partecipativa, sia consentito rinviare a C. Pesce, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa nell'Unione europea*, Napoli, 2016.

raggiunto in seno al processo decisionale dell'Unione sia soddisfacente per una organizzazione internazionale *sui generis*. Difatti, il presupposto logico e largamente noto di tale analisi è che siamo di fronte ad un'organizzazione internazionale e non ad uno Stato[4].

Va subito notato che i parlamenti nazionali sono coinvolti in più modi e su più livelli e che lo studio in materia non può ambire all'esaustività, interessando profili procedurali e sostanziali in costante evoluzione ben utile all'integrazione europea. Volendo tracciare uno schema ragionato del piano di indagine, è possibile individuare tre piani di azione (ed interazione) spazio-temporali dei parlamenti nazionali: *i*) fase politica; *ii*) formazione delle norme UE; *iii*) controllo *ex post* sul diritto derivato UE.

La fase politica in seno all'Unione e cioè la definizione degli obiettivi e delle priorità del diritto derivato UE, coinvolge i parlamenti interni nell'ambito del dialogo politico e della cooperazione interparlamentare. A questi ultimi il presente lavoro dedica in apertura talune osservazioni per poi riservare loro argomentazioni più analitiche nel corso della trattazione in ragione delle potenzialità democratiche specifiche ivi racchiuse.

Segue la predisposizione e/o formulazione delle norme dell'Unione e cioè lo svolgimento dell'*iter* legislativo europeo. Questa fase rappresenta il cuore della partecipazione parlamentare nazionale e, conseguentemente, dell'indagine condotta in questa sede. Qui l'azione dei parlamenti nazionali assume centralità sotto le vesti di "controllo" nel contesto dell'Unione e in quello interno. Così, nell'ambito nazionale, i parlamenti degli Stati membri interagiscono secondo le norme interne con i rappresentanti nazionali in seno al Consiglio UE al fine, principalmente, di fare sì che le volontà dei propri cittadini siano espresse nel processo decisionale in seno all'Unione (c.d. fase ascendente). In tale sede, la disamina si concentra sullo scenario italiano. Nei confronti dell'Unione, i parlamenti nazionali sono tenuti a verificare il rispetto del principio di sussidiarietà in un due momenti. *Ex ante*, e cioè in maniera preventiva vagliando le proposte normative della Commissione prima che siano presentate al legislatore dell'Unione[5]. Ed *ex post* azionando il controllo giurisdizionale della Corte di giustizia sul diritto derivato UE qualora si lamenti una violazione della sussidiarietà. È questa la terza fase già menzionata che può verificarsi al termine del procedimento di adozione delle norme quale garanzia del sistema.

La disamina traccia, infine, i profili generali di ulteriori forme di verifica successiva originatesi negli ultimi anni dalla valutazione delle attività di *Europol* ed *Eurojust* alla vigilanza prudenziale degli enti creditizi.

2. I parlamenti nazionali partecipano alla fase politica cioè all'individuazione degli obiettivi del diritto derivato UE mediante, in primo luogo, il dialogo politico inaugurato nel 2006 per iniziativa della Commissione. In tale contesto le

[4] R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2017; G. Tesauro, P. De Pasquale, F. Ferraro (a cura di), *Manuale di diritto dell'Unione europea*, 2018, Napoli.

[5] Restano al di fuori del campo di indagine la partecipazione degli enti locali e regionali nel controllo della sussidiarietà. Cfr. comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *I principi di sussidiarietà e di proporzionalità: rafforzarne il ruolo nel processo di definizione delle politiche dell'UE*, Strasburgo, 23 ottobre 2018, COM(2018) 703 final.

assemblee nazionali diventano il perno principale della discussione concernente le proposte legislative e i documenti di consultazione dell'Unione predisposti dalla Commissione. Per il suo tramite, i rappresentanti nazionali dei cittadini esprimono osservazioni e pareri e ricevono le repliche dell'esecutivo dell'Unione[6].

Le relazioni annuali della Commissione collegano ai pareri emessi nell'ambito del dialogo politico un *trend* in crescita ed un processo evolutivo ben avviato su cui torneremo anche più avanti in tema di sussidiarietà. Ciò indurrebbe a pensare ad una influenza concreta dei parlamenti nazionali nel disegno delle politiche europee. La verità, tuttavia, appare di senso parzialmente diverso se si considera il carattere consultivo e la natura di "opinioni" formali e per lo più procedurali dei pareri nazionali.

Invero, l'attribuzione del carattere vincolante potrebbe fare sì la differenza nel futuro "partecipativo" dell'Unione, ma implicherebbe un cambio di visione considerevole in un'organizzazione di Stati quale è l'Unione. Ne conseguirebbero aggiustamenti istituzionali e procedurali di grande rilievo. Del resto, se il dialogo politico originasse decisioni in qualche misura coercitive per l'Unione, la definizione spazio-temporale delle competenze decisionali, spettanti rispettivamente ai parlamenti nazionali ed al Parlamento europeo, sarebbe sovvertita se non snaturata. Non va dimenticato che i primi sono tenuti ad esercitare la loro funzione europea sulla base delle costituzioni nazionali, in particolare attraverso il controllo dei governi nazionali in quanto membri del Consiglio europeo e del Consiglio – come diremo più avanti. A questo livello essi sono nella posizione migliore per influenzare direttamente il contenuto del processo legislativo europeo ed esercitare un controllo nell'ottica dei particolarismi nazionali. Il secondo, viceversa, congiuntamente al Consiglio UE (cioè ai rappresentanti degli Stati UE), è la sede naturale ove definire gli obiettivi del diritto derivato UE e più in generale trovare convergenza su fini comuni nell'interesse dell'Unione.

Al tempo stesso, andrebbe evitata la creazione di organismi parlamentari congiunti con poteri decisionali che non sembrano graditi al Parlamento europeo secondo cui il dialogo politico sul contenuto delle proposte legislative, va incoraggiato *ove pertinente*[7]. È in seno a tale sistema ed equilibrio istituzionale, quindi, che il dialogo politico sulle proposte normative UE va incoraggiato e potenziato nella veste di ulteriore sede di confronto democratico.

3. Il dialogo politico si inserisce nell'organizzazione di un'efficace e regolare cooperazione interparlamentare prevista dal protocollo n. 1, definita congiuntamente da Parlamento europeo e dai parlamenti nazionali e realizzata mediante conferenze interparlamentari sotto la duplice valenza di riunioni generali e/o di commissioni. Esse sono "punti di congiunzione" che facilitano la proficua osmosi tra le politiche europee e nazionali.

Nel corso del tempo, le riunioni interparlamentari sono aumentate e si sono diversificate in ragione dell'oggetto di discussione. Tra esse spicca la Conferenza degli organi parlamentari specializzati per gli affari dell'Unione europea (COSAC)

[6] Art. 4 protocollo n. 1.

[7] Corsivi aggiunti. Cfr. risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 sul miglioramento del funzionamento dell'Unione europea sfruttando le potenzialità del trattato di Lisbona (2014/2249(INI), punto 20.

che può sottoporre all'attenzione delle istituzioni europee i contributi che ritiene utili[8]. Si registrano, poi, incontri regolari nel campo della politica estera e di sicurezza comune – Conferenza per il controllo parlamentare sulla politica estera e di sicurezza comune (PESC) e sulla politica di sicurezza e difesa comune (PSDC)[9] – che terminano con l'adozione per consenso di conclusioni non vincolanti sui temi circostanziati[10] e/o su quelli agli stessi connessi quale, per citarne uno, il futuro della PESC/PSDC nella prospettiva della *Brexit*[11]. A tanto si aggiungono gli sforzi compiuti in sede di cooperazione interistituzionale e di dialogo politico al fine di fare avanzare il progetto democratico dell'Unione nella *governance* economica e finanziaria, sebbene il tecnicismo che la caratterizza[12].

Quanto alla loro efficacia e/o efficienza, va detto che il confronto interparlamentare risulta particolarmente acuto e meriterebbe una regolamentazione più precisa, strutturata in termini non di sostituzione né di integrazione decisionale, ma di valore aggiunto all'attività politica e legislativa dell'Unione[13]. Avrebbe così maggiore significato l'art. 9 del protocollo n. 1, a norma del quale il Parlamento europeo e i parlamenti nazionali – vale a dire il popolo europeo – definiscono *insieme per consenso*[14] l'organizzazione e la promozione di una cooperazione interparlamentare in seno all'Unione per definirne indirizzo politico, priorità e politiche.

La proliferazione d'incontri pone, tuttavia, il problema della concretezza dei risultati e della semplificazione, al fine di evitare sovrapposizioni tra diverse forme di riunioni interparlamentari. Nondimeno, gli incontri che hanno un oggetto specifico risultano più produttivi ed efficaci in termini di democrazia, in quanto consentono maggiore ampiezza e profondità nella riflessione prelegislativa. Del resto, una cooperazione efficace che possa in futuro definire le politiche dell'Unione esige molto di più fino a richiedere di formulare pareri su progetti legislativi specifici o su precise scelte politiche. Sicché gli incontri di commissioni tecniche appaiono preferibili.

Al pari del dialogo politico, i diversi *meeting* interparlamentari rivestono natura politica e di confronto. Come già osservato, nel contesto di una organizzazione internazionale la mancanza di incisività delle conferenze interparlamentari non va letta come alienazione del processo decisionale europeo dai cittadini dell'Unione. Quanto piuttosto come garanzia di ripartizioni di competenze ed esercizio delle stesse tra livelli nazionali e sovranazionali.

4. Venendo alla fase di formazione delle norme dell'Unione, trovano riscontro nella prassi i molteplici compiti attribuiti ai parlamenti nazionali all'interno dei pro-

[8] Articoli 9-10 protocollo n. 1. Un breve cenno va anche all'IPEX (*Interparliamentary European Union Information Exchange*): una banca dati istituita nel 2006, in cui ciascun parlamento nazionale inserisce, in tempo reale, informazioni sull'esame svolto riguardo alla conformità dei progetti legislativi dell'UE alla sussidiarietà.

[9] Istituita dalla Conferenza dei Presidenti dei Parlamenti dell'UE di Varsavia il 19-21 aprile 2012.

[10] Partenariato orientale; cibersicurezza; mobilità militare; allargamento e rafforzato impegno dell'UE per i Balcani occidentali; cooperazione UE-NATO.

[11] Conferenza interparlamentare sulla politica estera e di sicurezza comune (PESC) e sulla politica di sicurezza e di difesa comune (PSDC), Bucarest, 7-8 marzo 2019.

[12] Cfr. art. 13 TSCG. In dottrina, v. C. Pesce, *Democrazia rappresentativa*, cit.

[13] Art. 12, lett. f) TFUE; articoli 9-10 protocollo n. 1.

[14] Corsivi aggiunti.

pri ordinamenti verso i governi nazionali e in seno all'Unione nella fase che precede l'avvio della procedura legislativa.

Quanto al contesto nazionale, affinché gli Stati (i cittadini UE) siano rappresentati nella loro dimensione democratica, è necessario che la posizione dei governi rifletta l'orientamento dei parlamenti e che, nello specifico, i parlamenti nazionali partecipino alla fase ascendente del diritto dell'Unione. Come a breve diremo, è il dialogo interistituzionale in seno ai singoli Stati a poter rendere democratica l'attività del Consiglio.

Limitando l'indagine al Parlamento italiano, emerge che il nostro ordinamento ha profondamente rivisto le norme concernenti i rapporti tra il Senato e l'Unione, istituendo, tra l'altro, la 14ª Commissione permanente – Politiche dell'Unione europea[15] (in seguito: Commissione permanente) con competenza generale sugli aspetti connessi all'attività e ai provvedimenti dell'Unione e delle sue istituzioni, nonché sul recepimento degli atti legislativi e degli altri obblighi derivanti dall'ordinamento europeo[16].

Ai nostri fini rileva l'attività che la Commissione permanente[17] svolge nella fase ascendente del diritto europeo e in relazione alla supervisione parlamentare degli obblighi posti in capo al Governo. Nel dettaglio, la Commissione italiana esprime in una risoluzione approvata con il *quorum* della maggioranza dei componenti, l'esame degli atti preparatori della legislazione UE, vale a dire le valutazioni sul rispetto del principio di sussidiarietà e di proporzionalità, sulla base giuridica e sui contenuti di merito della proposta europea. Tale atto esprime la volontà del Senato ed impegna il Governo nelle fasi di negoziazione presso il Consiglio dell'UE o presso le altre sedi istituzionali europee[18]. È difatti trasmessa all'Unione – al Parlamento europeo, al Consiglio dell'UE e alla Commissione europea – sia ai fini della procedura di verifica del rispetto della sussidiarietà (di cui diremo tra poco) sia ai fini del dialogo politico[19].

Il valore della fase ascendente nel sistema democratico UE è di estrema caratura. Ne va sottolineata l'importanza e per certi versi l'irreversibilità. È in questa fase spazio-temporale e cioè in seno alle assemblee nazionali e prima dell'avvio della procedura legislativa europea, che matura e trova piena espressione "il sistema democratico europeo". Quest'ultimo, difatti, prende impulso dai cittadini UE – vero motore dell'Unione – per il tramite delle assemblee nazionali e si propaga, al pari di un'onda, a livello sovranazionale in seno all'UE, dove si incontrano e si compongono le diverse posizioni nell'ottica dell'interesse comune. In tale prospettiva, gli Stati sono chiamati ad essere maggiormente responsabili e a corredare la fase ascendente di garanzie sostanziali e procedurali utili a preservare al meglio l'espressione democratica prima nazionale e poi dell'Unione.

La prassi della commissione permanente pare confermare quanto osservato. Emerge, difatti, un uso ragionato e proficuo dello strumento di controllo interno

15 Istituita nel 2003 in sostituzione della Giunta per gli affari delle Comunità europee (nata nel 1968) e coadiuvata dalla Sottocommissione pareri "fase ascendente".

16 Cfr. art. 23 del Regolamento del Senato come modificato dall'Assemblea il 20 dicembre 2017.

17 Legge 24 dicembre 2012, n. 234 recante norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea.

18 Art. 144, co. 6, del Regolamento del Senato. Cfr. anche art. 144, co. 5, del Regolamento del Senato.

19 Art. 9 l. 234/2012.

nei confronti del governo italiano. Ugualmente, la capacità del nostro Parlamento di interagire con le assemblee nazionali degli altri membri dell'Unione atteso che l'esame della commissione permanente tiene conto, senza esserne influenzata, dei pareri formulati dalle camere parlamentari degli altri Stati membri[20] e ne evidenzia la convergenza o il disaccordo sul giudizio di sussidiarietà. Ciò consente di capire a quali posizioni così espresse si avvicinano le argomentazioni italiane e, in chiave prognostica, di orientarsi sullo sviluppo e sull'esito delle stesse. Analogamente accade nel contesto del dialogo politico. Basti ricordare che in merito alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio di istituire l'Autorità europea del lavoro, la commissione italiana ha espresso parere favorevole non mancando di ricordare le posizioni vicine del Senato francese e delle *Cortes Generales* spagnole, per le problematiche comuni del *dumping* salariale[21]. E, viceversa, la contrarietà espressa dal Parlamento svedese in merito al rispetto della sussidiarietà.

Va, tuttavia, ricordato che il fitto e proficuo scambio interparlamentare tra gli Stati dell'UE nella fase embrionale che si svolge al loro interno resta essenzialmente orizzontale, dal momento che non coinvolge il Parlamento UE né tocca la cooperazione interparlamentare verticale già evidenziata. E senza dubbio paritario trattandosi di istituzioni tra loro indipendenti e responsabili esclusivamente nei confronti dei propri cittadini elettori. Ad ogni modo, l'interazione parlamentare a livello degli Stati UE potrebbe essere migliorata ed incoraggiata con atti di *soft law* o linee guida definiti in seno all'Unione ben compatibili con la natura delle istituzioni *de quibus* e con il tipo di decisioni politiche spettanti individualmente a ciascuna di esse. Infatti, sarebbe auspicabile che i particolarismi nazionali, imprescindibili e ineludibili, riuscissero a giovare alla democraticità dell'Unione ancora prima che quest'ultima intervenga, come detto, per declinare gli individualismi alla luce degli interessi dell'Unione nell'ambito dell'*iter* legislativo.

5. Come è noto, spetta alle assemblee elettive interne verificare il rispetto del principio di sussidiarietà[22] nelle proposte normative dell'Unione elaborate dalla Commissione secondo le modalità previste dal protocollo n. 2[23].

---

[20] Cfr. Parere della 14ª commissione permanente (Politiche dell'Unione europea), Roma, 18 luglio 2018, sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai fornitori europei di servizi di *crowdfunding* per le imprese, (COM(2018)113 def., discussa in Consiglio il 3 aprile 2019 (2018/0048 (COD)); parere della 14ª commissione permanente (Politiche dell'Unione europea), Roma, 10 dicembre 2018, sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) n. 575/2013 per quanto riguarda la copertura minima delle perdite sulle esposizioni deteriorate, COM(2018)134 def., discussa in Consiglio il 10 aprile 2019 (2018/0060/COD).

[21] Parere della 14ª commissione permanente (Politiche dell'Unione europea), Roma, 31 luglio 2018, sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce l'Autorità europea del lavoro, COM(2018)131 def., discussa in Consiglio il 29 maggio 2019 (2018/0064/COD). Parimenti, nell'ambito del dialogo politico, il parere contrario dei Parlamenti polacco e ceco.

[22] Cfr. J. Roldán Barbiero, *The Relationship of the Member States' International Agreements with the EU*, in P. Eeckhout, M. Lopez-Escudero (eds.), *The European Union's External Action in Times of Crisis*, Oxford, Portland (Oregon), 2014, pp. 249-269.

[23] Basti ricordare l'art. 69 TFUE secondo cui i parlamenti nazionali vigilano sul rispetto della sussidiarietà in caso di proposte ed iniziative legislative presentate nel quadro della cooperazione giudiziaria in materia penale e di polizia.

Si tratta di una collaborazione attiva dei parlamenti nazionali nella fase di preparazione dei progetti normativi europei che, tuttavia, non supera le forme della consulenza e non arriva alle fasi deliberative e decisorie dell'Unione sebbene abbia talune peculiarità e si presenti sul piano teorico (almeno) più penetrante del dialogo politico.

In dettaglio (brevemente), ciascun parlamento nazionale può sollevare obiezioni che assumono la forma di parere motivato sulla corretta applicazione del principio di sussidiarietà (*early warning* o allerta precoce) in relazione alle proposte legislative, entro un termine di otto settimane dalla data della loro trasmissione[24]. Se i pareri motivati rappresentano almeno un terzo dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali, il progetto è riesaminato[25] ("cartellino giallo") e l'istituzione europea interessata può decidere di mantenere, modificare o ritirare la proposta, previa adeguata motivazione[26].

In caso di atto da adottare con procedura legislativa ordinaria, il riesame si apre qualora i pareri motivati rappresentino la maggioranza semplice dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali. Se il riesame termina con la scelta della Commissione di mantenere la proposta, le ragioni circa la conformità al principio di sussidiarietà confluiscono in un parere motivato trasmesso, unitamente a quello presentato dai parlamenti nazionali, al legislatore UE "affinché ne tenga conto nella procedura" di adozione dell'atto[27]. Tuttavia, se il legislatore UE ritiene la proposta incompatibile con il principio di sussidiarietà – a maggioranza del 52% dei membri del Consiglio o dei voti espressi in sede di Parlamento UE – la stessa non forma oggetto di ulteriore esame ("cartellino arancione").

I risultati evincibili dalle relazioni annuali della Commissione al riguardo portano ad interrogarsi sull'impatto e sulla concretezza del vaglio di sussidiarietà da parte dei parlamenti nazionali. Sul piano quantitativo emerge il ricorso frequente allo strumento del parere motivato nel contesto dell'*early warning*, sebbene si siano registrati andamenti differenti nel corso degli anni[28]. Quanto alla casistica del "car-

[24] C. Morviducci, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p. 83. Cfr. anche G. Barrett, *National Parliaments and the European Union: The Constitutional Challenge for the Oireachtas and Other Member State Legislatures*, Dublino, 2008; P. Kiver, *The Treaty of Lisbon, the National Parliaments and the Principle of Subsidiarity*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, p. 77; P. Bilancia, *The Role and the Power of European and National Parliaments in the Dymanics of Integration*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, p. 273. Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 18 giugno 2015, causa C-508/13, *Estonia c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2015:403, punto 44; sentenza della Corte di giustizia del 4 maggio 2016, causa C-547/14, *Philip Morris Brands*, ECLI:EU:C:2016:325, punti 215, 219 e 222.

[25] Art. 7, par. 2, protocollo n. 2. La soglia scende a un quarto qualora si tratti di un progetto di atto legislativo riguardante lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

[26] Cfr. anche art. 7, par. 1, protocollo n. 2.

[27] Art. 7, par. 3, protocollo n. 2.

[28] Dal 2010 al 2013 si è avuto un aumento progressivo del numero dei pareri per anno: 34 pareri nel 2010; 64 nel 2011; 70 nel 2012; 88 nel 2013. L'anno 2014 ha visto diminuire il numero di pareri presentati a soli 21. *Trend* in calo confermato nel 2015 con 8 pareri, che, ad oggi, resta un "buco nero" isolato nella funzionalità del controllo della sussidiarietà ad opera delle assemblee elettive nazionali. Nel 2016, il numero di pareri è salito a 65 per poi scendere a 52 nel 2017. Cfr. relazione della Commissione di sussidiarietà e proporzionalità ("Legiferare meglio" – 19a relazione riguardante l'anno 2011), Bruxelles, 10 luglio 2012, COM(2012)373 def.; relazione della Commissione - Relazione annuale 2013 in materia di sussidiarietà e proporzionalità, Bruxelles, 5 agosto 2014, COM(2014)506 def.; relazione

tellino giallo", ad oggi, solo tre proposte normative della Commissione ne sono state oggetto[29]. Nessun caso, invece, di "cartellino arancione"[30].

Più articolato si presenta il giudizio qualitativo sul funzionamento del protocollo. I dati smentiscono il rischio di rendere più oneroso il procedimento di formazione degli atti legislativi, non essendosi determinato alcun peggioramento o tanto meno un blocco nella produzione legislativa dell'Unione[31]. Viceversa, se si riflette sul fatto che il *quorum* rilevante per il "cartellino arancione" non è stato raggiunto sinora[32]; che si sono avuti pochi casi di "cartellino giallo"[33]; e che la procedura legislativa promossa dalla Commissione è stata abbandonata solo nel caso Monti II e non per paventata violazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, bensì per mancanza di sostegno politico alla proposta, si giunge frettolosamente a considerare scarsa l'influenza concreta dei pareri sul procedimento legislativo e/o a registrare l'insuccesso del risultato pratico auspicato dal protocollo.

È pure vero, tuttavia, che è difficile valutare la reale incidenza dei pareri motivati sul prosieguo dell'*iter* legislativo, stante in primo luogo l'assenza di un'efficacia vincolante dei medesimi per la Commissione. In secondo luogo, la circostanza che la motivazione della Commissione di discostarsi dal parere nazionale chiude la procedura di allarme preventivo e sostanzialmente sbarra la strada ai parlamenti nazionali. Pertanto, la proposta presentata al legislatore UE assorbe in maniera irreversibile tutte le vicende inerenti alla sussidiarietà. Queste ultime, quindi, potrebbero essere ridiscusse solo dinanzi al giudice UE nei confronti dell'atto adottato (come diremo tra poco). Ciò pare ridurre il controllo della sussidiarietà a mera formula stilistica e/o procedurale.

Nondimeno, il futuro della sussidiarietà non pare in discussione e sembrano maturi i tempi per ipotizzarne una funzione diversa rispetto a quanto sinora accaduto. Sarebbe così utile riflettere, in primo luogo, sul fatto che la sussidiarietà non è una scelta tra l'intervento dell'UE o l'assenza di interventi[34]. "Sussidiarietà significa garantire margini di manovra per assicurarsi che l'intervento avvenga al livello di

---

della Commissione – Relazione annuale 2014 in materia di sussidiarietà e proporzionalità Bruxelles, 2 luglio 2015, COM(2015)315 def. Relazione della Commissione, Relazione annuale 2015 in materia di sussidiarietà e proporzionalità, Bruxelles, 15 luglio 2016, COM(2016)469 def. Relazione della Commissione, Relazione annuale 2016 in materia di sussidiarietà e proporzionalità, Bruxelles, 30 giugno 2017, COM(2017)600 def.

29 Si tratta di: Monti II del 2012; Procura europea del 2013, confluita nel regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea ("EPPO"); direttiva sul distacco dei lavoratori del 2016, divenuta direttiva (UE) 2018/957 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 giugno 2018 recante modifica della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi. Cfr. COM(2012)130 def.; COM(2013)534 def.; COM(2017)600 def.

30 Relazione della Commissione, Relazione annuale 2017 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, Bruxelles, 23 ottobre 2018, COM(2018)490 def.

31 *Ex multis*, COM(2011)344 def., par. 3.2; COM(2012)373 def., par. 3.

32 COM(2018)490 def.

33 COM (2012)130 def.; COM(2013)534 def.; COM(2017)600 def.

34 Secondo autorevole dottrina, in materia di competenze esclusive "la necessità dell'azione comunitaria è presunta e le istituzioni non sono tenute a giustificarla", v. P. De Pasquale, *Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 1996, p. 85. Cfr. anche Sentenza del Tribunale del 16 maggio 2017, causa T-122/15, *Landeskreditbank Baden-Württemberg* c. *BCE*, ECLI:EU:T:2017:337, punto 54.

governance più appropriato"[35]. Come a dire che gli Stati membri restano liberi di agire quando l'Unione non lo fa e un intervento in una determinata politica può essere necessario a tutti i livelli di *governance*[36]. E, in secondo luogo, sul dato che, in talune circostanze, la stessa cede il ruolo di arbitro e limite all'esercizio di competenze europee ad altri principi quale il primato del diritto UE, la leale cooperazione[37] o il principio di attribuzione.

In questa ottica, l'azione dell'Unione potrebbe (forse) concentrarsi in misura maggiore su quelle materie in cui il vantaggio collettivo appare tangibile in ragione di priorità di lungo periodo. Questioni, invero, già dibattute nella storia dell'Unione che forse per la loro realizzazione necessitano esclusivamente di trovare un filo conduttore che porti, tra l'altro, ad una maggiore responsabilizzazione normativa degli Stati a tutti livelli istituzionali nazionali ed europei cui partecipano. Basterebbe attuare l'ultima parte dell'art. 2, par. 2 TFUE secondo cui "[g]li Stati membri esercitano nuovamente la loro competenza nella misura in cui l'Unione ha deciso di cessare di esercitare la propria", tralasciandone le interpretazioni pessimistiche sul futuro dell'UE e/o quelle tendenti a usare tale norma come prova dell'espansione normativa dell'Unione.

In tale scenario, il futuro europeo dei parlamenti nazionali ha diverse prospettive evolutive. Si discute se riservare loro il compito di accertare la ripartizione delle competenze fra Unione e suoi membri mediante la verifica preliminare (e/o successiva) del rispetto del principio di sussidiarietà. O, viceversa, coinvolgerli appieno nel processo di definizione di obiettivi e di priorità dell'Unione, in ragione dei principi democratici e del funzionamento delle istituzioni nell'Unione allargata di oggi.

Dal proprio canto, dinanzi all'indecifrabile e/o incerta incidenza del controllo preventivo di sussidiarietà, i parlamenti nazionali sembrano orientarsi verso forme di interazione interistituzionale in grado di garantire vivacità al ruolo attivo disegnato dai trattati in loro favore. Basti ricordare i dati ufficiali secondo cui il numero di pareri motivati rilevanti ai fini della procedura di *early warning* rappresenta solo una parte, e minoritaria, dei pareri complessivamente inviati alla Commissione nell'ambito del "confronto" politico[38]. Con una trasformazione informale del parere che attribuisce profili inesplorati al protocollo qui in esame, nel quadro di un'attuazione dei principi di attribuzione e di leale cooperazione più dinamica e produttiva per la democraticità europea.

Si consideri che da anni, le proposte di atti legislativi della Commissione sono precedute da documenti preparatori e di consultazione nei quali viene approfonditamente analizzata la problematica relativa alla necessità od opportunità di un nuovo atto legislativo alla luce dei due principi in parola. Si tratta di libri verdi, libri bian-

35 COM(2018)703 def.

36 Cfr. articoli 6 e 7 del protocollo n. 2. Cfr. anche sentenze della Corte di giustizia dell'8 giugno 2010, causa C-58/08, *Vodafone*, ECLI:EU:C:2010:321, punto 73; del 12 maggio 2011, causa C-176/09, *Lussemburgo c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2011:290, punto 77; del 14 gennaio 2016, causa C-395/14, *Vodafone*, ECLI:EU:T:2015:380, punto 55; del 4 maggio 2016, causa C-358/14, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2016:323.

37 Cfr. F. Caruso, *Il principio di leale cooperazione: cardine del processo di integrazione*, in G. Rolla (a cura di), *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati*, Torino, 2003.

38 COM(2018)490 def.; Relazione della Commissione, Relazione annuale 2017 sui rapporti tra la Commissione europea e i Parlamenti nazionali, Bruxelles, 23 ottobre 2018, COM(2018),491 def.

chi e valutazioni di impatto puntualmente trasmessi anche ai parlamenti nazionali. Ne nascono indicazioni rispetto al possibile contenuto di una proposta legislativa, in fase quindi del tutto anticipata rispetto alla formale diffusione della proposta medesima. È questa la sede in cui la Commissione compie una prima, ma comunque approfondita prevalutazione di conformità alla sussidiarietà con un'interessante mutamento di prospettiva atteso che l'istituzione medesima dichiara di autolimitare il proprio potere ai fini del principio *de quo*.

In un contesto di leale cooperazione, la proposta normativa formulata dalla Commissione normalmente ha, quindi, già assimilato eventuali rilievi critici in ordine alla possibile violazione della sussidiarietà. Questo fenomeno di anticipazione massima delle valutazioni sulla sussidiarietà e proporzionalità pare abbia ridotto notevolmente il numero dei pareri motivati espressi dai parlamenti nazionali, favorendo, al contempo, l'adozione di proposte legislative più equilibrate[39] e nuove forme di partecipazione democratica da parte degli Stati membri, come già evidenziato in occasione del controllo interno dei parlamenti nazionali.

In definitiva, in seno a questi ultimi va maturata la convinzione di "conquistare" il ruolo maggiormente attivo tanto rivendicato facendo leva sulla delicatezza, centralità e duplicità del proprio ruolo democratico a livello nazionale e dell'Unione. Del resto, una riflessione attenta da parte dei legislatori nazionali nella fase di dialogo che precede la presentazione della proposta della Commissione contribuirebbe a collocarli a pieno titolo nella fase politica oltre che in quella operativa di predisposizione delle norme, con beneficio assoluto per la democraticità in parola. Si potrebbe, così, aggirare ed arginare il dubbio se riservare loro la verifica preliminare (e/o successiva) della sussidiarietà o, viceversa, coinvolgerli appieno nel processo di definizione di obiettivi e di priorità dell'Unione[40].

6. Nella fase *ex post*, a chiusura e garanzia del sistema, l'Unione affida alle assemblee nazionali il controllo successivo sugli atti dell'Unione.

Difatti, ciascun parlamento nazionale ha la facoltà di deliberare o promuovere la presentazione, da parte del rispettivo Governo, di un ricorso alla Corte di giustizia per violazione del principio di sussidiarietà da parte di un atto adottato dall'Unione[41].

---

[39] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Completing the Better Regulation Agenda: Better solutions for better results*, Strasbourg, 24 October 2017, COM(2017)651 final.

[40] L'Unione ha iniziato a lavorare a progetti più ambiziosi per il perfezionamento dell'operatività dei principi in parola. Si fa riferimento al pacchetto *Legiferare meglio* (2015) e alla *task force* per la sussidiarietà e la proporzionalità, in funzione dal 1° gennaio 2018. Cfr. COM(2018)491 def.; COM(2016)615 def.

[41] Cfr. art. 8 del protocollo n. 2. Il trattato di Lisbona cristallizza un sistema già in uso. Nella sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2000, causa C-376/98, *Germania* c. *Parlamento europeo e Consiglio*, ECLI:EU:C:2000:544, il giudice dell'Unione ha annullato l'atto impugnato dichiarando l'incompetenza del legislatore comunitario ad adottare la direttiva in base alle disposizioni relative all'instaurazione del mercato interno, al diritto di stabilimento e alla libera prestazione di servizi. Cfr. C. Hillion, *Tobacco Advertising: If You Must, You May*, in *The Cambridge Law Journal*, 2001, pp. 486-489. Senza entrare nel merito, diversi giudizi successivi relativi a taluni principi fondamentali del diritto UE hanno ripreso quel modello, contribuendo a tracciare il percorso della giustiziabilità degli atti UE: sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 2009, cause riunite C-393/07 e C-9/08, *Repubblica italiana* c. *Parlamento europeo*, ECLI:EU:C:2009:275; sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 2010, causa C-518/07, *Commissione europea* c. *Repubblica federale di Germania*, ECLI:EU:C:2010:125.

La competenza della Corte riguarda i ricorsi proposti ai sensi dell'art. 263 TFUE anche a prescindere dalla previa formulazione di un parere motivato da parte del parlamento nazionale interessato.

Lo strumento giurisdizionale completa il sistema di tutela non solo del principio di sussidiarietà, ma anche delle garanzie spettanti alle assemblee elettive nazionali. Del resto, unitamente alla procedura di allerta precoce, esso è la manifestazione di un'inequivoca volontà politica di attribuire il controllo di legittimità delle iniziative legislative dell'UE anche ad organi politici degli Stati membri, in ragione del fatto che questi sono maggiormente investiti dalla progressiva estensione delle competenze dell'Unione e, per certi aspetti, assumono il ruolo di controparte delle istituzioni europee.

Dal punto di vista teorico, la verifica operata dalla Corte di giustizia garantisce concretezza e funzionalità al sistema democratico dell'Unione in quanto permette ai beneficiari delle norme UE così adottate, cioè i cittadini dell'Unione di ottenere il controllo giurisdizionale di compatibilità con il diritto dell'Unione e con i principi generali dell'ordinamento comunitario stesso, per il tramite dei soggetti chiamati a darvi attuazione ed esecuzione.

Analizzando l'efficacia concreta del controllo giurisdizionale, va detto che gli Stati UE hanno fatto presente alla Corte di giustizia le proprie lamentele concernenti la sussidiarietà in molteplici occasioni. Gli esiti giurisprudenziali sono stati, tuttavia, per così dire stilistici se non politici in senso lato e non sembrano sposare le argomentazioni nazionali. Difatti, ad oggi, il rispetto del principio di sussidiarietà ha superato il vaglio giurisprudenziale nei contesti esaminati dalla Corte.

Le modalità attraverso cui il giudice UE giunge a tale epilogo hanno una certa causalità e ripetizione nel tempo. Così, sulla base di elementi circostanziati, la Corte concorda con il legislatore dell'Unione nel senso di ritenere l'obiettivo perseguito dall'azione considerata, meglio realizzato a livello dell'Unione[42]. Basti ricordare la giurisprudenza così originatasi *Philip Morris Brands*[43], *Pillbox 38*[44], *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*[45] e la recente *Swedish Match*[46] sul mercato del tabacco[47] ove i motivi di ricorso degli Stati UE volti a rivendicare il raggiungimento dell'obiettivo a livello nazionale sono stati del tutto disattesi[48].

---

42 Sentenza *Philip Morris Brands*; sentenza *Estonia* c. *Parlamento e Consiglio*.

43 Sentenza *Philip Morris Brands.*

44 Sentenza della Corte di giustizia del 4 maggio 2016, causa C-477/14, *Pillbox 38*, ECLI:EU:C:2016:324.

45 Sentenza della Corte di giustizia del 10 dicembre 2002, causa C-491/01, *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, ECLI:EU:C:2002:741, punti 174-185.

46 Sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2018, causa C-151/17, *Swedish Match*, ECLI:EU:C:2018:938, punti 64-76.

47 Sentenza *Germania* c. *Parlamento europeo e Consiglio*. Cfr. R. Gosalbo Bono, *L'arrêt "Tabac" ou l'apport de la Cour de justice au débat sur la délimitation des compétences*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2001, pp. 790-808; E. I. Obergfell, *On Division of Competence in the EU - The Tobacco Advertising Prohibition Directive Test Case*, in *The European Legal Forum*, 2001, pp. 153-160.

48 Sentenza della Corte di giustizia del 3 settembre 2015, causa C-398/13, *Inuit Tapiriit Kanatami e a.* c. *Commissione europea*, ECLI:EU:C:2015:535. V. anche la sentenza impugnata: sentenza del Tribunale del 25 aprile 2013, causa T-526/10, *Inuit Tapiriit Kanatami e a.* c. *Commissione europea*, ECLI:EU:T:2013:215.

Del resto, le possibilità di successo dei ricorrenti nazionali sembrano irreversibilmente diminuire in ragione della natura del ricorso in esame ove la valutazione del giudice resta confinata ai profili procedurali della sussidiarietà, quale la formale verifica della motivazione dell'atto e della sua adeguatezza, senza intaccare la sostanza dell'esercizio della potestà discrezionale del legislatore europeo o, viceversa, di quello nazionale[49]. Ugualmente accade anche nel caso in cui l'analisi si spinga a vagliare la maggiore efficacia delle misure europee e la contestuale insufficienza delle misure nazionali[50]. Arrivando ad indagare, da un lato, l'equilibrio tra la maggiore efficacia dell'intervento europeo rispetto a quello nazionale; dall'altro, il rispetto delle competenze concorrenti e, quindi, della "fetta" di potestà normativa spettante agli Stati ove l'azione delle autorità interne si dimostri anche solo sufficiente al conseguimento degli scopi prefissati[51].

Conseguentemente, la Corte si è limitata a individuare la possibilità di censurare un atto di diritto derivato sotto il profilo della sussidiarietà solo in caso di errore manifesto o di palese sviamento di potere, analogamente ad altri controlli omologhi[52]. E, nel corso del tempo, ha ristretto i limiti formali del proprio sindacato giurisdizionale facendo salvo, tra l'altro, l'obbligo di motivazione nel senso che non può pretendersi che il principio in parola venga menzionato espressamente[53]; o sia indicato in maniera esplicita nel preambolo degli atti[54]. In termini analoghi, l'analisi di impatto da parte della Commissione che evidenzi la positiva valutazione in ordine alla coerenza col principio di sussidiarietà della proposta, rende sostanzialmente immune l'atto impugnato da ogni censura *ex post* di sussidiarietà[55].

Ugualmente, la giurisprudenza UE ricorda che gli autori del trattato hanno voluto attribuire al legislatore dell'Unione, in funzione del contesto generale e delle circostanze specifiche della materia da armonizzare, un margine di discrezionalità in merito alla tecnica di ravvicinamento più appropriata per ottenere il risultato auspicato in settori caratterizzati da particolarità tecniche complesse[56]. Non mancando di

[49] Sentenza *Repubblica italiana* c. *Parlamento europeo*, punto 67; sentenza *Commissione europea* c. *Repubblica federale di Germania*, punto 49.

[50] Sentenze del Tribunale del 17 giugno 2009, causa T-50/07, *Portogallo* c. *Commissione*, ECLI:EU:T:2009:206, punto 106; del 3 aprile 2017, causa T-28/16, *Germania* c. *Commissione*, ECLI:EU:T:2017:242.

[51] Sentenze *Philip Morris Brands*, *Pillbox* e *British American Tobacco*.

[52] Sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 2005, cause riunite C-154 e 155/04, *Alliance for Natural Health*, ECLI:EU:C:2005:449; sentenza *Vodafone* (2010); sentenza *Estonia* c. *Parlamento e Consiglio*; sentenza *Polonia* c. *Parlamento e Consiglio*.

[53] Cfr. art. 296, co. 2, TFUE. Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 13 maggio 1997, causa C-233/94, *Germania* c. *Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:1997:231.

[54] Sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 1996, causa C-84/94, *Regno Unito* c. *Consiglio*, ECLI:EU:C:1996:431; sentenza della Corte di giustizia del 9 ottobre 2001, causa C-377/98, *Regno dei Paesi Bassi* c. *Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:C:2001:523.

[55] Sentenza *Vodafone* (2010).

[56] Cfr. sentenza *Swedish Match*, punto 71, ove la Corte ha ritenuto che un livello di protezione elevato in materia di tutela della salute presuppone un'azione UE.

affiancarvi argomentazioni relative alla proporzionalità[57] e alla necessità che l'intervento dell'Unione sia limitato allo stretto necessario[58].

Nondimeno, il giudizio di sussidiarietà operato dal giudice UE potrebbe espandersi qualora gli Stati (parlamenti nazionali) riuscissero a paventare nuove problematiche anche pratiche quali i costi derivanti dall'affidamento della soluzione agli Stati membri. Si tratterebbe per questi ultimi di elaborare motivi di ricorso per così sperimentali volti a spingere la disamina del giudice UE oltre i confini sinora esplorati e circoscritti alla mera evidenziazione dei possibili benefici derivanti dall'azione dell'UE. Sarebbe invero auspicabile che le argomentazioni della Corte aprissero una riflessione in seno ai colegislatori UE sulla maggiore considerazione del principio di sussidiarietà nell'esercizio delle rispettive funzioni, senza sostituirsi alle valutazioni "politiche" loro spettanti. O che, sotto altro profilo, ponessero il principio in parola non solo come limite al potere legislativo dell'Unione, ma anche come strumento interpretativo delle norme UE nell'ottica di estenderne l'ambito di applicazione ai casi in cui esso fosse coerente con la sussidiarietà.

Tutto ciò pure a fronte del senso opposto in cui la Corte procede, ricavando, da un lato, spazi ulteriori per il diritto UE anche dove si poteva dubitare dell'esistenza di competenze esplicite, per evitare lesioni alle libertà fondamentali previste dai trattati[59]. E dall'altro, confermando l'apparente o meramente formale controllo giurisdizionale *ex post* degli atti una volta che l'atto UE è stato adottato, quasi a volerne giustificare la natura residuale[60].

7. Ulteriori forme di controllo successivo e di partecipazione dei parlamenti nazionali sono previste dalle disposizioni degli articoli 85 e 88 TFUE che associano i parlamenti nazionali, rispettivamente, alla valutazione delle attività di *Eurojust* ed al controllo di quelle di *Europol*, secondo modalità stabilite da regolamenti da adottare con procedura legislativa ordinaria.

La norma di natura programmatica è (sinora) la base giuridica di due regolamenti UE, emanati rispettivamente nel 2016[61] e nel 2018[62]. Le misure ivi contenute prevedono una sorta di rendicontazione delle attività svolte da *Europol* ed *Eurojust* da presentare annualmente alle assemblee elettive nazionali[63]. Si tratta, cioè, di una

[57] Sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2017, cause riunite C-643 e 647/15, *Repubblica slovacca e Ungheria* c. *Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:C:2017:631. V. anche: sentenza *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, punti 174-185; sentenza *Estonia* c. *Parlamento e Consiglio*, punto 44.

[58] Sentenza della Corte di giustizia del 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association e a.* c. *Bosman e a.*, ECLI:EU:C:1995:463, punto 81.

[59] Sentenza *Union royale belge des sociétés de football association e a.* c. *Bosman e a.*.

[60] Sentenze *Pillbox* e *Philip Morris Brands.*

[61] Regolamento (UE) 2016/794 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione nell'attività di contrasto (*Europol*) e sostituisce e abroga le decisioni del Consiglio 2009/371/GAI, 2009/934/GAI, 2009/935/GAI, 2009/936/GAI e 2009/968/GAI.

[62] Regolamento (UE) 2018/1727 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (*Eurojust*) e che sostituisce e abroga la decisione 2002/187/GAI del Consiglio, che entrerà in vigore il 12 dicembre 2019.

[63] Cfr. art. 7; art. 11, par. 1, lett. c) regolamento 2018/1727. Analogamente, *Eurojust* trasmette la sua relazione annuale al Parlamento UE, al Consiglio e ai Parlamenti nazionali, che possono formulare osservazioni e conclusioni, prive di valore vincolate. Cfr. anche art. 67 regolamento 2018/1727.

mera comunicazione a fronte della quale non è prevista possibilità di replica, intervento o indirizzo. Blando risulta essere anche il "controllo parlamentare congiunto"[64] che associa i parlamenti nazionali al Parlamento europeo nel monitoraggio delle attività di *Europol*. Il testo stesso ne parla in termini politici anche per quanto concerne l'impatto sui diritti e sulle libertà fondamentali delle persone fisiche.

Così delineata, l'"associazione" dei parlamenti nazionali a quello dell'UE si riduce ad obblighi di comunicazione di tipo procedurale e procedimentale che non sembrano in grado di fornire contributi significativi alla democraticità UE in generale e in materia penale in particolare. È pur vero, tuttavia, che, come già evidenziato, la partecipazione parlamentare deve essere garantita a monte nella fase di adozione delle norme. Se ciò accade, il controllo da parte dei cittadini europei nella fase esecutiva del diritto potrebbe assumere le vesti di semplice "messa a conoscenza". Inoltre, l'associazione in parola potrebbe mantenere una sua valenza considerando altresì che i medesimi obblighi informativi vigono nei confronti delle istituzioni UE. Come a dire che la *ratio* è garantire uguale trasparenza nei confronti delle istituzioni UE e nazionali che riflettono la volontà dei cittadini elettori. In tale maniera, la parificazione istituzionale esclude qualsiasi discriminazione comunicativa (eventuale) tra l'Unione e i suoi membri[65].

Ciò nonostante, l'associazione detta testimonia un'apertura istituzionale verso soluzioni di maggiore respiro partecipativo nonché la sensibilità che contraddistingue l'Unione davanti alle scelte di riforma con riscontri anche in altri ambiti (come accennato in qualche passaggio precedente in merito al controllo di sussidiarietà). Basti qui ricordare l'obbligo di trasmissione contestuale (anche) ai parlamenti nazionali della relazione annuale che la BCE redige ai fini di informare Parlamento europeo, Consiglio, Commissione ed Eurogruppo dell'esecuzione dei compiti di vigilanza prudenziale degli enti creditizi[66]. L'investitura dei parlamenti nazionali quali informali interlocutori di istituzioni tecniche come la BCE[67] costituisce un notevole segno dei tempi e di come si possa utilizzare il dialogo interistituzionale ben oltre i limiti del protocollo sulla sussidiarietà. Sembra così avviata l'istituzionalizzazione di procedure informali di confronto politico volte ad aumentare la legittimazione democratica nell'attuazione delle politiche europee, ed a creare un legame stabile tra organismi democraticamente eletti dai cittadini e istituzioni legislative (e tecniche) dotate di potestà idonee a incidere sulla quotidianità delle persone.

8. In definitiva, alla domanda se si possa immaginare un maggiore coinvolgimento dei parlamenti nazionali o quanto fatto è soddisfacente, la risposta è a metà strada in ragione non solo di quanto detto in premessa e cioè che l'Unione non è uno Stato bensì un'organizzazione internazionale *sui generis* che esiste per volontà degli Stati membri cui si affianca senza avocarne competenze dall'alto. Ma anche di

64 Art. 51 regolamento (UE) 2016/794.

65 Cfr. art. 68 regolamento (UE) 2016/794; art. 69 regolamento (UE) 2018/1727.

66 Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi (più noto come *Single Supervisory Mechanism*). Cfr. art. 21.

67 Sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 2015, causa C-62/14, *Gauweiler e a.*, ECLI:EU:C:2015:400.

quanto argomentato in merito all'esigenza di intensificare e migliorare il processo democratico europeo essenzialmente in seno ai parlamenti nazionali.

Questi ultimi dovrebbero indirizzare gli interessi particolari espressi nei meccanismi di controllo loro affidati nella prospettiva europea in ragione del fatto che le differenze nazionali possono arricchire il progetto di integrazione europea e contribuire alla crescita democratica dell'Unione. Nel contesto tracciato, la sussidiarietà diventa la ragione dell'Unione, non un limite. In quest'ottica, i pareri motivati rappresentano il suggerimento positivo di ciò che l'Unione deve fare piuttosto che l'indicazione negativa degli ambiti che non le competono. Parimenti gli atti preparatori (ad esempio, le valutazioni di impatto) diventano luogo di confronto e partecipazione democratica multilivello e fanno convergere Unione e Stati membri verso direzioni condivise[68] in grado, tra l'altro, di snellire o semplicemente accelerare (forse) la procedura legislativa UE.

Potrebbero, altresì, giovare al futuro democratico dell'Unione e all'avvicinamento dei cittadini al progetto europeo, altre disposizioni dei trattati concernenti le assemblee nazionali, attuate in minima parte o prive di riscontri di rilievo per l'assenza di condizioni storico-politiche (probabilmente). Basti ricordare il coinvolgimento dei parlamenti nazionali nella procedura di revisione ordinaria dei trattati[69], che dall'entrata in vigore dei trattati di Lisbona non ha trovato occasioni pratiche di applicazione e/o di mero richiamo[70]. O il diritto di opposizione dei parlamenti nazionali – ad oggi, inespresso – in merito a decisioni che dispongano il passaggio di aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali dalla procedura legislativa speciale a quella ordinaria[71]. Analogamente, attende piena espressione il ruolo "politico" svolto dai parlamenti nazionali in caso di domande di adesione all'UE[72] o di recesso[73].

Resta ferma la necessità di orientare il ricorso a tali disposizioni verso il miglioramento del livello democratico europeo, come auspicato nelle pagine precedenti, e di accantonarne interpretazioni distorsive che allontanano i cittadini dal progetto dell'integrazione europea e rischiano di compromettere il riparto di competenze (e di facoltà) previsto dai trattati.

---

[68] I. Cooper, *The Watchdog of Subsidiarity: National Parliaments and the Logic of Arguing in the EU*, in *Journal of Common Market Studies*, 2006; C. Morviducci, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali nel nuovo Trattato*, in *Sud Europa*, 2008, n. 1; P. Kiver, *The Early Warning System for the Principle of Subsidiarity: the National Parliament as a Conseil d'État for Europe*, in *European Current Law Yearbook*, 2011; P. Piroddi, *Il Parlamento europeo nel Trattato di Lisbona tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011; T. Russo, *Deficit e antideficit democratico nell'ordinamento dell'Unione*, Salerno, 2011; A. Cygan, *National Parliaments Within the EU Polity - No Longer Losers But Hardly Victorious*, in *ERA Forum*, 2012.

[69] Art. 48 TUE.

[70] Ne segue una relativa prassi legata a momenti pregressi: Comunicazione della Commissione - Una costituzione per l'Unione – Parere della Commissione, a norma dell'articolo 48 del trattato sull'Unione europea, in merito alla convocazione di una conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri per la revisione dei trattati, COM/2003/0548 def.

[71] Art. 81, par. 3, TFUE, ultima frase.

[72] Art. 49 TUE. Gli stessi sono "informati" congiuntamente al Parlamento UE che uno Stato europeo che rispetta i requisiti previsti dai trattati, chiede di diventare membro dell'UE.

[73] Art. 50 TUE. Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 10 dicembre 2018, causa C-621/18, *Wightman*, ECLI:EU:C:2018:999.

Va ad ogni modo tenuto a mente che l'Unione ha modificato ogni modello classico ed ha introdotto un sistema di equilibri che talvolta si sovrappone talvolta si affianca a quello abituale degli Stati. Indubbiamente, il cammino dell'UE resta caratterizzato dall'integrazione per gradi diversi che ha, tra l'altro, dato avvio all'inarrestabile trasformazione di alternanze e di consolidamenti che sfuggono alle classificazioni convenzionali.

Abstract

Il contributo dei parlamenti nazionali per il superamento del deficit democratico

Il lavoro intende esaminare se le disposizioni dei Trattati in termini di coinvolgimento dei parlamenti nazionali nel processo di integrazione dell'Unione siano state concretamente attuate e se il livello complessivo di democrazia raggiunto nel processo decisionale sia soddisfacente per un'organizzazione internazionale di questo genere.

The Contribution of National Parliaments to Overcome the Democratic *Deficit*

The text examines whether the provisions of the treaties in terms of involvement of national parliaments in the EU integration process have been concretely implemented and whether the overall democratic level reached in the Union decision-making process is satisfactory for an international organization.

Michele Vellano*

Il ruolo del Parlamento europeo nella tutela e nella promozione della democrazia fuori dall'Unione europea**

Sommario: 1. La tutela e la promozione della democrazia nelle relazioni esterne dell'Unione europea. – 2. Il ruolo, in particolare, del Parlamento europeo. – 3. Segue: il rapporto stabile e paritetico con altri parlamenti. – 4. Segue: il monitoraggio elettorale e la relativa prassi. – 5. Conclusioni.

1. Siamo tradizionalmente abituati, specialmente quando si tengono le elezioni per il Parlamento europeo, ad associare il principio della democrazia all'assetto istituzionale dell'Unione europea, spesso facendo riferimento alla *vexata quaestio* del *deficit* democratico del suo ordinamento[1]. In realtà, il tema dell'affermazione e dell'esercizio del principio della democrazia rappresentativa ha un'importanza strategica anche nelle relazioni esterne dell'Unione europea[2]. È una dimensione decisamente meno nota, ma altrettanto interessante e ricca di aspetti meritevoli di essere approfonditi.

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Torino.

** Il presente scritto è alla base della relazione svolta al Convegno interinale AISDUE 2019 dedicato al "Ruolo e poteri del Parlamento europeo nella prospettiva giuridica. Rappresentatività e principio di democrazia", Firenze, 10 maggio 2019.

1 La bibliografia in argomento è ampia. Limitandosi ai contributi più recenti della dottrina italiana e senza la pretesa di essere esaustivi, si rinvia a: R. Adam, *Rappresentatività democratica e Parlamento europeo,* in G. Nesi, P. Gargiulo (a cura di), *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione*, Napoli, 2015, p. 129 ss.; U. Villani, *Considerazioni sulla democratizzazione dell'Unione europea*, in R. Mastroianni, A. Maffeo (a cura di), *L'iniziativa dei cittadini europei*, Napoli, 2015, p. 115 ss.; C. Pesce, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa nell'Unione europea*, Napoli, 2016; F. Raspadori, *Il deficit democratico dell'Unione europea visto attraverso le lenti Stato-centriche*, in E. Triggiani, F. Cherubini, I. Ingravallo, E. Nalin, R. Virzo, (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 651 ss. e A. Santini, *L'iniziativa dei cittadini europei. Quale contributo alla legittimità democratica dell'Unione*?, Napoli, 2019.

2 Il principio, espresso nell'art. 10 TUE, secondo cui "il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa" è, infatti, inteso in un'accezione riferita all'azione delle sue istituzioni all'interno come anche all'esterno dell'ordinamento dell'Unione europea.

La democrazia è il primo dei principi enunciati dall'art. 21 TUE a fondamento della creazione, dello sviluppo e dell'allargamento dell'Unione e che essa "si prefigge di promuovere nel resto del mondo"[3]. Sempre sulla base del medesimo articolo, secondo comma, l'Unione europea è impegnata a definire e attuare politiche comuni e azioni nell'ambito delle relazioni internazionali al fine, tra l'altro, di "consolidare e sostenere la democrazia, lo Stato di diritto, i diritti dell'uomo e i principi del diritto internazionale"[4].

Appare significativo che l'intento sia quello di "consolidare e sostenere" la democrazia, perché si tratta di azioni che denotano un approccio non intrusivo e, allo stesso tempo, realistico, secondo il noto, anche se non sempre applicato, assunto "la democrazia non si esporta". Parimenti indicativo è l'accostamento della democrazia, da un lato, allo Stato di diritto e ai diritti dell'uomo e, dall'altro lato, ai principi di diritto internazionale[5].

L'Unione europea, proprio in considerazione della sua natura fortemente specifica e unica, vanta una prerogativa e una credibilità che, per un verso, gli Stati e, per altro verso, le organizzazioni internazionali, per motivi diversi, non hanno quando intendano esercitare altrove un ruolo di promozione e di tutela della democrazia rappresentativa. I singoli Stati, anche quelli caratterizzati da un rispetto pieno delle regole democratiche al loro interno (si pensi agli Stati Uniti d'America) sono, infatti, portatori prevalentemente di interessi individuali mentre le organizzazioni internazionali, quando siano dotate di competenze al riguardo, sono, invece, pur sempre espressione della volontà dei governi (per questo sono dette intergovernative) e sprovviste di organi i cui membri siano eletti, come nel caso del Parlamento europeo, a suffragio universale diretto.

L'Unione europea ha preso progressivamente consapevolezza del suo possibile ruolo nel sostenere la democrazia al di fuori dei suoi confini, agendo in forme dirette (ad esempio, attraverso l'attività di controllo e monitoraggio delle elezioni politiche all'estero) e indirette (si pensi all'elaborazione dei contenuti delle clausole di condizionalità negli accordi internazionali con Stati terzi).

Un documento che esprime in modo chiaro e sintetico questo approccio è costituito dalle conclusioni adottate, nella sessione del 17 novembre 2009, dal Consiglio "Affari generali e relazioni esterne" ed espressamente dedicate "al sostegno alla democrazia nelle relazioni esterne dell'Unione europea"[6].

---

[3] Gli altri, come noto, sono: "Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale".

[4] Tali valori sono, evidentemente, gli stessi posti a fondamento interno dell'Unione europea. Ai sensi dell'art. 2 TUE, "l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze". Concetto ribadito nel preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dove si legge che quest'ultima "si basa sul principio della democrazia e sul principio dello Stato di diritto".

[5] L'esercizio del potere da parte del popolo non può, infatti, che avvenire all'interno di uno Stato fondato sul rispetto del diritto degli individui e delle collettività e, d'altra parte, l'ordinamento dello Stato deve essere coerente con le consuetudini elaborate dalla Comunità internazionale.

[6] Conclusioni del Consiglio sul sostegno alla democrazia nelle relazioni esterna dell'UE del 18 novembre 2009 – 16081/09 reperibile *online*. L'azione esterna dell'Unione europea ha come presupposto l'esistenza di "forti tradizioni parlamentari, fondate sul ruolo dei parlamenti nazionali e regionali e delle

Alle conclusioni del Consiglio è allegato un documento programmatico, denominato "Agenda dell'UE per l'azione di sostegno alla democrazia nelle relazioni esterne dell'UE", che contiene una disamina ampia, anche se non sempre puntuale, delle linee guida poste a fondamento dell'azione esterna dell'Unione europea in questo delicato settore.

Dal documento emergono alcuni tratti salienti e non scontati dell'approccio che si intende seguire.

Premesso, a chiare lettere, che la "democrazia non può essere imposta dall'esterno" e che, conseguentemente, i programmi e le strategie di azione debbono essere condivisi con i Paesi *partner*, si insiste molto sulla necessità di elaborare un approccio caso per caso, basato "su una profonda comprensione del contesto locale"[7].

Nel sostenere la democrazia, l'Unione europea intende rivolgere "particolare attenzione al ruolo dei rappresentanti eletti, dei partiti politici e delle istituzioni, dei media indipendenti e della società civile", concentrandosi sul delicato momento dello svolgimento delle elezioni.

Un obiettivo specifico, e allo stesso tempo strategico, è quello di sostenere la lotta alla corruzione e l'introduzione di meccanismi di trasparenza durante tutto il procedimento elettorale[8].

Al fine di rendere effettiva e concreta l'azione dell'Unione europea sul campo, il Parlamento europeo e il Consiglio hanno adottato, l'11 marzo del 2014, il regolamento (UE) n. 235/2014 che istituisce uno strumento finanziario per la promozione della democrazia e i diritti umani nel mondo (EIDHR), dotandolo, per il periodo 2014-2020, di una considerevole provvista finanziaria, pari a euro 1.332.752.000[9].

L'assistenza mira, per quanto qui di interesse, a "sostenere, sviluppare e consolidare la democrazia nei Paesi terzi, rafforzando la democrazia partecipativa e rappresentativa, potenziando tutti gli aspetti del ciclo democratico, in particolare rafforzando il ruolo attivo della società civile in questo ciclo, e lo stato di diritto e incrementando l'affidabilità dei processi elettorali, tramite missioni di osservazione elettorale"[10].

Un quarto dello stanziamento finanziario complessivo è riservato, sulla base di una dichiarazione congiunta del Parlamento europeo, del Consiglio dell'Unione

assemblee locali degli Stati membri e su quello del Parlamento europeo", in altre parole e a tutto tondo, la "democrazia rappresentativa", p. 2 delle conclusioni.

7 Conclusioni del Consiglio del 18 novembre 2009 – 16081/09, *ibidem*, p. 9.

8 In proposito si rinvia alla comunicazione congiunta dell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e della Commissione europea al Parlamento europeo e al Consiglio, del 12 dicembre 2011, dal titolo "Diritti umani e democrazia al centro dell'azione esterna dell'Unione europea – Verso un approccio più efficace", COM(2011) 886 def.

9 Regolamento (UE) n. 235/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2014, che istituisce uno strumento finanziario per la promozione della democrazia e i diritti umani nel mondo. Tale regolamento sostituisce, apportando un aumento della dotazione finanziaria di ben il 21%, il precedente regolamento (CE), n. 1889/2006 relativo al periodo 2006-2013.

10 L'art. 2 del regolamento n. 235/2014 contiene un'indicazione più specifica della tipologia delle azioni finanziabili. Lo spettro è piuttosto ampio e copre la libertà di associazione e riunione, l'indipendenza e il pluralismo dei media, e su Internet in particolare, l'autonomia e il rispetto del potere giudiziario e legislativo. Più specifico e peculiare il sostegno a misure volte a promuovere e a rafforzare la Corte penale internazionale, i tribunali penali internazionali *ad hoc*, i processi di giustizia di transizione e i meccanismi per la verità e la riconciliazione, nonché la conciliazione pacifica fra diversi segmenti della società, ivi incluso il sostegno alle misure per accrescere la fiducia in materia di diritti umani e la democratizzazione.

europea e della Commissione europea, allegata al regolamento 235/2014, "al finanziamento delle missioni di osservazione elettorale dell'UE, in funzione delle priorità elettorali annuali", mentre la parte rimanente riguarda programmi specifici di promozione e/o consolidamento della democrazia da realizzarsi nel territorio dei Paesi terzi o, comunque, aventi attinenza alle situazioni esistenti nei Paesi terzi[11].

Un ruolo preminente nell'attuazione dei contenuti del regolamento n. 235/2014 è, naturalmente, affidato alla Commissione europea la quale, però, si è impegnata, con apposita dichiarazione allegata al regolamento, a svolgere i suoi compiti sulla base di un dialogo preventivo e strategico con il Parlamento europeo.

Si tratta della presa d'atto del nuovo ruolo riconosciuto alla sola istituzione dell'Unione europea eletta direttamente dai cittadini, in applicazione del più classico e basilare principio della democrazia rappresentativa, che, quindi, non può non essere protagonista, come ci apprestiamo a evidenziare nel successivo paragrafo, rispetto a questo specifico tema.

2. È agevole notare come il coinvolgimento di un organo assembleare legislativo nel conteso dei rapporti con gli Stati terzi costituisca, da un punto di vista ordinamentale, una sorta di "invasione di campo" rispetto alle prerogative del potere esecutivo, esercitato dal singolo governo nazionale in forma individuale ovvero associata, nell'ambito di un'organizzazione sovranazionale.

Il ruolo e le funzioni del Parlamento sono, perciò, normalmente confinate all'approvazione dei trattati internazionali e alla loro attuazione nell'ordinamento interno degli Stati, nonché, naturalmente, al controllo dell'operato del governo nell'esercizio della politica estera[12].

Le assemblee parlamentari nazionali hanno, nondimeno, assunto nel tempo l'iniziativa di lasciarsi alle spalle lo schema classico per guadagnare un'autonoma capacità di azione al di fuori dei confini nazionali. Lo hanno fatto, soprattutto, intessendo tra loro relazioni istituzionali su base bilaterale e multilaterale.

L'esempio più emblematico e risalente di questo approccio è costituito, in sede multilaterale, dall'Unione interparlamentare (*Inter-Parliamentary Union* – IPU) istituita nel lontano 1889 e a cui aderiscono oggi i parlamenti nazionali di 178 Stati[13], con lo *status* di membro, e 12 assemblee parlamentari, tra le quali il Parlamento europeo, con lo *status* di membro associato.

Lo scopo di questa organizzazione è quello di tutelare e costruire la "global democracy through political dialogue and concrete action" in stretta collaborazione,

[11] Per assumere informazioni dettagliate sulle modalità di rilascio dei finanziamenti e sui progetti già realizzati attraverso l'EIDHR può essere agevolmente consultato il sito dell'Unione europea al seguente *link*: ec.europa.eu/europeaid/how/finance/eidhr_en.htm_en

[12] Si fa qui riferimento (e rinvio) al processo di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali e al rapporto di fiducia che deve intercorrere tra il Governo e il Parlamento, di cui, per quanto riguarda l'Italia, rispettivamente all'art. 80 e all'art. 94 della Carta costituzionale.

[13] Ricordiamo che gli Stati membri delle Nazioni Unite sono 193 e che quasi tutti gli Stati demograficamente più rilevanti, ad eccezione degli Stati Uniti d'America, vedono i rispettivi parlamenti rappresentati. È stato calcolato che nel mondo i parlamentari eletti nelle diverse assemblee nazionali sono, complessivamente, circa 46.000. Fonte: ipu.org.

a livello globale, con le Nazioni Unite, presso cui l'Unione interparlamentare ha lo *status* di osservatore, e, a livello locale, con le organizzazioni regionali[14].

Più in generale, la possibilità di tenere un canale di dialogo aperto tra i parlamentari di diversi Stati, e soprattutto tra i presidenti delle rispettive assemblee, ha consentito in passato, e ancora oggi permette, di raggiungere significativi risultati attraverso quella che viene definita la "diplomazia parlamentare" e, soprattutto, di intervenire a tutela dei rappresentanti eletti in contesti non ancora o non più rispettosi delle basilari regole democratiche[15].

L'azione del Parlamento europeo si inserisce, dunque, in un contesto piuttosto vivace e caratterizzato da una progressiva contaminazione, sul piano delle relazioni internazionali, tra le prerogative dei governi, che restano di gran lunga preponderanti, e quelle, comunque in crescita, delle assemblee parlamentari.

Il ruolo del Parlamento europeo nelle relazioni esterne dell'Unione europea è, in particolare, molto più significativo e rilevante di quanto ci aspetteremmo sulla base della mera lettura dei pertinenti articoli dei Trattati istitutivi[16].

In base all'art. 22 TUE, il ruolo di indirizzo, in merito agli interessi e agli obiettivi strategici nelle relazioni esterne dell'Unione, è, come noto, riservato al Consiglio europeo attraverso l'adozione, all'unanimità e su raccomandazione del Consiglio, di apposite decisioni. Il Consiglio, l'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, per il settore della politica estera e di sicurezza comune, e la Commissione, per gli altri settori dell'azione esterna, esercitano, al contempo, poteri di proposta e di implementazione.

Limitatamente all'ambito della politica estera e di sicurezza comune, l'Alto rappresentante è tenuto, ai sensi dell'art. 36 TUE, a consultare regolarmente il Parlamento europeo sui principali aspetti e sulle scelte fondamentali che si intendono assumere e sull'evoluzione di tali politiche e si adopera "affinché le opinioni del Parlamento europeo siano debitamente prese in considerazione". Infine, il Parlamento europeo può rivolgere interrogazioni o formulare raccomandazioni al Consiglio e all'Alto rappresentante e tiene due apposite sessioni all'anno dedicate allo stato dell'arte della politica estera e di sicurezza comune, compresa la politica di sicurezza e di difesa comune dell'Unione europea.

In realtà, come avremo modo di verificare nei due paragrafi successivi, il Parlamento europeo ha, nel corso degli anni e specialmente dal 1979 in poi, accresciuto notevolmente il suo ruolo come conseguenza delle modifiche introdotte nei

[14] L'Unione è costituita alla stregua di un'organizzazione internazionale e ha sede a Ginevra. Notizie e dettagli in ordine all'organizzazione, al funzionamento e alle specifiche finalità dell'Unione interparlamentare sono facilmente reperibili sul sito ipu.org.

[15] In proposito si rinvia all'interessante contributo di G. Baiocchi, *Profili e missione della diplomazia parlamentare*, in *Rivista di studi politici internazionali*, 2005, pp. 675-696. Per una ricostruzione storica, si veda anche M. A. Martinez, *Le relazioni internazionali tra i parlamenti e la politica estera dei governi*, in *Storia d'Italia*, *Annali*, n. 17, "Il Parlamento", Torino, 2001, p. 1378 ss. In entrambi i contributi si sottolinea come la diplomazia parlamentare possa talvolta utilmente precedere quella classica intergovernativa, rendendo possibili contatti e mediazioni altrimenti preclusi, almeno in una fase iniziale, ai governi. Si veda anche D. Beetham, *Parliament and democracy in the twenty-first century: A guide to good practice*, IPU, Geneva, 2006.

[16] N. Lupo, A. Manzella, *Il Parlamento europeo. Un'introduzione*, Roma, 2019, p. 111, notano che "la rilevanza del "potere esterno" del Parlamento europeo (…) è in misura inversamente proporzionale alle tracce che di tale potere si possono trovare nei Trattati".

Trattati istitutivi in relazione alla sua partecipazione all'approvazione degli accordi internazionali e del bilancio dell'Unione europea[17], nonché attraverso una densa e significativa attività condotta direttamente dai suoi parlamentari.

Nel quadro appena delineato, il Parlamento europeo è stato protagonista, in particolare, nell'ambito dei rapporti commerciali, utilizzando appieno il suo ruolo (accanto al Consiglio dell'Unione europea) nell'approvazione degli accordi internazionali con i maggiori *partner* (Stati Uniti, Cina, Canada, Giappone), con quelli intermedi (Russia, India, Brasile) e con tutti gli altri. Talune sue prese di posizione hanno realmente indirizzato l'andamento dei negoziati e gli esiti finali di taluni accordi[18] e, più in generale, sollecitato l'inserimento negli accordi di clausole di condizionalità sempre più precise e stringenti[19].

Come inevitabile e diretta conseguenza di un'impostazione ancora fortemente intergovernativa, il ruolo del Parlamento europeo nell'elaborazione e attuazione della politica estera e di sicurezza comune (e, a maggior ragione, di difesa comune) è stato, invece, più sporadico e contenuto, ma certo non assente.

In un quadro ampio, variegato e ricco di sfumature nel quale il ruolo e i poteri del Parlamento europeo assumono diverso rilievo per estensione e intensità, la nostra attenzione si concentrerà sul contributo essenziale che questa istituzione fornisce alla tutela e alla promozione della democrazia rappresentativa nei Paesi terzi[20].

---

[17] Il Parlamento europeo, come noto, detiene, insieme al Consiglio, il potere di approvazione del bilancio e può intervenire, ad esempio, nelle assegnazioni ai capitoli dedicati alla politica estera e di sicurezza comune (PESC) e al funzionamento del Servizio europeo per l'azione esterna (SEAE).

[18] Sono piuttosto note le nette prese di posizioni del Parlamento europeo nel caso del primo accordo "Swift", in merito al trasferimento negli Stati Uniti dei dati bancari dei cittadini dell'Unione europea, e dell'accordo "Acta", dedicato alla contraffazione, alla pirateria informatica e alla tutela di copyright e brevetti. Parimenti significativo il contributo del Parlamento europeo per quanto riguarda il (mancato) accordo sul "Partenariato transatlantico per il commercio e gli investimenti – TTIP" con gli Stati Uniti e il (provvisorio) accordo commerciale – CETA con il Canada. Su queste vicende si rinvia al contributo di K. Meissner, *Democratizing EU External Relations: The European Parliament's Informal Role in SWIFT, ACTA and TTIP*, in *European Foreign Affairs Review*, 2016, pp. 269-288. Sul caso ACTA, in particolare, si veda europarl.europa.eu/news/en/press-room/20120703IPR48247/european-parliament-rejects-acta

[19] Per quanto riguarda, in generale, l'approvazione degli accordi internazionali da parte del Parlamento europeo, si vedano: A. Ott, *The European Parliament's Role in EU Treaty-Making*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, pp. 1009-1039 e J. Santos Vara, *The Role of the European Parliament in the Conclusion of International Agreements in the Post-Lisbon Period*, in J. Santos Vara, A. Rodriguez Sachez-Tabernero (eds.), *The Democratisation of EU International Relations Through EU Law*, London, 2019, pp. 63-81. In particolare, per quanto riguarda il noto caso "Tanzania" e il precedente "Mauritius", si vedano le considerazioni di M. E. Bartoloni, *Base giuridica sostanziale e accordi "interpilier": quale ruolo per il Parlamento europeo? Note a margine del caso Tanzania*, in *European Papers*, n. 2, 2016, pp. 599-609. Tradizionalmente si individua il primo caso di inserimento di una clausola di condizionalità, collegata al rispetto dei diritti fondamentali, nella IV Convenzione di Lomé del 1989. Da allora in poi, l'inserimento di tale clausola, che mira a condizionare l'esecuzione dell'accordo tra l'Unione europea e lo Stato terzo alla verifica del rispetto dei diritti fondamentali, nei trattati commerciali è stato ricorrente, se non sistematico. In proposito, per una ricostruzione fino agli anni '90 compresi, si rinvia a A. Lucchini, *Cooperazione e diritto allo sviluppo nella politica esterna dell'Unione Europea*, Milano, 1999, e successivamente, allo studio *Le clausole sui diritti umani e la democrazia negli accordi internazionali della UE*, curato da L. Bartels per la sottocommissione per i diritti dell'uomo del Parlamento europeo, NT/584520IT.doc PE363.284 del 29.9.2005, reperibile *online*.

[20] Allo scopo è stato possibile consultare un recente documento (gennaio 2019) predisposto a cura del Dipartimento per le relazioni esterne del Parlamento europeo e intitolato *EP Democracy Support*

È un contributo che vive anche attraverso la comunicazione e i media e in cui il presidente del Parlamento europeo può giocare un ruolo importante[21]. Particolarmente significativa, da punto di vista mediatico, è l'attribuzione, una volta l'anno, del premio Sacharov per la libertà di pensiero. Il riconoscimento, istituito dal Parlamento europeo nel 1988 in memoria del dissidente sovietico Andrej Dmitrievič Sacharov, ha lo scopo di premiare personalità o organizzazioni dedite alla difesa dei diritti umani e delle libertà individuali e, più in generale, alla difesa della democrazia.

Da un punto di vista più strettamente giuridico, al di là del già ricordato contributo che il Parlamento europeo fornisce con riferimento ai contenuti degli accordi internazionali stipulati dall'Unione europea, merita di essere analizzato il suo ruolo, più specifico e diretto, per quanto riguarda, in particolare, due aspetti: le relazioni con altre assemblee parlamentari e il monitoraggio elettorale.

3. Il Parlamento europeo mantiene da tempo rapporti consolidati con molti parlamenti di Stati terzi (oltre, naturalmente, che con quelli degli Stati membri).

Si tratta per lo più di rapporti occasionali, ma anche di relazioni rese stabili attraverso la creazione di appositi organismi paritetici quali: l'Assemblea parlamentare congiunta ACP-EU; l'Assemblea parlamentare "Euronest", l'Assemblea parlamentare per il Mediterraneo e l'Assemblea parlamentare euro-latino americana.

La più risalente e strutturata assemblea paritetica è quella costituita con i Paesi ACP (Africa, Caraibi, Pacifico). L'Assemblea parlamentare (*ACP-EU Joint Parliamentary Assembly*) ha un ruolo consultivo e opera sulla base dell'art. 17 dell'Accordo di Cotonou del 23 giugno 2000[22]. I rappresentanti dei 78 Stati parti contraenti incontrano 78 eletti nel Parlamento europeo in sessioni plenarie di una settimana che si tengono due volte l'anno, alternativamente in uno Stato ACP e a Bruxelles o in uno Stato membro dell'Unione europea. Le tre commissioni che preparano le delibere sottoposte alle sessioni plenarie si occupano di temi prevalentemente economici (Commissione su sviluppo economico, finanze e commercio, Commissione sugli affari sociali e l'ambiente e Commissione sugli affari politici), ma le implicazioni per quanto riguarda il rispetto dei diritti fondamentali, compresi quelli collegati al rispetto dei principi democratici, sono più che evidenti. Del resto, ai sensi del già citato art. 17, l'Assemblea parlamentare ha espressamente tra i suoi compiti quello di "promote democratic processes through dialogue and consultation" e di "advocate for institutional development and capacity building of national parliaments". Il numero considerevole di attività avviate, specialmente per quanto riguarda la verifica

Activities and Their Follow-up, and Prospects for the Future, Bruxelles, 2019. Per un'introduzione al tema si rinvia a S. Stavridis, D. Irrera (eds.), *European Parliament and its International Relations*, London, 2015. Più nello specifico, si veda D. Janoc, *World Diplomacy of the European Parliament*, in *The Hague Journal of Diplomacy*, 2016, pp. 121-143.

[21] Si rinvia, in proposito, al contributo di L. Gianniti, N. Lupo, *The Role of the European Parliament President in Parliamentary Diplomacy*, in *The Hague Journal of Diplomacy,* 2016, pp. 144-160, che dà conto di una prassi piuttosto indicativa e ormai consolidata.

[22] L'accordo, rivisto nel 2005, è stato stipulato con durata ventennale nel 2000 ed è, quindi, prossimo alla scadenza. Per maggiori informazioni circa la composizione, le modalità di funzionamento e le competenze dell'Assemblea parlamentare si può fare riferimento all'apposito sito, raggiungibile attraverso il *link*: europarl.europa.eu/delegations/it/dacp/home.html.

della regolarità delle consultazioni elettorali, prova che la democrazia è al centro del dialogo UE-ACP attraverso l'operato dell'Assemblea parlamentare.

Un esempio di cooperazione parlamentare stabile relativamente recente è costituito dall'Assemblea parlamentare "Euronest", composta da 60 parlamentari dell'Unione europea e dieci rappresentanti ciascuno dei parlamenti di Armenia, Azerbaigian, Georgia, Moldavia e Ucraina. Dal punto di vista giuridico è interessante sottolineare come l'Assemblea sia stata istituita sulla base di un atto atipico che esprime il consenso dei rappresentanti del Parlamento europeo e dei parlamenti dei Paesi *partner* dell'Europa orientale[23]. L'Assemblea parlamentare si limita ad adottare risoluzioni, raccomandazioni e pareri sui temi del partenariato orientale.

Sullo stesso modello di cooperazione interparlamentare paritaria è stata istituita l'Assemblea parlamentare per il Mediterraneo che vede partecipare, oltre a una delegazione del Parlamento europeo, i parlamentari di quindici Stati che si affacciano sul Mediterraneo. L'apporto dell'Assemblea parlamentare è, anche in questo caso, limitato alla funzione consultiva, sebbene non possa essere trascurata l'importanza di un foro in cui si confrontano e prendono la parola deputati provenienti dalla Turchia, dalla Tunisia, dall'Algeria ma anche, contemporaneamente, da Israele e dalla Palestina.

L'Assemblea parlamentare euro-latino americana "EuroLat" è composta da 150 membri, 75 provenienti dal Parlamento europeo e altrettanti da parlamenti sud-americani. Come nei precedenti casi, anche in questo l'Assemblea si limita a esprimere raccomandazioni o, se richiesta, a rilasciare pareri non vincolanti[24].

Vi sono, infine, il *Transatlantic Legislators' Dialogue* (TLD) e il *Parliamentary Conference on the WTO* (PCWTO).

Il primo è un foro nel cui ambito dialogano i membri del Parlamento europeo e quelli del Congresso degli Stati Uniti d'America. Domina l'informalità e, allo stesso tempo, la concretezza nell'affrontare temi di interesse comune oggetto di negoziati in corso o, anche solo, potenziali tra i due principali *partner* commerciali posti sulle sponde opposte dell'Atlantico.

Il secondo è il risultato di un'intesa tra il Parlamento europeo e l'Unione interparlamentare (di cui si è fatto cenno in precedenza) volto a promuovere un dialogo informale tra i parlamentari degli Stati membri dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), specialmente in occasione dello svolgimento delle Conferenze ministeriali[25]. L'obiettivo è quello di dare una risposta concreta alle contestazioni basate sulla poca trasparenza dei processi decisionali condotti dai governi degli Stati membri rispetto al commercio internazionale e alle conseguenze, principalmente sul piano del rispetto dell'ambiente e dei diritti sociali, delle scelte ivi deliberate[26].

---

[23] L'atto costitutivo dell'Assemblea parlamentare "Euronest" è stato pubblicato sulla *GUUE* C 184 del 6 luglio 2011, p. 4 ss. Dettagliate informazioni sull'operato dell'Assemblea si possono trarre a partire dal *link* europarl.europa.eu/euronest/en/home.html.

[24] Per maggiori informazioni si può fare riferimento al *link* europarl.europa.eu/intcoop/eurolat/menu_en.htm

[25] La più recente *Parliamentary Conference* si è svolta a Buenos Aires nel 2017 come prologo dell'undicesima Conferenza ministeriale.

[26] Le prime contestazioni si manifestarono, come noto, in occasione della Conferenza ministeriale di Seattle. Da allora, sia pure con differente intensità, tornano periodicamente di attualità. In argomento, sia consentito rinviare a M. Vellano, *Sulla necessità di una riforma dell'OMC dopo l'insuccesso della Conferenza ministeriale di Seattle*, in *La Comunità internazionale*, 2000, pp. 83-96.

Il numero e l'eterogeneità delle esperienze paritetiche o, comunque, stabili che il Parlamento europeo conduce contemporaneamente può lasciare, almeno in parte, disorientati. Si deve, nondimeno, considerare che, come noto, i membri del Parlamento europeo sono ben 750, più il Presidente, e, quindi, non è difficile raccogliere la disponibilità di un numero sufficiente di parlamentari a impegnarsi in questo tipo di attività. D'altra parte, il consumo di tempo e anche, ovviamente, di risorse finanziarie per dare contenuti e continuità a questo genere di cooperazione sembra ben bilanciato dall'importanza dei temi in gioco e dalle finalità perseguite. Pur essendo impossibile porre in correlazione automatica, e tanto meno esclusiva, il progressivo diffondersi del rispetto effettivo dei principi democratici nel mondo a questo genere di relazioni interparlamentari, è fuori dubbio che esse siano utili a questo scopo.

4. Il monitoraggio elettorale è una delle attività più strategiche a tutela della democrazia. Solo una verifica imparziale e attenta dell'intero processo elettorale e, in particolare, delle operazioni di voto mette al riparo dall'eventualità, spesso tutt'altro che remota in determinati Paesi, che le elezioni politiche o le consultazioni referendarie siano inquinate da interferenze e condizionamenti o, addirittura, si riducano a un vero e proprio esercizio di finzione amplificato da media non indipendenti[27].

L'attività di monitoraggio internazionale, ossia condotta da soggetti incaricati da enti sovranazionali, ha ormai una risalente e consolidata tradizione ed è svolta direttamente dalle Nazioni Unite[28] ovvero da organizzazioni intergovernative regionali[29].

Il coinvolgimento dell'Unione europea, rispetto a questo specifico fronte, è stato progressivo e ha riguardato, in primo luogo, la Commissione europea[30]. Il Parlamento europeo ha colto l'importanza e le potenzialità del suo ruolo rispetto al monitoraggio elettorale con un certo ritardo, in pratica solo a partire dal 1994 in occasione delle elezioni presidenziali in Bielorussia. In un secondo momento, sono state, però, profuse ingenti risorse finanziarie e di capitale umano, che hanno contribuito a fare riconoscere al Parlamento europeo un ruolo almeno equivalente a quello della Commissione europea e una specializzazione nelle missioni brevi (quelle concomitanti allo svolgimento delle procedure di voto e l'immediato *follow-up*)[31].

---

[27] Sul tema si rinvia ai noti saggi di E. Bjornlund, *Beyond Free and Fair: Monitoring Elections and Building Democracy*, Washington DC, 2004 e di T. Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Washington DC, 2006.

[28] Per quanto riguarda il ruolo delle Nazioni Unite, si rinvia al contributo di R. Sapienza, *Considerazioni sulle attività di assistenza e monitoraggio elettorale dell'ONU*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, pp. 647-666.

[29] Nel Vecchio Continente l'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OSCE) ha maturato una particolare esperienza, così come anche il Consiglio d'Europa.

[30] Per una disamina dei presupposti e dell'avvio di questa attività, si veda M. Frulli, *Le attività di assistenza e monitoraggio elettorale dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, pp. 1841-1851. Si veda anche il contributo, di stampo più politologico, di D. Tuccinardi, F. Balme, G. McCormack, *The Evolution of Election Observation in the European Union: From Fraud Prevention to Democracy Support*, in R. Cordenillo, A. Ellis (eds.), *The Integrity of Elections: The Role of Regional Organizations*, Stockholm, 2012, pp. 57-75.

[31] In argomento si rinvia all'apposito *Handbook for European Union Election Observation*, III ed., Bruxelles, 2016, curato dall'*European External Action Service* e reperibile *online*. Le missioni brevi, in concomitanza con i giorni in cui si tengono le elezioni, comportano minori sforzi organizzativi e costi piuttosto contenuti e, soprattutto, consentono il coinvolgimento dei deputati e non solo degli esperti.

Un ruolo strategico per orientare l'attività del Parlamento europeo nel settore considerato, e più in generale sui temi della democrazia, è svolto dall'apposito gruppo per il sostegno alla democrazia e il coordinamento elettorale (DEG), presieduto dal presidente della commissione affari esteri e dal presidente della commissione per lo sviluppo che fornisce gli orientamenti politici alla base delle deliberazioni assunte in plenaria[32].

Ogni anno il Parlamento europeo organizza e invia nei Paesi terzi, preventivamente selezionati sulla base di una loro richiesta, 10-12 delegazioni di osservazione a breve termine rispetto a elezioni politiche di livello nazionale[33].

Il Parlamento europeo è, inoltre, coinvolto in missioni di osservazione elettorale dell'Unione europea a lungo termine (MOE UE – EU EOM) in Africa, nelle Americhe e in Asia e in missioni internazionali (IEOM), sempre a lungo termine, in Europa in collaborazione con l'Ufficio per le istituzioni democratiche e i diritti umani (ODIHR) dell'OSCE, con il Consiglio d'Europa e, più raramente, d'intesa con l'Assemblea parlamentare della NATO.

Il peculiare contributo fornito dal Parlamento europeo è costituito, in primo luogo, dalla partecipazione di parlamentari che prendono parte alle delegazioni accanto a funzionari e/o esperti dei processi elettorali. In secondo luogo, e in forza del coinvolgimento dei politici, il Parlamento europeo organizza, prima e dopo lo svolgimento delle elezioni politiche, appositi dialoghi parlamentari sulle elezioni a cui sono invitati a partecipare selezionati esponenti della commissione elettorale locale, delle forze di sicurezza, dei leader religiosi e dei giovani leader politici locali. Infine, il Parlamento europeo sovraintende a progetti di formazione congiunti rivolti a deputati e funzionari di parlamenti di Paesi terzi di specifiche aree geografiche (attualmente, particolare attenzione, è rivolta agli Stati dei Balcani occidentali e dell'Europa sudorientale).

Tornando alla funzione di gran lunga più impegnativa e strategica, quella del monitoraggio delle elezioni, occorre constatare che i temi giuridici variano, anche se non di molto, a seconda che le missioni siano condotte dal Parlamento europeo autonomamente oppure, come accade più spesso, in modo coordinato con la Commissione europea o con le istituzioni di altre organizzazioni internazionali (c.d. *multi-partner cooperation*)[34].

Nel primo caso le missioni del Parlamento europeo vengono organizzate, su invito delle autorità del Paese terzo, nell'osservanza di regole formalizzate per la prima volta nel 2007 e successivamente perfezionate e adeguate[35].

Per contro, le missioni brevi non sono adatte a fare emergere attività manipolative durante le campagne elettorali e a monitorare che i risultati elettorali trovino effettiva applicazione.

[32] Fanno parte del gruppo quindici deputati del Parlamento europeo designati dai gruppi politici, tra cui il presidente della conferenza dei presidenti di delegazione, il presidente della sottocommissione per i diritti dell'uomo e i vicepresidenti del Parlamento europeo responsabili per i diritti umani e la democrazia.

[33] Utilizzando una suddivisione che tiene conto delle successive legislature, il numero delle missioni in cui sono stati coinvolti deputati del Parlamento europeo è stato altalenante: 32 (1994-1999); 37 (1999-2004); 62 (2004-2009) e 24 (2009-2014). Fonte: A. Gawrich, *The European Parliament in International Election Observation Missions (IEOMs): Division of Labour or Decreased Influence?*, in S. Stavridis, D. Irrera (eds.), *The European Parliament And Its International Relations,* London, 2015, pp. 121-141. Tra le più significative missioni di monitoraggio ricordiamo quelle: in Timor Est nel 2001 per l'elezione dell'Assemblea costituente, in Nepal nel 2008 per l'elezione dell'Assemblea costituente, in Sudan nel 2011 per lo svolgimento del referendum sull'indipendenza del Sud Sudan e, da ultimo, in Ucraina nel 2019 per le elezioni presidenziali.

[34] Come è stato notato da A. Gawrich, *op. cit*., p. 138, ci troviamo di fronte a una sorta di "double-track elections observations".

[35] Per maggiori dettagli sulla procedura si rinvia al sito eeas.europa.eu/archives/eueom/missions/index_en.htm e ai commenti di A. Gawrich, *op. cit*., p. 124. Già nel 2001 il Parlamento europeo aveva

Nel secondo caso, i rappresentanti del Parlamento europeo, in genere deputati e più raramente esperti e/o funzionari, sono inseriti nelle delegazioni inviate sotto l'egida di altra istituzione e, di conseguenza, osservano le regole, non molto dissimili da quelle utilizzate dal Parlamento europeo, adottate dall'istituzione responsabile della missione[36]. In questo tipo di missione è di fondamentale importanza l'attribuzione dei ruoli assegnati ai diversi componenti istituzionali delle delegazioni onde evitare sovrapposizione e duplicazioni o, addirittura, interferenze e ritardi nello svolgimento delle consultazioni elettorali.

È appena il caso di constatare come l'importanza dei risultati conseguiti da una singola missione è direttamente collegata alla sua durata, al numero dei suoi componenti, al grado di collaborazione fornito dalle istituzioni dello Stato ospite e, naturalmente, condizionata da fattori contingenti e legati al caso specifico (ordine pubblico, estensione geografica, condizioni ambientali, grado di sviluppo tecnologico). Di talché è probabilmente impossibile svolgere considerazioni di portata generale sull'efficacia di queste missioni ed è più serio rinviare alla lettura del rapporto finale per ciascuna missione predisposto sotto la responsabilità del capo delegazione[37].

Il rapporto finale assolve alla funzione di dare o sottrarre credibilità (*naming and shaming*), per quanto riguarda il rispetto delle regole della democrazia rappresentativa, allo Stato al quale si riferisce[38]. Ne consegue la legittimazione (o la delegittimazione) dei soggetti eletti e, di conseguenza, del governo (o del presidente) che, a seguito delle elezioni, prende (o mantiene) il potere. Non possono, invece, conseguire dal rapporto eventuali effetti giuridici invalidanti delle elezioni perché queste si tengono esclusivamente alla stregua delle regole dell'ordinamento interno.

5. Il ruolo che il Parlamento europeo svolge rispetto alla tutela e alla promozione della democrazia rappresentativa al di fuori dei confini dell'Unione europea si inserisce in una più ampia strategia che trova il suo esplicito fondamento giuridico negli articoli 2 e 21 TUE. Si tratta, comunque, di un ruolo specifico, oltre che qualificato, in considerazione della circostanza che il Parlamento europeo è l'unica istituzione dell'Unione i cui membri sono eletti a suffragio universale diretto.

L'azione del Parlamento europeo è, come abbiamo visto, molto ampia e coinvolge ambiti diversi e tuttavia complementari tra loro e utili a fare sviluppare e/o con-

---

adottato una risoluzione che approvava un rapporto redatto dalla Commissione Affari esteri (*Rapporteur* Giovanni Claudio Fava). Nel 2007 il Parlamento europeo ha fatto propri due importanti documenti: la "*Declaration of Principles for International Election Observation*" e il "*Code of Conduct for International Election Observers*". I due documenti sono stati predisposti sotto l'egida della *United Nations Electoral Assistance Division* (UNEAD) con il coinvolgimento di oltre venti organizzazioni intergovernative e non governative dedite a questo tipo di attività.

36 In questa prospettiva è particolarmente indicativa la comunicazione della Commissione europea su un approccio più coerente nel monitoraggio elettorale del 2000. Per quanto riguarda la collaborazione con l'OSCE, si veda il contributo di R. Chambers, *Election Observation by the European Parliament in the OSCE Area*, European Parliament, Brussels, 2010.

37 I rapporti sono facilmente reperibili *online* al partire dal sito www.europa.eu.

38 In argomento si rinvia ancora a A. Gawrich, *op. cit.*, p.124, secondo cui: "the core effect of election observation is international naming and shaming. Based on rational choice assumptions, observed actors are expected to calculate the potential for gaining international legitimacy and the risk of losing it". Si veda anche M. Wally, *Following up On Recommendations of EU Election Observation Missions*, European Parliament, Bruxelles, 2012.

solidare il rispetto dei principi democratici. In particolare, la conduzione di rapporti stabili e paritetici con parlamenti nazionali, sia nel contesto continentale europeo sia altrove, costituisce un considerevole supporto all'affermarsi in generale del ruolo dei parlamenti nelle relazioni internazionali non in alternativa ma con modalità complementare a quello dei governi nazionali. Così pure la partecipazione, in modo autonomo ovvero coordinato, alle missioni di monitoraggio elettorale è assolutamente strategica per dare sempre maggiore forza e credibilità alle consultazioni elettorali e referendarie in contesti non del tutto maturi o, occasionalmente, in difficoltà.

Il Parlamento europeo dovrebbe, nel frattempo, utilizzare con maggiore determinazione le sue competenze e attribuzioni per quanto riguarda la redazione e applicazione delle clausole di condizionalità relativamente ai diritti umani e alla democrazia.

La peculiarità assoluta del Parlamento europeo, istituzione tipica della democrazia rappresentativa e al contempo della collaborazione sovranazionale, costituisce, dunque, opportunità straordinaria, da un punto di vista tanto giuridico quanto politico, per dare nel futuro prossimo una risposta ancora più estesa e organizzata alla crescente domanda di democrazia nel mondo.

Abstract

Il ruolo del Parlamento europeo nella tutela e nella promozione della democrazia fuori dall'Unione europea

Il ruolo che il Parlamento europeo svolge rispetto alla tutela e alla promozione della democrazia rappresentativa al di fuori dei confini dell'Unione europea si inserisce in una più ampia strategia che trova il suo esplicito fondamento giuridico negli articoli 2 e 21 del TUE. Si tratta, comunque, di un ruolo specifico, oltre che qualificato, in considerazione della circostanza che il Parlamento europeo è l'unica istituzione dell'Unione i cui membri sono eletti a suffragio universale diretto. Esso si esprime attraverso una molteplicità di forme dirette e indirette. Tra esse il rapporto sistematico con altri parlamenti e il monitoraggio elettorale sono probabilmente le più significative e interessanti.

The role of the European Parliament in Protecting And Promoting Democracy Outside the European Union

The role that the European Parliament plays with respect to the protection and promotion of representative democracy outside the borders of the European Union is part of a broader strategy which finds its explicit legal basis in Articles 2 and 21 TEU. However, it is a specific role, as well as a qualified one, given that the European Parliament is the only institution of the Union whose members are elected by direct universal suffrage. The action of the European Parliament is implemented through a number of direct and indirect instruments. Among them, the systematic relationship with other parliaments and election monitoring are probably the most significant and interesting.

Enza Cirone*

Le iniziative europee contro le "*fake news*" e il *microtargeting* nell'ottica della salvaguardia del principio di democrazia**

Sommario: 1. Una breve premessa terminologica. – 2. La disinformazione *online* nel contesto delle elezioni del Parlamento europeo. – 3. Le iniziative promosse a livello europeo per contrastare il fenomeno della disinformazione *online*. – 4. Conclusioni.

1. La proliferazione dei canali di trasmissione delle cc.dd. *fake news* pone l'Unione europea innanzi a una importante ma difficile sfida rispetto alla quale si evidenziano numerosi profili di criticità che attengono sia alle modalità insidiose attraverso le quali si concretizza l'attività di disinformazione, sia ai soggetti che intervengono nella fase di creazione e diffusione delle notizie false o ingannevoli.

La disinformazione incide sul processo di formazione della volontà politica, rischiando di creare un grave *vulnus* alla tutela dei diritti fondamentali, in particolare al principio di democrazia, per la cui salvaguardia è necessario un ecosistema digitale e sociale che sia libero e incondizionato.

Prima di analizzare le iniziative promosse a livello europeo per contrastare tali fenomeni, è necessaria una breve premessa terminologica e definitoria.

Infatti, piuttosto che alle cc.dd. *fake news*, cioè notizie false, occorrerebbe riferirsi alla disinformazione *online,* espressione che coglie con più precisione la complessità di un fenomeno che coinvolge pratiche diverse; infatti, non potrebbe parlarsi genericamente di notizie false, sia perché spesso per disinformare vengono utilizzate notizie solo parzialmente non veritiere che sono però distorte o presentate in modo tale da condizionare o fuorviare gli utenti della rete, sia perché tale terminologia non rende propriamente l'idea che chi produce e diffonde le notizie è mosso da una deliberata intenzionalità di disinformare.

Proprio per la vaghezza e ambiguità dell'espressione *fake news* – che nel dibattito politico attuale ha subìto una distorsione essendo associata per lo più a forme di cattivo giornalismo – anche lo *High Level Group sulle fake news e la disinformazione online* istituito dalla Commissione europea, ha volutamente evitato di utilizzarla all'interno del report[1] pubblicato a marzo 2018. La disinformazione è infatti definita

* Dottoranda di ricerca in *European and Transnational legal studies* presso l'Università degli Studi di Firenze.

nella relazione come "informazione falsa, imprecisa o fuorviante concepita, presentata e diffusa a scopo di lucro o con l'intenzione di arrecare un pregiudizio pubblico".

Come si è sopra osservato, la complessità del fenomeno è dovuta anche al coinvolgimento nell'attività di disinformazione di una varietà di pratiche e strumenti. Infatti, in considerazione della ingente mole di dati che circolano in rete, i cc.dd. *big data*[2], è sempre più frequente la pratica del *microtargeting* cioè la diffusione mirata agli elettori di messaggi che sono tarati in base a loro preferenze e gusti[3], portando dunque alla creazione di informazioni personalizzate. Il singolo utente, nonché elettore, generalmente ignora che un messaggio di propaganda politica che riceve è stato creato sulla base delle sue idee o della sua situazione personale e che, con molta probabilità, contemporaneamente lo stesso soggetto politico invia messaggi di contenuto opposto (o comunque diverso) ad altri utenti.

Inoltre, in quelle che possono definirsi delle vere e proprie campagne di disinformazione sono spesso coinvolti account automatizzati, i cc.dd. *bot*[4], cioè *software* in grado di mettere *like*, di creare contenuti e condividerli in rete, oltre a poter interloquire con utenti reali[5].

Il successo dell'impiego di questi strumenti ha una duplice matrice, tecnologica e sociologica. Indubbiamente, la disinformazione *online* trova terreno fertile nel contesto odierno dominato dal mondo della tecnologia, in quanto è oggi molto più semplice e immediato diffondere notizie attraverso i *social media* e le piattaforme *online*. Vi è, però, anche una spiegazione più propriamente sociologica: il cd. "effetto gregge" (anche conosciuto come *herd effect*)[6]. L'origine del fenomeno risale

[**] Intervento programmato tenuto al I Convegno interinale dell'Associazione Italiana Studiosi di Diritto dell'Unione europea (AISDUE), Firenze, 10 maggio 2019.

[1] *A multi-dimensional approach to disinformation*, Report of the independent High level Group in fake news and online disinformation, 2018, reperibile *online*.

[2] Con tale termine si intende sia una mole ingente e complessa di dati, sia l'insieme delle tecnologie e metodologie di analisi specifiche finalizzate a sviluppare forme di lettura, conoscenza e interpretazione necessarie per estrapolare, analizzare e mettere in relazione tra loro i dati raccolti, per scoprire i legami tra fenomeni diversi e per prevedere quelli futuri.

[3] C. Cadwalladr, E. Graham-Harrison, *Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach,* in *The Guardian,* 17 marzo 2018; il 17 marzo 2018 è stata diffusa la notizia che nel 2014, la società Cambridge Analytica aveva ottenuto illegalmente i dati personali di 50 milioni di utenti Facebook che, attraverso la *app mydigitallife*, avevano svolto un test della personalità. Infatti, entrando nella app attraverso Facebook, gli utenti avevano reso disponibili sia i dati propri che quelli dei propri amici che il titolare della *app* aveva condiviso con la Cambridge Analytica, per utilizzarli in campagna elettorale.

[4] Le funzionalità e le tipologie di *bot* sono molteplici; si parla, ad esempio, di *botnet* per indicare una fitta rete di *bot* che sono infettati da *malware* e *trojan horse* e che, controllati a distanza, possono essere impiegati per i più diversi e disparati scopi, tra cui anche attacchi DDoS (acronimo di *Distributed Denial-of-Service*, tipologia di attacco informatico che rende irraggiungibile un portale *web*, un *server web,* un *provider* DNS, una rete di distribuzione); vi sono poi i *chatbot* impiegati per i servizi di messaggistica istantanea o di assistenza ai clienti e i *bot social* cioè profili falsi all'interno dei *social network*.

[5] C. Shao, G. L. Ciampaglia, O. Varol, K. Yang, A. Flammini, F. Menczer, *The spread of low-credibility content by social bots*, 2018, reperibile *online*; D. Stukal, S. Sanovich, R. Bonneau, J. A. Tucker, *Detecting Bots on Russian Political Twitter*, in *Big Data*, 2017, p. 310 ss.

[6] J. Egebark, M. Ekström, *Like what you like or what others like? Conformity and Peers Effect on Facebook*, in *Working Paper – Research Institute of Industrial Economics*, 2011, reperibile *online*.

a molto prima dell'avvento del *web* e dei *social network*[7] ma, per effetto di questi, ha subìto una straordinaria amplificazione. Infatti, se una notizia viene pubblicata da molte fonti, questa è considerata credibile e, se i *like* e le condivisioni sono tante, si verificherà una reazione a catena che porterà ad una maggiore diffusione della informazione. Pertanto, una notizia scritta con un linguaggio semplice ma di impatto e pubblicata su qualche sito *web* avrà una enorme risonanza, grazie alla associazione dell'attività di condivisione non solo da parte dei *bot* ma anche di utenti inconsapevolmente ingannati.

2. Le recenti elezioni del Parlamento europeo si sono svolte in un contesto completamente diverso e innovato rispetto alle precedenti. I processi di trasformazione generati dall'avvento delle nuove tecnologie – delle quali si è solo brevemente dato conto – hanno determinato significativi cambiamenti anche rispetto alle modalità di accesso alle notizie e al modo in cui i cittadini si relazionano ad esse.

In considerazione di ciò, si è già detto come si evidenzino degli aspetti di problematicità in ordine alla salvaguardia dei diritti fondamentali, in particolare della libertà di espressione e di informazione, e del principio di democrazia, che rischiano di essere gravemente minati da pratiche scorrette e deliberatamente ingannevoli. La libertà di espressione e di informazione[8] è un diritto fondamentale dell'Unione europea sancito nella Carta e nelle costituzioni degli Stati membri. Il principio di democrazia è uno dei valori[9] sui quali si fonda l'Unione europea il cui funzionamento si basa sulla democrazia rappresentativa, in quanto ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di partecipare alla vita democratica dell'Unione e di essere direttamente rappresentato nel Parlamento europeo.

Il perno di una società democratica è rappresentato anche dalla possibilità dei cittadini di accedere a informazioni non distorte, sulla base delle quali garantire la formazione di una opinione genuina che non sia cioè condizionata dalla intenzionalità lesiva di terzi e che permetta ai cittadini di partecipare ai dibattiti politici e di esprimere la propria volontà all'interno di processi politici liberi. Infatti, è vero che la protezione del processo elettorale spetta agli Stati membri, ma è altrettanto vero che la dimensione transfrontaliera della disinformazione sul *web* richiede un approccio mirato e, pertanto, rende opportuno un intervento coordinato dell'Unione europea.

3. L'incidenza del fenomeno della disinformazione *online* subisce un notevole incremento durante i periodi elettorali, pertanto, in considerazione di ciò, sono state intraprese a livello europeo delle iniziative volte a contrastare tali pratiche e a raffor-

[7] G. Orwell, *1984*, Londra, 1949: "[…] se tutti i documenti raccontavano la stessa favola, ecco che la menzogna diventava un fatto storico, quindi vera".

[8] Art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: "Ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera".

[9] Art. 2 TUE: "L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze"; Art. 10 TUE: "Il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa. I cittadini sono direttamente rappresentati, a livello dell'Unione, nel Parlamento europeo. […] Ogni cittadino ha il diritto di partecipare alla vita democratica dell'Unione […]".

zare la resilienza democratica, anche e soprattutto in relazione alle recenti elezioni del Parlamento europeo.

Le istituzioni europee[10] hanno adottato un approccio *multi-stakeholders* rispetto al problema della disinformazione *online* coinvolgendo i vari soggetti interessati, e cioè le piattaforme *social*, gli organi di stampa, il mondo accademico e la società civile.

In particolar modo la Commissione europea si è resa protagonista di numerose iniziative di contrasto alle problematiche rilevate. A seguito di consultazione pubblica, infatti, a gennaio del 2018 è stato istituito il già citato *High level expert Group sulle fake news e la disinformazione* incaricato di studiare il fenomeno e di formulare delle raccomandazioni che sono state ben presto enunciate all'interno del *report*[11] pubblicato a marzo dello stesso anno. All'interno di questo documento vengono analizzati i principali aspetti della disinformazione, sia sotto il profilo dei contenuti che delle modalità di trasmissione e circolazione delle notizie e vengono *in primis* evidenziati dei fattori di criticità sulla base dei quali sono formulate delle soluzioni di contrasto.

Il Gruppo di esperti evidenzia come l'attività di diffusione di notizie non veritiere o ingannevoli si concretizzi in vere e proprie campagne di disinformazione che vedono spesso il coinvolgimento di alcuni attori politici, tra cui governi stranieri[12]. Inoltre, la presenza sul *web* di *media* che non presentano adeguati standard di professionalità e di sicurezza, associata al forte coinvolgimento degli stessi utenti/cittadini nella attività di diffusione, dà luogo ad un fenomeno di vaste proporzioni, anche grazie allo sfruttamento delle potenzialità derivanti dalla aggregazione dei dati[13] effettuata dalle grandi piattaforme[14].

---

10 L'Unione europea ha intrapreso iniziative di contrasto alla disinformazione già da tempo, infatti a seguito del Consiglio Europeo di marzo 2015 è stata istituita la *task force East StratCom*, con lo scopo di contrastare la disinformazione nel vicinato orientale dell'UE, consilium.europa.eu/media/21876/st00011it15.pdf.

11 Cfr. nota 1.

12 Il coinvolgimento di attori politici nelle diffusione di *fake news* costituisce una delle cd. minacce ibride, così definite dalla Commissione europea: "[…] il concetto intende invece esprimere la combinazione di attività coercitive e sovversive, di metodi convenzionali e non convenzionali (cioè diplomatici, militari, economici e tecnologici), che possono essere usati in modo coordinato da entità statali o non statali per raggiungere determinati obiettivi, rimanendo però sempre al di sotto della soglia di una guerra ufficialmente dichiarata. L'accento è generalmente messo sullo sfruttamento dei punti deboli del bersaglio, e sulla creazione di ambiguità per ostacolare il processo decisionale. Le campagne massicce di disinformazione, che usano i media sociali per controllare il discorso politico o per radicalizzare, reclutare e dirigere mandatari, possono essere vettori di minacce ibride […]", Comunicazione congiunta al Parlamento europeo e al Consiglio, Quadro congiunto per contrastare le minacce ibride – La risposta dell'Unione europea, 6 aprile 2016, JOIN(2016) 18 final; si veda anche: Comunicazione congiunta al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio- Rafforzamento della resilienza e potenziamento delle capacità di affrontare minacce ibride, JOIN (2018) 16 final.

13 Sul punto si veda la definizione di *big data* di cui alla nota 2 e *Big data Interim report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS,* reperibile *online*.

14 Lo sviluppo di nuove e sofisticate tecnologie permette di raccogliere enormi quantità di dati che riguardano preferenze, gusti e comportamenti degli utenti, ivi comprese le loro idee politiche. Questi dati vengono analizzati da intelligenze artificiali che utilizzano algoritmi in grado di individuare con sempre maggiore accuratezza le informazioni più rilevanti al fine di collocare gli utenti all'interno di *patterns* e, sulla base di ciò, predire i loro comportamenti futuri e sfruttare tali conoscenze anche per acquisire un vantaggio competitivo nelle campagne elettorali.

Quanto alle raccomandazioni, ivi si darà conto solo delle più rilevanti tenendo presente che, all'interno del *report,* il Gruppo di esperti ha preliminarmente evidenziato come sia più adeguato e preferibile un approccio di autoregolamentazione attraverso l'adozione di *good policies* da parte dei vari soggetti coinvolti. A parere del Gruppo di esperti, è necessaria la promozione di una maggiore alfabetizzazione mediatica e digitale affinché il contrasto alle attività di disinformazione parta dagli stessi utenti della rete che siano così in grado di leggere criticamente le notizie diffuse sul *web*; a tal proposito, le Istituzioni europee e gli Stati membri sono invitati a introdurre anche il livello di istruzione digitale tra i criteri di valutazione nelle scuole.

Fortemente raccomandata all'interno del *report* è la redazione di un codice di condotta contenente dei principi al cui rispetto dovrebbero impegnarsi i siti *web* e i *social network.* Questo suggerimento, avallato anche dalla Commissione in una sua comunicazione[15], è stato ben presto colto e, infatti, a settembre 2018 è stato presentato il *Codice di buone pratiche contro la disinformazione,* sottoscritto dalle principali società operanti nel mondo digitale – *Facebook, Twitter, Google e Mozilla*, dall'associazione di categoria che rappresenta le piattaforme *online* e dalle associazioni che rappresentano l'industria della pubblicità e gli inserzionisti – e che prevede una autoregolamentazione da parte di questi operatori del *web* in ordine al contrasto e alla eliminazione delle notizie false dai propri siti. Si tratta, però, di impegni generici che queste società si erano già in passato impegnate a rispettare, con evidenti scarsi risultati, così come rilevato anche dal Gruppo di esperti che ha fornito un parere[16] sul Codice di buone pratiche. In particolare, tra le aree di azione individuate, si segnala l'impegno ad eliminare le pubblicità ingannevoli, a non accettare inserzioni di siti che diffondono disinformazione e a garantire la protezione dei dati degli utenti, oltre all'obbligo di rendicontare periodicamente alla Commissione in ordine all'attuazione di quanto sottoscritto.

Nella comunicazione di aprile 2018 già citata, la Commissione europea delineava delle misure di contrasto alla disinformazione che prevedevano, oltre al Codice di buone pratiche, anche la creazione di una rete europea indipendente di verificatori di fatti[17] (i cc.dd. *fact checkers*) in grado di stabilire metodi di lavoro comuni e operare per raggiungere la più ampia copertura.

Ma una più compiuta strategia di contrasto alla disinformazione si è avuta successivamente. A settembre 2018, infatti, in occasione del discorso sullo stato

[15] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo, 26 aprile 2018, COM(2018) 236 def.

[16] The sounding board's unanimous final opinion on the so-called Code of practise 24 September 2018: "the 'Code of practice' as presented by the working group contains no common approach, no clear and meaningful commitments, no measurable objectives or KPIs, hence no possibility to monitor process, and no compliance or enforcement tool: it is by no means self-regulation, and therefore the Platforms, despite their efforts, have not delivered a Code of Practice".

[17] I verificatori di fatti si occupano di controllare e valutare la credibilità dei contenuti in base a fatti e prove e di analizzare le fonti e i processi di creazione e diffusione delle informazioni. La loro attività deve essere in linea con standard elevati di professionalità così come indicato nel codice etico della rete internazionale dei verificatori di fatti, poynter.org/international-factchecking-network-fact-checkers-code-principles.

dell'Unione[18], il presidente della Commissione europea Jean-Claude Juncker ha presentato un pacchetto di misure[19], complementari alla comunicazione dell'aprile del 2018, aventi l'obiettivo di garantire elezioni europee libere e regolari, attraverso una maggiore trasparenza della pubblicità politica *online* e la imposizione di sanzioni nel caso di uso illecito di dati personali per finalità di manipolazione dei voti. In particolare, per quanto concerne quest'ultimo profilo, tra le misure presentate vi era una proposta di modifica del regolamento (UE, Euratom) n. 1141/2014 che riguardava la procedura di verifica relativa alle violazioni delle norme in materia di protezione dei dati personali nel contesto delle elezioni del Parlamento europeo e che è stata approvata il 25 marzo 2019[20]. Con questa modifica normativa si è uniformata la disciplina di protezione dei dati personali[21] anche nel contesto delle elezioni del Parlamento europeo in virtù della istituzione di una procedura di verifica atta a stabilire se una violazione del regolamento europeo sui dati personali, accertata da un'autorità nazionale di controllo, sia collegata ad attività politiche di un partito europeo o di una fondazione politica europea[22]. Qualora la verifica porti all'accertamento della violazione, saranno comminate delle sanzioni pecuniarie nei confronti dei partiti o delle fondazioni.

In risposta alla richiesta del Consiglio europeo di compiere azioni per "proteggere i sistemi democratici dell'Unione e combattere la disinformazione, anche nell'ambito delle prossime elezioni europee"[23] la Commissione europea ha adottato un *Piano di azione contro la disinformazione*[24] che si pone in linea con le misure precedentemente adottate e che definisce in maniera puntuale gli obiettivi da realizzare per contrastare la minaccia della disinformazione, attraverso una risposta coordinata e unitaria fondata su quatto pilastri:

Migliorare le capacità delle istituzioni dell'Unione di individuare, analizzare e denunciare la disinformazione;

---

[18] In occasione del discorso sullo stato dell'Unione, il Servizio di ricerca del Parlamento europeo ha stilato un elenco di analisi e report che ben rende l'idea della vastità del problema, epthinktank.eu/2018/09/14/fake-news-what-think-tanks-are-thinking/.

[19] Il suddetto pacchetto sulla sicurezza comprende anche una Comunicazione su come assicurare elezioni europee libere e corrette, COM(2018) 637 def., una Raccomandazione relativa alle reti di cooperazione in materia elettorale, alla trasparenza *online*, alla protezione dagli incidenti di *cybersicurezza* e alla lotta contro le campagne di disinformazione nel contesto delle elezioni del Parlamento europeo, C(2018) 5949 final, Orientamenti sull'applicazione del diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati nel contesto elettorale, COM(2018) 638 def.

[20] Regolamento (UE, Euratom) n. 2019/493 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 marzo 2019, che modifica il regolamento (UE, Euratom) n. 1141/2014 per quanto riguarda la procedura di verifica relativa alle violazioni delle norme in materia di protezione dei dati personali nel contesto delle elezioni del Parlamento europeo.

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

[22] Sul punto si veda anche: Garante europeo della protezione dei dati, Sintesi del parere del Garante europeo della protezione dei dati sul pacchetto della Commissione volto ad assicurare elezioni europee libere e corrette, C 47/08 del 6 Febbraio 2019.

[23] Conclusioni del Consiglio europeo, 18 ottobre 2018, reperibili *online*.

[24] Comunicazione congiunta al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Piano di azione contro la disinformazione, 5 Dicembre 2018, JOIN(2018) 36 final.

Potenziare risposte coordinate e comuni alla disinformazione;
Mobilitare il settore privato nella lotta alla disinformazione;
Sostenere azioni di sensibilizzazione e rafforzare la resilienza sociale.

Per il raggiungimento delle suddette finalità, sono indicate delle azioni che le Istituzioni europee dovrebbero porre in essere. In particolare, limitandosi qui a segnalare esclusivamente gli elementi di novità rispetto agli strumenti precedentemente adottati, si dà conto della istituzione di un sistema di allarme rapido – che, in linea con quanto indicato nel Piano di azione, è entrato in funzione a partire da marzo 2019 – e che, attraverso la creazione di una piattaforma *ad hoc,* funge da collegamento diretto tra le Istituzioni europee e gli Stati membri garantendo una risposta coordinata e comune e permettendo la individuazione e segnalazione delle minacce alla disinformazione nel più breve tempo possibile.

Nel quadro delle azioni volte a contrastare la disinformazione, anche il Parlamento europeo si è fatto promotore di un'iniziativa, creando al suo interno un ufficio - il "*rebuttal unit*" - incaricato di contrastare e smentire le informazioni false, distorte o fuorvianti che lo riguardano.

Infine, il tema delle *fake news* e della manipolazione *online* dei voti è stato oggetto di uno degli incontri[25] della *Digital Clearinghouse*[26], istituita presso il Garante europeo della protezione dei dati, che ha visto anche la partecipazione delle autorità nazionali di controllo dei meccanismi elettorali. La problematica della disinformazione online è stata individuata quale area di maggiore interesse e preoccupazione per la tutela dei diritti fondamentali in considerazione dell'emergere di un mercato unico digitale, nel quale assume sempre più rilievo ed evidenza la opacità nell'uso e nella conservazione dei dati personali degli utenti.

4. Nel corso dell'articolo, si è dato conto, seppur brevemente, delle soluzioni prospettate a livello europeo per contrastare il fenomeno della disinformazione *online* che rappresenta una grave minaccia per i cittadini europei. Per garantire l'efficienza del processo democratico, è necessario che la vita politica si esplichi in un contesto di genuinità e libertà di espressione e in un ambiente pluralistico e privo di condizionamenti.

Non può dirsi che le iniziative avanzate a livello europeo siano state risolutive e che la minaccia globale della disinformazione sia stata definitivamente arginata. Le azioni volte a garantire l'integrità dei servizi hanno, ad esempio, contribuito a vanificare le minacce di manipolazione diretta delle elezioni europee ma rimane ancora molto da fare, sono ancora insufficienti i progressi compiuti nel potenziamento di strumenti volti ad aumentare trasparenza, sicurezza e affidabilità dei siti web che ospitano messaggi pubblicitari. Le piattaforme *online* dovrebbero fornire informazioni più specifiche e dettagliate che permettano la identificazione dei responsabili della diffusione delle *fake news* e degli Stati membri interessati.

In considerazione delle caratteristiche ontologiche del *web,* è necessaria una risposta coordinata e attiva da parte di tutti i soggetti interessati e una responsabi-

[25] L'incontro si è tenuto il 21 giugno 2018; gli *statements* degli incontri sono consultabili *online*.

[26] Si tratta di un *network* di contatto tra le autorità nazionali e europee competenti nella disciplina della regolazione nel settore digitale, di vigilanza della concorrenza e di tutela dei consumatori e di protezione dei dati.

lizzazione di tutti i settori della società affinché si garantisca libertà e trasparenza nel reperimento delle informazioni e nella loro comunicazione. È necessario un vaglio delle inserzioni pubblicitarie al fine di limitare le pratiche malevoli dei cc.dd. *clickbait*[27] e così ridurre gli introiti pubblicitari di coloro che lucrano sulla diffusione della disinformazione.

La sfida che l'Unione europea si trova a dover affrontare, non solo nell'immediato ma anche nel prosieguo, è di notevole importanza e presenta un livello di difficoltà assai elevato; ciononostante, è necessario che tutti i soggetti coinvolti lavorino sinergicamente per acquisire una maggiore resilienza contro la disinformazione e *"proseguire gli sforzi coordinati volti a salvaguardare i sistemi democratici dell'Unione"*[28].

È pertanto imprescindibile tenere adeguatamente conto del coefficiente umano nella lotta alla disinformazione educando gli utenti ad un uso consapevole della rete affinché siano già loro stessi in grado di arginare il fenomeno autotutelandosi da una pratica le cui ripercussioni nel quotidiano sono sempre più evidenti.

Abstract

Le iniziative europee contro le "fake news" e il microtargeting nell'ottica della salvaguardia del principio di democrazia

Più che di *fake news* si dovrebbe parlare di disinformazione *online,* espressione che coglie con maggiore precisione la complessità di un fenomeno che coinvolge pratiche diverse e che subisce un incremento specialmente durante i periodi elettorali ponendo a rischio la tutela dei diritti fondamentali, in particolare del principio di democrazia.

Il contributo esamina in maniera critica le iniziative promosse a livello europeo per contrastare tale fenomeno evidenziando la necessità di una risposta coordinata e attiva da parte di tutti i soggetti interessati.

Safeguarding the principle of democracy: EU against fake news and microtargeting

More than "fake news", it's appropriate to talk about online disinformation, an expression that more accurately captures the complexity of a phenomenon that involves different practices. That is increasing especially during election periods, putting at risk the protection of fundamental rights, in particular the principle of democracy.

This article critically examines the initiatives taken at European level to tackle this phenomenon, highlighting the need for a coordinated and active response from all stakeholders.

[27] Termine con il quale si indica un contenuto web avente un titolo accattivante o sensazionalistico volto ad attrarre gli utenti della rete incoraggiandoli a cliccare su un *link* per completare la lettura.

[28] Conclusioni del Consiglio europeo, 22 marzo 2019, reperibili *online*.

Sezione III

Articoli

Giandonato Caggiano*

Le recenti modifiche della legge "Salvini" su immigrazione e asilo nella prospettiva del diritto dell'Unione europea e della CEDU

Sommario: 1. Gli emendamenti e l'impatto sulla disciplina previgente. – 2. Gli orientamenti del Governo e la ratio della riforma. – 3. La riforma della protezione umanitaria. – 4. Segue: il rimpatrio delle persone che sono state private o non sono più eleggibili al permesso umanitario alla luce della CEDU. – 5. Il principio del Paese di origine sicuro e le altre procedure accelerate. – 6. Il sistema di accoglienza.

1. Il presente contributo esamina le questioni di diritto dell'immigrazione e asilo, sollevate dalla legge del 1° dicembre 2018 n. 132 c.d. "Salvini"[1]. Le riflessioni riguardano soprattutto l'inquadramento e la compatibilità delle modifiche legislative con il diritto dell'Unione europea e della CEDU mentre non vengono qui trattati i possibili profili di (in)costituzionalità[2].

La legge 132/2018, di conversione con modifiche del decreto-legge del 4 ottobre 2018 n. 113, è intitolata "Immigrazione e sicurezza" ma contiene disposizioni su varie attività amministrative o giudiziarie. Il Titolo I[3] di nostro precipuo interesse è

* Professore Ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma TRE.

1 Per una migliore comprensione è opportuno partire dal testo coordinato, con i riferimenti legislativi, v. Testo del d.l. n. 113 del 4 ottobre 2018, Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, in GURI Serie Generale n. 231 del 4 ottobre 2018, coordinato con la legge di conversione n. 132 del 1° dicembre 2018, Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Delega al Governo in materia di riordino dei ruoli e delle carriere del personale delle Forze di polizia e delle Forze armate, in GURI Serie Generale n. 281 del 3 dicembre 2018.

2 Al riguardo, vale solo la pena di ricordare che nella lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio in relazione al d.l. si sottolineava l'importanza di tener presente, oltre agli obblighi internazionali, quanto direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione.

3 I rimanenti Titoli della legge riguardano diversi aspetti della sicurezza estranei all'oggetto di questo lavoro.

articolato in un reticolo di emendamenti (in gran parte previsti nel decreto-legge, in parte aggiunti in sede di conversione) da incorporare per rinvio in tutto il complesso corpus normativo previgente.

Pertanto, la questione propedeutica allo studio del provvedimento riguarda la ricostruzione o ricerca delle versioni consolidate degli atti legislativi richiamati. La tecnica legislativa è purtroppo frequente ma qui è più faticosa del solito anche se giustificabile per la miriade di ritocchi normativi apportati. La maggior parte degli emendamenti riguarda il Testo unico dell'immigrazione (d'ora in poi: Testo unico)[4] ma molti altri sono rivolti ai decreti legislativi di attuazione delle direttive dell'Unione europea, alle leggi Martelli sul diritto d'asilo[5], sulla cittadinanza[6], sui procedimenti in materia di protezione internazionale[7]; nonché alla legge n. 47 del 7 aprile 2017 in materia di misure di protezione di minori stranieri non accompagnati[8]. Vari i decreti attuativi previsti che completeranno la disciplina su: individuazione delle zone di frontiera o di transito, istituzione di nuove sezioni dell'unità Dublino, lista dei Paesi di origine sicuri e nuove sezioni delle commissioni territoriali per velocizzare l'esame delle domande pendenti e finanziamento dei progetti di accoglienza negli Sprar (Sistemi di Protezione per i Richiedenti Asilo e i Rifugiati) da parte degli enti locali.

Nell'insieme, la novella legislativa rappresenta lo strumento *omnibus* della disciplina dell'immigrazione, asilo e frontiere esterne che, vale la pena di ricordare, a livello dell'Unione è materia di competenza condivisa ma ormai quasi totalmente occupata da norme di diritto secondario (salvo il sistema delle quote di ingresso per motivi di lavoro e le misure di integrazione).

L'impatto sull'ordinamento italiano in materia è assai rilevante. L'oggetto è la riforma della protezione internazionale e nazionale/umanitaria che costituisce attualmente l'aspetto centrale del diritto dell'immigrazione per effetto del "contagocce" dei flussi di ingresso per motivi di lavoro. La modifica forse più importante è costituita dall'abolizione del permesso per motivi umanitari (a carattere generale)[9] mentre tipizza, in sua vece, un limitato numero di "casi speciali". La novella produce altresì un impatto "anche" su molti altri aspetti giuridici: le regole per la naturalizzazione (sino alla possibilità di revoca della cittadinanza acquisita); uno status più precario dei richiedenti

[4] Legge n. 40 del 6 marzo 1998, Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, in *GURI* n. 59 del 12 marzo 1998, Supplemento Ordinario n. 40.

[5] Legge n. 39 del 28 febbraio 1990, Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 30 dicembre 1989, n. 416, recante norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato.

[6] Legge n. 91 del 5 febbraio 1992, Nuove norme sulla cittadinanza.

[7] D.l. n. 13 del 17 febbraio 2017, convertito in legge n. 46 del 13 aprile 2017, Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale in materia di protezione internazionale.

[8] Questi ultimi due atti legislativi sono già stati modificati dal d.lgs. n. 220 del 22 dicembre 2017, Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo n. 142 del 18 agosto 2015, di attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale nonché della direttiva 2013/32/UE recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale.

[9] Costituiva circa un quarto delle decisioni di riconoscimento delle Commissioni territoriali (o autonomamente del Questore). I permessi umanitari in corso sono convertibili alla scadenza in permessi per motivi di lavoro, sempre che il lavoro sia stato regolarizzato e che il datore di lavoro fornisca la relativa documentazione.

asilo; il trattamento accelerato di alcune tipologie di domande di protezione internazionale; le nuove fattispecie di rifiuto e di revoca della protezione internazionale.

Nuove modalità di gestione amministrativa e operativa riguardano il sistema di accoglienza dei richiedenti asilo e dei beneficiari di protezione internazionale. Oltre alla trasformazione delle finalità degli Sprar (strutture gestite dagli Enti locali), determinano modifiche delle strutture ricettive (tipologie, organizzazione, dislocazione e servizi offerti) nell'ottica prevalente della razionalizzazione del risparmio di spesa e dei controlli di sicurezza.

Per conservare le caratteristiche di un format di attualità, ci limiteremo agli aspetti essenziali delle novità legislative, rinviando ad altra sede per gli approfondimenti, specie su aspetti collegati al diritto e alla procedura penale, dalla detenzione amministrativa all'espulsione dello straniero irregolare, ai reati che giustificano il diniego e la revoca della protezione internazionale.

2. Il Governo italiano considera quale priorità della sua azione politica la lotta all'immigrazione clandestina e la riorganizzazione del sistema di accoglienza[10]. Vengono introdotte misure di deterrenza per i richiedenti asilo come l'accelerazione delle domande in taluni casi, fra cui la procedura di frontiera e la lista di Paesi sicuri di origine. Nelle strutture dei "punti di crisi" (*hotspot*) continuano a sussistere locali per la detenzione amministrativa.

Successivamente, si prevede che i richiedenti asilo siano collocati in strutture "controllate". Non è chiaro se, e sulla base di quali regole di rango legislativo, tali strutture siano chiuse o aperte, ma è previsto chiaramente il divieto di iscrizione all'anagrafe. In più, in mancanza di posti nelle strutture *ad hoc* (CPR), gli stranieri possono essere trattenuti in "locali a disposizione della polizia".

Per effetto del combinato disposto delle misure restrittive per i richiedenti asilo e delle difficoltà di rimpatrio degli irregolari "rimpatriandi e rimpatriabili" si stabilisce uno scenario di precarizzazione del quadro dell'immigrazione: da un lato, l'incremento degli stranieri irregolari per il presumibile aumento del rigetto delle domande di asilo; dall'altro, l'eliminazione delle misure di sostegno psicologico e integrazione linguistica, mentre viene limitata l'assistenza sociale[11].

In realtà, il Governo intende, in tutti i modi, limitare le spese sino ai limiti consentiti dagli standard minimi della direttiva-accoglienza[12], sulla base dell'assunto che solo una piccola parte dei richiedenti asilo è destinata ad ottenere il riconoscimento della protezione internazionale. Oltre alle priorità legate alla sicurezza, il convincimento del Governo è che le richieste di asilo rappresentano, nella stragrande maggioranza,

[10] Nelle indicazioni programmatiche del Governo del 6 giugno 2018, il presidente Conte, dopo aver ricordato l'importanza dell'integrazione per gli immigrati regolarmente presenti sul territorio, ha affermato: "(…) dobbiamo non solo combattere con severa determinazione le forme più odiose di sfruttamento legate al traffico di esseri umani, perpetrate da scafisti privi di scrupoli, ma anche riorganizzare e rendere efficiente il sistema dell'accoglienza, assicurando trasparenza sull'utilizzo dei fondi pubblici ed eliminando ogni forma di infiltrazione della criminalità organizzata".

[11] La tendenza generale nell'Unione è invece nel senso di anticipare l'accesso al lavoro e l'integrazione sociolinguistica, v. G. Caggiano, *Riflessioni su proto-integrazione dei richiedenti asilo e diversità culturali*, *SidiBlog*, Vol. 3, 2016, p. 97 ss.

[12] Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione). Anche nel costo giornaliero pro-capite da trentacinque a ventisei euro, costo insostenibile della vita nelle grandi città.

uno strumento per ritardare l'accertamento dell'irregolarità e il rimpatrio. Tale assunto corrisponde alla limitata possibilità di "vie di accesso legali" al territorio dell'Unione europea tramite visti umanitari o programmi di reinsediamento nonché per motivi di lavoro. Il diritto di Ginevra sui rifugiati e il diritto dell'Unione europea prescrivono che la protezione internazionale rispetti sempre la valutazione dei casi dei singoli individui.

Il fenomeno della presenza irregolare di immigrati è risalente nel tempo e frequente in tutti i continenti. Anche in Italia, almeno da quando l'immigrazione è diventata di massa. Le risposte dei diversi Governi, che si sono succeduti, hanno prodotto continue oscillazioni tra politiche di regolarizzazione, tolleranza di fatto e misure securitarie. Tuttavia, il rilancio attuale di quest'ultime trova insormontabili limiti e difficoltà di fatto. Da un lato, il ridotto funzionamento degli accordi di riammissione con i Paesi di origine esclude che si possa provvedere al rapido rimpatrio degli stranieri irregolari; dall'altro, appare irrealistico un controllo coercitivo di massa, anche solo per la mancanza di strutture adeguate di detenzione amministrativa.

Il Ministro degli interni ha riconosciuto pubblicamente che considera un buon risultato aver ottenuto, agli inizi di quest'anno, un vantaggio numerico degli stranieri espulsi sui nuovi-entranti.

3. La direttiva-rimpatri[13] non prevede un obbligo ma la facoltà per gli Stati membri di ampliare l'ambito delle forme di protezione tipiche sino ad estenderlo ai motivi "umanitari", "caritatevoli" o "di altra natura", rilasciando un permesso di soggiorno autonomo o altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare a un cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno sia irregolare (art. 6, par. 4)[14]. Tuttavia, alcune disposizioni della direttiva-rimpatri codificano i principi della CEDU come limiti alla discrezionalità dell'azione degli Stati membri.

Al momento dell'entrata in vigore della novella legislativa, la protezione umanitaria a livello nazionale era configurata dalla giurisprudenza italiana quale diritto soggettivo sottoposto alla giurisdizione ordinaria[15]. L'abrogazione del permesso (generale) per motivi umanitari salva i permessi di soggiorno "speciali" per le fattispecie di violenza o grave sfruttamento, di violenza domestica, di particolare sfruttamento lavorativo[16]. Analogo il permesso per i casi speciali non esplicitamente

[13] Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

[14] V. considerando 15 della direttiva-qualifiche in vigore: "La presente direttiva non si applica ai cittadini di Paesi terzi o agli apolidi cui è concesso di rimanere nel territorio di uno Stato membro non perché bisognosi di protezione internazionale, ma per motivi caritatevoli o umanitari riconosciuti su base discrezionale". L'art. 3, Disposizioni più favorevoli, prevede che: "Gli Stati membri hanno facoltà di introdurre o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli in ordine alla determinazione dei soggetti che possono essere considerati rifugiati o persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché in ordine alla definizione degli elementi sostanziali della protezione internazionale, purché siano compatibili con le disposizioni della presente direttiva" (direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta). V. anche sentenza del 9 novembre 2010, cause riunite C-57/09 e C-101/09, *Germania c. B. e D.*, ECLI:EU:C:2010:66.

[15] Corte di Cassazione, Sezioni unite, ord. n. 11535/2009.

[16] Già previsti rispettivamente agli articoli 18, 18-*bis* e 22, co. 12-*quater* del Testo unico.

disciplinati in precedenza (per i quali non sarebbe comunque possibile il rimpatrio): condizioni di salute di eccezionale gravità; situazioni contingenti di calamità naturale nel Paese di origine che impediscono temporaneamente il rientro dello straniero in condizioni di sicurezza[17]. È previsto anche un permesso di soggiorno umanitario a carattere premiale per atti di particolare valore civile[18].

Resta in vigore il permesso concesso per i casi di minori stranieri non accompagnati[19] e il divieto di espulsione nei confronti: degli stranieri minori di anni diciotto; degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge, di nazionalità italiana; delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio[20]. Oltre a tali fattispecie si escludono dall'allontanamento le persone che rischiano nel loro Paese di essere sottoposte a tortura, previsione ricalcata sull'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite del 1984[21].

La novella legislativa conferma invece lo strumento dell'accordo di integrazione dello straniero con lo Stato italiano, che comporta l'espulsione per la perdita dei relativi crediti, che resta in vigore per varie tipologie di permessi, ma ne esclude i richiedenti asilo e i titolari di permessi per motivi umanitari (alla scadenza). Per i richiedenti asilo, l'inizio del processo di integrazione deve così attendere, nel bene e nel male, che vi sia il riconoscimento della protezione internazionale.

La fattispecie "aperta" della protezione umanitaria riconosceva il diritto di soggiorno ed un limite all'allontanamento in svariate circostanze, dando copertura a persone in situazioni di particolare vulnerabilità. La novella legislativa contrasta con la giurisprudenza in materia, specie della Cassazione, che riteneva il permesso per motivi umanitari una forma di attuazione dell'art. 10 Cost., nonché uno strumento di bilanciamento dell'integrazione dello straniero con la tutela prevista dall'art. 8 CEDU[22].

Infatti, la Corte europea dei diritti umani ha stabilito che l'allontanamento di un migrante in situazione irregolare può violare il suo diritto alla vita privata e familiare. In linea di principio, la Corte riconosce un ampio margine di apprezzamento agli Stati contraenti sulle condizioni di ingresso, soggiorno o espulsione dei cittadini di Paesi terzi. L'art. 8 della CEDU non riconosce un diritto assoluto: può quindi essere limitato dagli Stati, purché l'interferenza sia proporzionata, necessaria in una società democratica per perseguire uno scopo legittimo, e prevista a livello legislativo (principio di legalità).

---

17 Nuovi articoli 19, co. 2, lett. d-*bis*) e 20-*bis*, inseriti nel Testo unico.

18 Nuovo art. 42-*bis* inserito nel Testo unico.

19 L'art. 19 del Testo unico continua a disporre per modifica legislativa antecedente: "1-*bis*. In nessun caso può disporsi il respingimento alla frontiera di minori stranieri non accompagnati".

20 Ivi, par. 2.

21 L'ipotesi di rischio di tortura è stata introdotta dall'art. 3 della legge n. 110 del 14 luglio 2017, nel testo dell'art. 19, par.1, co. 1, Testo unico. È interessante segnalare che nella stessa norma è codificato il principio secondo cui "(...) Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani".

22 Da ultimo, v. sentenza Cassazione Civile, sezione I, n. 4455/2018. Per commenti, v. C. Favilli, *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di cassazione n. 4455/2018*, in *Questione Giustizia*, 14 marzo 2018; P. Morozzo della Rocca, *Protezione umanitaria una e trina,* in *Questione Giustizia*, n. 2/2018; E. Castronuovo, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari dopo la sentenza della Corte di Cassazione n. 4455/2018*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2018; G. Conti, *Il criterio dell'integrazione sociale quale parametro rilevante per il riconoscimento della protezione umanitaria*, in *federalismi.it*, 29 ottobre 2018.

4. Sul piano degli obblighi internazionali, la questione più rilevante riguarda gli stranieri "rimpatriandi ma non rimpatriabili".

Com'è noto, il regime di protezione sussidiaria dell'Unione è il risultato della codificazione del divieto di *non-refoulement* (articoli 2 e 3 CEDU) per rischio di danno grave in caso di rinvio verso il Paese di origine. Come abbiamo detto, la protezione umanitaria, pur prevista in varie legislazioni nazionali, non è armonizzata a livello dell'Unione. Tuttavia, le situazioni alla base di entrambe le fattispecie devono rispettare i parametri interpretativi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

L'inamovibilità dovuta a impedimenti giuridici riguarda gli stranieri (ivi compresi i richiedenti asilo le cui domande siano state respinte) che non possano essere rimpatriati a causa del rischio di violazioni dei loro diritti umani nel Paese di origine. La situazione può verificarsi frequentemente, dal momento che l'eleggibilità alla protezione sussidiaria richiede, in modo alquanto paradossale, che la violenza sia al contempo "indiscriminata" e "individuale". Pertanto, un'interpretazione "minimalista" del riconoscimento della protezione sussidiaria può escludere molte persone, mentre l'art. 3 CEDU stabilisce un diritto assoluto e non derogabile che si applica in qualsiasi circostanza[23]. Ancora più complessa è la condizione di coloro che siano stati esclusi o abbiano subito revoca dallo *status* di protezione internazionale per aver commesso reati gravi o per rappresentare una minaccia per la sicurezza nazionale[24]. Ritenuti indegni a causa delle loro azioni (precedenti o posteriori al loro arrivo nel Paese ospitante), sono comunque protetti dal divieto di non *refoulement* dall'art. 3 CEDU che si applica indipendentemente dal comportamento del richiedente o dalla minaccia potenziale alla sicurezza nazionale.

Più complessa appare, in ogni caso, la tutela delle fattispecie di vulnerabilità e integrazione socio-familiare, sino ad oggi garantite dai permessi per protezione umanitaria, tramite una eventuale applicazione diretta dell'art. 10 Cost. da parte del giudice nazionale o tramite ricorso dell'interessato, esaurite le vie di ricorso interne, alla Corte di Strasburgo.

5. La direttiva 2013/32/UE[25] consente agli Stati membri di applicare specifiche norme procedurali, se il richiedente è cittadino di un Paese che è stato designato come Paese di origine sicuro nel diritto nazionale[26]. La direttiva-procedure in vigore non prevede l'armonizzazione a livello dell'Unione delle liste nazionali dei Paesi

[23] Secondo l'art. 5 della direttiva 2011/95/UE il bisogno di protezione internazionale può sorgere anche fuori dal Paese d'origine ("*sur place*"). Nel recepire la precedente direttiva 2004/83/CE, il legislatore italiano nell'art. 4, d.lgs. n. 251/2007 non si è avvalso della facoltà riconosciuta agli Stati membri, al co. 3, di escludere la protezione sussidiaria, se il rischio di persecuzione future o di danni gravi nel Paese di origine si basi su circostanze determinate dal richiedente dopo la partenza.

[24] Articolo 1F della Convenzione di Ginevra e articoli 12 e 14 della direttiva-qualifiche.

[25] Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale.

[26] Le ipotesi previste sono le seguenti: quando le questioni sollevate non riguardino il riconoscimento della qualifica, l'origine da un Paese di sicuro; informazioni, omissioni o documenti falsi; distruzione di documento d'identità; dichiarazioni incoerenti, contraddittorie, false o improbabili sul Paese di origine, domanda reiterata inammissibile; lo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione di una decisione anteriore o imminente; ingresso illegale e mancata comparizione presso le autorità o mancata presentazione di domanda; rifiuto di adempiere all'obbligo del rilievo dattiloscopico (Eurodac ai fini di Dublino); gravi ragioni, che inducano a considerare il soggetto un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico

sicuri. Solo alcuni Stati membri hanno adottato elenchi nazionali di Paesi di origine sicuri che, peraltro, presentano divergenze, derivanti da diverse valutazioni della situazione di taluni Paesi terzi o dalla natura dei flussi verso ciascuno Stato membro. La designazione di un Paese di origine sicuro può essere fatta con l'eccezione di parti del territorio o di categorie di persone, salvo che il richiedente non riesca a dimostrare che la classificazione di Paese sicuro non corrisponde alla propria situazione particolare[27]. In sostanza, la presunzione di sicurezza ha carattere relativo e può essere invertita, ma l'onere della prova non può passare interamente al ricorrente. Al riguardo esistono attualmente solo elenchi dei singoli Stati membri. La riforma del regolamento-asilo del 2016[28], ancora in discussione, propone l'armonizzazione a livello europeo dell'elenco dei Paesi sicuri[29].

In sede di conversione in legge del decreto (tramite un voto di fiducia sul maxiemendamento), la novella legislativa ha introdotto il concetto di "Paese terzo sicuro di origine del richiedente asilo" e la "procedura di frontiera" che consente di alleggerire la procedura di valutazione della domanda di asilo. La lista dei Paesi appartenenti a questa categoria sarà decisa a livello nazionale tramite designazione effettuata tramite un decreto interministeriale e dunque senza base legislativa[30]. La provenienza da uno Stato-terzo così definito è motivo sufficiente per dichiarare manifestamente infondata la domanda di protezione internazionale[31]. L'ipotesi del Paese di origine sicuro, in cui gli Stati membri hanno la facoltà di applicare procedure accelerate[32], è quella che ha certamente maggior impatto riduttivo della procedura di riconoscimento della protezione internazionale nella valutazione delle Commissioni territoriali.

È impossibile prevedere quali saranno i Paesi di origine sicuri designati a livello amministrativo, ma le valutazioni dovranno essere prese con il soccorso di tutte le fonti qualificate, senza considerazioni sulla convenienza statistica di designare una

dello Stato membro, o precedente espulsione con efficacia esecutiva per gravi motivi di sicurezza o di ordine pubblico a norma del diritto nazionale (art. 31, par. 8, direttiva-procedure).

27 La decisione di inammissibilità che dichiara la domanda manifestamente non fondata "è motivata dando atto esclusivamente che il richiedente non ha dimostrato la sussistenza di gravi motivi per ritenere non sicuro il Paese designato di origine sicuro in relazione alla situazione particolare del richiedente stesso".

28 La proposta di regolamento-procedure ha assorbito quella precedente, COM(2015)452 def., del 9 settembre 2015, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un elenco comune dell'UE di paesi di origine sicuri (…). Secondo la proposta, tale elenco comune dovrebbe comprendere i Paesi dei Balcani occidentali e la Turchia.

29 V. PE A8-0171/2018, relatrice Laura Ferrara, 22 maggio 2018.

30 Art. 7-*bis* del decreto convertito da inserire nel d.lgs. n. 25 del 28 gennaio 2008.

31 La direttiva-procedure in vigore contiene anche norme relative alle domande di protezione internazionale da parte di richiedenti provenienti da altre categorie di Paesi (Paesi terzi sicuri di asilo, Paesi terzi sicuri, Paesi europei sicuri, Paesi europei super-sicuri) che consentono di esternalizzare le procedure per il riconoscimento della protezione internazionale verso i Paesi di provenienza (e non di origine) delle persone interessate.

32 Art. 28-*ter*: "1. La domanda è considerata manifestamente infondata (…), quando (…): (…) b) il richiedente proviene da un Paese designato di origine sicuro ai sensi dell'articolo 2-*bis* (…)". L'art. 33 della direttiva-procedure recita: "Gli Stati membri non sono tenuti ad esaminare se al richiedente sia attribuibile la qualifica di beneficiario di protezione internazionale a norma della direttiva 2011/95/UE, qualora la domanda sia giudicata inammissibile (…)". Per una trattazione più estesa, v. G. Caggiano, *Alla ricerca di un nuovo equilibrio istituzionale per la gestione degli esodi di massa, dinamiche intergovernative, condivisione delle responsabilità fra gli Stati membri e tutela dei diritti degli individui,* in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 459 ss., spec. p. 479 ss. e bibliografia ivi citata.

nazionalità o un'altra. I richiedenti asilo che presentano domanda in Italia sono provenienti prevalentemente dall'Africa sub-sahariana, dal Corno d'Africa e, in misura minore, dalla sponda Sud del Mediterraneo[33]. L'adozione di una lista non dovrebbe comunque privare, in linea di principio, un richiedente protezione internazionale del diritto a ricevere una valutazione individuale[34]. Tuttavia, comporta rischi evidenti di trattamento superficiale delle domande, specialmente se presentate da membri di minoranze nazionali/etniche/per orientamento sessuale.

In varie ipotesi di reiterazione della domanda di protezione internazionale, la novella legislativa ha introdotto la possibilità di derogare al diritto del richiedente asilo di restare nel territorio, durante l'esame della domanda. Nell'ipotesi di presentazione di una prima domanda reiterata nella fase di esecuzione di un provvedimento di espulsione o di respingimento, al solo scopo di ritardarne o impedirne l'esecuzione, la domanda si considera inammissibile e non si procede all'esame della stessa[35]. Nell'ulteriore ipotesi di reiterazione, dopo una precedente decisione negativa senza addurre nuovi elementi, la Questura provvede senza ritardo alla trasmissione della documentazione necessaria alla Commissione territoriale che adotta la decisione in tempi brevi (cinque giorni).

La novella legislativa introduce anche nel nostro ordinamento una procedura accelerata da svolgere direttamente in frontiera o nelle zone di transito, ipotesi non prevista in precedenza[36]. Il richiedente è tenuto a presentare la domanda di protezione internazionale dopo essere stato fermato per avere eluso o tentato di eludere i relativi controlli. A tal fine, un successivo decreto del Ministero dell'Interno individuerà le frontiere presso cui potrà essere svolta tale procedura e istituire ulteriori cinque sezioni delle Commissioni territoriali (quanti sono gli *hotspot* oggi in funzione). La procedura in parola indebolisce le garanzie per il richiedente, anche in considerazione del fatto che per il trattenimento non è prevista una durata massima.

Nel diritto dell'Unione, la procedura accelerata, con eventuali esiti di decisioni di inammissibilità, è prevista anche nell'ipotesi in cui il richiedente presenti la domanda di protezione internazionale alla frontiera o nelle zone di transito[37]. La facoltà di

---

[33] Infatti, le richieste di asilo presentate nel nostro Paese dalle principali nazionalità di origine dei flussi verso l'Unione (Siria, Afghanistan, Iraq, Albania e Pakistan) che potrebbero transitare in un Paese terzo sicuro sono solo una quota marginale del totale delle domande di asilo. Prevalgono gli stranieri provenienti da paesi dall'Africa sub-sahariana, quali Nigeria, Gambia, Mali, Senegal, Sudan o del Corno d'Africa, quali Somalia ed Eritrea che per motivi geopolitici transitano attraverso Paesi sicuri. Non corrisponde certo alla definizione di Paese terzo sicuro la situazione dei diritti fondamentali in Libia, Egitto o Tunisia.

[34] La direttiva-procedure al 42° considerando ricorda che "[l]a designazione di un (…) Paese di origine sicuro (…) non può stabilire una garanzia assoluta di sicurezza per i cittadini di tale Paese" e che "quando un richiedente dimostra che vi sono validi motivi per non ritenere sicuro tale Paese per la sua situazione particolare, la designazione del Paese come sicuro non può più applicarsi al suo caso".

[35] L'art. 9 della legge 132/2018 (che introduce i nuovi articoli 28-*bis*, 29-*bis*, commi 1-*bis*, 1-*ter* 1-*quater* al d.lgs. 25 del 2008) prevede ulteriori deroghe al diritto di permanenza sul territorio nazionale durante l'esame della domanda di protezione internazionale. Art. 9 lett. b) del d.l. n. 113/2018 e nuovo comma dell'art. 28-*bis* del d.lgs. n. 25/2008.

[36] Modifica introdotta nell'art. 28-*bis* d.lgs. n. 25/2008.

[37] A tal fine, un successivo decreto del Ministro dell'Interno individuerà le frontiere presso cui potrà essere svolta tale procedura. Considerato che la novella prevede di istituire fino a cinque sezioni *ad hoc* delle Commissioni Territoriali, si può prevedere che ciò avverrà nei punti di crisi (*hotspot*) che, ad oggi, sono operanti in egual numero.

istituire una procedura accelerata di frontiera (o nelle immediate vicinanze, quando vi siano afflussi di massa straordinari) è prevista nella direttiva-procedure (art. 43)[38]. La direttiva-procedure stabilisce che la decisione sia presa entro un termine ragionevole (sino ad un termine massimo di quattro settimane). In caso contrario, il richiedente è ammesso nel territorio dello Stato membro, dove potrà accedere alle procedure ordinarie e speciali. La direttiva UE prevede che l'esame in frontiera non sia uno strumento ordinario per tutti gli ingressi illegali e che, se non sia concluso entro trenta giorni, la domanda debba essere inviata alle commissioni ordinarie consentendo l'ingresso sul territorio nello Stato membro (art. 43, par. 2).

Peraltro, la direttiva 2013/32/UE consente che la procedura di esame della domanda sia accelerata e/o svolta alla frontiera o in zone di transito solo quando il richiedente sia entrato illegalmente nel territorio dello Stato e, senza un valido motivo, non abbia presentato la domanda di protezione internazionale il prima possibile rispetto alle circostanze concrete del suo ingresso (art. 31, par. 8, lett. h).

Inoltre, la medesima direttiva non prevede non prevede una automatica violazione all'atto dell'attraversamento della frontiera che potrebbe essere stato effettuato con l'intenzione dello straniero di volersi presentare quanto prima alle autorità per chiedere protezione. La disposizione stabilisce una rigorosa verifica della situazione concreta, caso per caso, in cui si trova lo straniero che viene fermato alla frontiera. Diversa la norma della direttiva che consente agli Stati membri di prevedere una procedura accelerata svolta in frontiera quando il richiedente "presenta la domanda al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione di una decisione anteriore o imminente che ne comporterebbe l'allontanamento" (art. 31, par. 8, lett. g).

6. La novella legislativa riforma il quadro giuridico dell'accoglienza[39] nell'intento di ridurne ambiti e costi[40]. Anche il nuovo capitolato del 7 novembre 2018 per la gestione dei centri di permanenza temporanea e assistenza e per i centri di accoglienza[41] sostiene che sono assicurati "tutti i servizi previsti dalle direttive europee per garantire la dignità della persona umana", ossia l'insieme dei servizi di assistenza primaria alla persona. Tuttavia, non si prevede alcuna misura rispondente al principio dell'inserimento sociale: corsi di lingua italiana, assistenza psicologica (che rientra nell'assistenza primaria per i richiedenti traumatizzati da torture e trattamenti disumani), corsi di formazione per un primo inserimento sociale. Sono molto limitati i servizi di assistenza sociale.

[38] Le condizioni dell'accoglienza per i richiedenti protezione internazionale sono disciplinate dalla direttiva-accoglienza 2013/33/UE recepita dal d.lgs. n. 142/2015, modificato successivamente dalla legge Minniti e dalla legge n. 47/2017 sui minori stranieri non accompagnati, entrambe riviste dal d. lgs. n. 220/2017.

[39] V. Ministero dell'Interno, Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, Capitolato di appalto per la gestione dei centri di permanenza temporanea e assistenza e per i centri di accoglienza, cit.

[40] Si tratta in realtà di aumentare il rispetto del regolamento Eurodac, che per lungo tempo era stato poco attuato in Italia, v. COM(2015)240 def., del 13 maggio 2015, Agenda europea sulla migrazione; COM(2015)490 def., del 23 settembre 2015, Gestire la crisi dei rifugiati: misure operative, finanziarie e giuridiche immediate nel quadro dell'agenda europea sulla migrazione.

[41] Regolamento (UE) n. 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2016, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea che modifica il regolamento (UE) n. 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio e abroga il regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio e la decisione 2005/267/CE del Consiglio.

Il sistema italiano di accoglienza include, come aspetto propedeutico, la fase di identificazione dei profughi che sbarcano via mare per evitare i movimenti secondari in altri Stati membri. L'approccio di *soft-law* per i Paesi della frontiera esterna, contenuto nella comunicazione sull'Agenda europea sull'immigrazione[42], è ora disciplinato dal Regolamento (UE) n. 2016/1624 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea. Ma già in precedenza, nel momento di massima crisi dei flussi migratori, consisteva in un impegno del Governo italiano con la Commissione (e gli Stati membri di destinazione privilegiata dei profughi). L'effettività della registrazione obbligatoria dei nuovi arrivi (secondo il regolamento Eurodac) era una contropartita del meccanismo di ricollocazione biennale, vale a dire della ripartizione pro-quota fra gli Stati membri dei richiedenti asilo (oggi terminata)[43].

La previsione dei "punti di crisi" (*hotspot*) ha assunto una base legale soltanto dalla legge Minniti del 2017, senza prevedere una disciplina delle attività ivi svolte[44]. La novella legislativa continua a non chiarire, come in precedenza, l'organizzazione e le condizioni degli stranieri ivi ospitati. Il trattenimento implica una restrizione della libertà affidata esclusivamente all'autorità di polizia. La legge non indica se si tratta di centri aperti o chiusi e le restrizioni della libertà di movimento delle persone ivi collocate sono regolate solo da circolari[45]. Con la conseguenza che la libertà personale dello straniero, nelle prime fasi dopo gli sbarchi, rimarrà affidata alla libera discrezionalità delle forze di polizia. In violazione del diritto all'*habeas corpus* degli articoli 5 CEDU e 13 Cost.

I centri di prima accoglienza hanno la funzione di completare l'identificazione dello straniero, la verbalizzazione e l'avvio della domanda di asilo, l'accertamento delle condizioni di salute e la sussistenza di eventuali situazioni di vulnerabilità che comportino speciali misure di assistenza[46]. Si tratta dei centri governativi istituiti nel 2015[47] e di quelli preesistenti[48]. Alla fase di soccorso e prima

[42] Art. 10 *ter* Testo unico: Disposizioni per l'identificazione dei cittadini stranieri rintracciati in posizione di irregolarità sul territorio nazionale o soccorsi nel corso di operazioni di salvataggio in mare. L'articolo è stato inserito dall'art. 17 del d.l. n. 13 del 17 febbraio 2017, convertito dalla legge n. 46 del 13 aprile 2017.

[43] In relazione all'*hotspot* di Lampedusa, la sentenza della Corte EDU (Grande Camera), del 15 dicembre 2016, *Khlaifia*, ECLI:CE:ECHR:2016:1215JUD001648312, ha condannato l'Italia (per fatti risalenti al 2011) per violazione dell'art. 5 CEDU, sottolineando come i Centri fossero luoghi di detenzione, nei quali gli stranieri erano privati della libertà senza alcuna base legale e senza la possibilità di fare ricorso all'autorità giudiziaria. V. A. Giliberto, *La pronuncia della Grande Camera della Corte EDU sui trattenimenti (e i conseguenti respingimenti) di Lampedusa del 2011*, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 dicembre 2016, disponibile *online*.

[44] Inserita in art. 10 *ter* del Testo Unico. La disciplina delle attività "punti di crisi" è fissata da una serie di circolari: v., in particolare, la circolare del Ministero dell'Interno (*Road Map*) del 28 settembre 2015, su cui v. S. Penasa, *L'approccio 'hotspot' nella gestione delle migrazioni: quando la forma (delle fonti) diviene sostanza (delle garanzie). Efficientismo e garantismo delle recenti politiche migratorie in prospettiva multilivello*, in *Rivista AIC*, 2/2017, disponibile *online*.

[45] Previsti dal d.lgs. n. 142/2015 sulla base della programmazione dei tavoli di coordinamento nazionale e interregionali (art. 9).

[46] Centri di Accoglienza per i Richiedenti Asilo (CARA), Centri di Accoglienza (CDA) e Centri di Accoglienza Straordinaria (CAS), individuati dalle prefetture e dagli uffici territoriali del Governo, previo parere dell'ente locale nel cui territorio è situata la struttura (secondo le procedure di affidamento dei contratti pubblici).

[47] Tali centri sostituiscono, in linea di principio, i Centri di Accoglienza per i Richiedenti Asilo (CARA) e i Centri di Accoglienza (CDA), che sono stati in teoria soppressi ma che continuano a svolgere le loro attività.

[48] Art. 9 d.lgs. n. 142/2015.

assistenza segue l'attività di accoglienza vera e propria. Per la permanenza breve, le attività hanno luogo negli appositi Centri di Prima Accoglienza (CPA) o Centri di Primo Soccorso e Accoglienza (CPSA)[49]. Il richiedente asilo deve chiedere di essere accolto in una struttura per poter accedere alle misure di accoglienza. In teoria, potrebbe restare fuori dal sistema (se non trattenuto) ma sarebbe privato delle misure di sostegno economico previste dalla direttiva-accoglienza.

Per quanto riguarda l'accoglienza a medio termine, i richiedenti asilo non possono più accedere agli Sprar che dispensano i servizi predisposti dalla rete degli enti locali[50]. Potranno essere accolti solo nei centri governativi di prima accoglienza; ad es. potranno essere destinati ai CAS (centri di accoglienza straordinaria), strutture gestite da associazioni o cooperative private, che difettano di copertura legale e giurisdizionale sulle restrizioni della libertà di movimento. Sono luoghi affidati alla discrezionalità dell'Amministrazione che spesso rappresentano un luogo di reclutamento di mano d'opera illegale.

Il diritto dell'Unione dispone che gli Stati membri provvedano alle condizioni materiali di accoglienza assicurando un'adeguata qualità di vita che garantisca il sostentamento dei richiedenti e ne tuteli la salute fisica e mentale. La direttiva-accoglienza 2013/33/UE dispone che qualora gli Stati membri forniscano le condizioni materiali di accoglienza in forma di sussidi economici o buoni, l'ammontare dei medesimi è fissato sulla base del livello o dei livelli stabiliti dallo Stato membro interessato, secondo la legge o la prassi, in modo da garantire una qualità di vita adeguata ai propri cittadini (art. 17, par. 5). La direttiva evidenzia che la legittima scelta da parte degli Stati di fornire l'accoglienza presso le apposite strutture non può essere intesa come un'alternativa per fornire servizi di accoglienza con *standard* inadeguati (art.18).

La novella delinea un sistema di prima accoglienza emergenziale che, privato della prospettiva del passaggio in un Sprar, non sembra conforme alla direttiva-accoglienza, la quale dispone (art. 18, par. 9) che solo in casi debitamente giustificati gli Stati membri possono stabilire in via eccezionale modalità relative alle condizioni materiali di accoglienza diverse da quelle previste nel citato articolo, per un periodo ragionevole e di durata più breve possibile. La mancata previsione di accoglienza specifica dei richiedenti asilo vulnerabili che potrebbero essere accolti soltanto nei servizi speciali all'interno degli appositi centri per le vittime di tratta, ovvero dei centri governativi di prima accoglienza, configura una possibile violazione della direttiva-accoglienza (articoli 21 e 22).

Infine, oltre ai Centri di Permanenza per il Rimpatrio (CPR ex CIE), la novella legislativa prevede una nuova forma di trattenimento. Lo straniero espulso, in attesa

[49] La novella legislativa ha stabilito che d'ora in poi solo i titolari di protezione internazionale e i minori non accompagnati possono accedervi.

[50] D.lgs. n. 251 del 19 novembre 2007, Attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta; d.lgs. n. 25 del 28 gennaio 2008, Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato; d.lgs. n. 142 del 18 agosto 2015, Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale.

della definizione del procedimento di convalida, può essere trattenuto nelle ipotesi di indisponibilità di posti nei centri di permanenza per il rimpatrio o in quelli ubicati nel circondario del Tribunale competente. Tale modifica appare in contrasto con la direttiva-rimpatri che chiede di definire in modo chiaro i possibili luoghi di trattenimento (art. 16). Oltre all'indeterminatezza dei luoghi del trattenimento e all'assenza di una precisa definizione del concetto di "idoneità" degli stessi, la nuova disciplina non dà indicazione circa l'estensione delle garanzie ivi applicabili.

Abstract

Le recenti modifiche della legge "Salvini" su immigrazione e asilo nella prospettiva del diritto dell'Unione europea e della CEDU

L'articolo considera gli obiettivi e il contenuto della riforma legislativa; in che modo l'attuazione della nuova legge influisce sull'accoglienza dei richiedenti asilo, in particolare sulla mancanza di protezione per i beneficiari di permessi umanitari; l'introduzione del meccanismo del paese di origine sicuro e la procedura di frontiera accelerata. Il permesso di soggiorno umanitario aveva integrato la protezione internazionale nelle finalità dell'art.10 par. 3 della Costituzione. In ogni caso, l'attuazione degli articoli 3 e 8 della Convenzione europea copre diverse circostanze che impediscono trasferimenti forzati anche se non vi sono prove sufficienti dell'esistenza di un rischio individuale di persecuzione. Tuttavia, il divieto di rimpatrio di persone che sono state private o che non hanno più diritto all'autorizzazione umanitaria resta ancora necessario alla luce della CEDU. In generale, le modifiche al sistema di accoglienza sembrano essere in contrasto con la direttiva sulle condizioni di accoglienza. La legge abroga la possibilità per i richiedenti asilo di accedere all'accoglienza prevista dal Sistema di protezione dei richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR).

The Recent Changes to the Italian Immigration and Asylum Legislation by the "Salvini" Law. The Question of Compatibility with European Union and ECHR Law

The article considers the aims and the content of the legislative reform; how the implementation of the new law affects the rights of asylum seekers, specially because of the lack of protection for the beneficiaries of humanitarian permits; the introduction of safe country of origin mechanism and accelerated border procedure. Humanitarian residence permit complements international protection within the meaning of article 10 par. 3 of the Constitution. In any case, the implementation of articles 3 and 8 of the European Convention covers several circumstances emerging from forced displacement where there was no sufficient evidence of an individual risk of persecution. The prohibition of repatriation of people who have been deprived or are no longer eligible for humanitarian permission is still needed in the light of the ECHR. Some new provisions seem to be in contrast with the Reception Conditions Directive. The law abrogates the possibility for asylum seekers to access reception provided under the System for the Protection of Asylum Seekers and Refugees (SPRAR).

Simone Marinai*

La litispendenza in materia di controversie matrimoniali nello spazio giudiziario europeo**

Sommario: 1. La norma sulla litispendenza contenuta nel regolamento Bruxelles II-*bis*. – 2. Vera e "falsa" litispendenza. – 3. La violazione, da parte del giudice prevenuto, del meccanismo di coordinamento tra azioni parallele. – 4. L'adozione del regolamento Bruxelles II-*ter*: un'occasione perduta per un ripensamento della norma sulla litispendenza in materia di controversie matrimoniali? – 5. Considerazioni conclusive.

1. Il regolamento Bruxelles II-*bis* riconosce ai coniugi, in materia di controversie matrimoniali, un'ampia scelta tra diversi criteri di giurisdizione[1]. Da ciò deriva, per le parti, la possibilità di instaurare contemporaneamente, di fronte alle autorità giudiziarie di più Stati membri, giudizi aventi lo stesso oggetto e lo stesso titolo (o anche solo connessi). Motivi di convenienza possono infatti spingere ciascuno dei coniugi a rivolgersi al giudice di fronte al quale ritenga di poter avere maggiori vantaggi ed una maggiore probabilità di accoglimento delle proprie pretese.

Il *forum shopping* all'interno dello spazio giudiziario europeo è stato solo parzialmente attenuato dopo che le regole sui conflitti di leggi in materia di controversie matrimoniali sono state uniformate mediante il regolamento Roma III[2]. Bisogna

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Pisa.

** Il presente contributo è destinato alla pubblicazione nel *Liber amicorum* per il Prof. Massimo Panebianco.

1 V. art. 3 del regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000.

2 V. regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. Tra i numerosi commenti al regolamento, v. K. Boele-Woelki, *For Better or for Worse: The Europeanization of International Divorce Law*, in *Yearbook of Private International Law*, 2010, p. 1 ss.; B. Campuzano Díaz, *Uniform conflict of law rules on divorce and legal separation via enhanced cooperation*, in B. Campuzano Díaz, M. Czepelak, A. Rodríguez Benot, M. A. Rodríguez Vázquez (eds.), *Latest developments in EU Private International Law*, Cambridge, 2011, p. 23 ss.; P. Franzina, *The Law Applicable to Divorce and Legal Separation under Regulation (EU) No. 1259/*2010 *of 20 December 2010*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, p. 85 ss.; P. Hammje, *Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en* œuvre *une coopéeration renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps*, in *Revue critique de droit international privé*, 2011, p. 291 ss.; I. Ottaviano, *La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile*

tener conto, infatti, che quest'ultimo strumento è stato adottato nell'ambito di una cooperazione rafforzata alla quale, ad oggi, non partecipano tutti gli Stati membri dell'Unione[3]. Gli Stati che non hanno aderito alla cooperazione in questione, dunque, mantengono autonome norme di conflitto in materia e, di conseguenza, possono rappresentare mete gradite per l'instaurazione di una controversia matrimoniale nella misura in cui individuino quale legge applicabile una normativa ritenuta particolarmente favorevole per il perseguimento degli obiettivi che la parte che agisce in giudizio mira a realizzare. A ciò si aggiunga, poi, che neppure l'uniformazione delle norme di conflitto per gli Stati membri che partecipano alla cooperazione rafforzata è un elemento idoneo ad eliminare in radice il fenomeno del *forum shopping*. Ciascuno dei coniugi, infatti, a prescindere dalla legge applicabile, potrà essere influenzato, nella scelta dello Stato membro in cui instaurare la controversia, anche da altre considerazioni quali, ad es., quelle relative alla maggiore vicinanza del foro, alla maggiore conoscibilità dell'ordinamento del giudice adito o, ancora, dalla consapevolezza di poter godere di maggiori vantaggi di carattere processuale.

Tenendo conto dell'esigenza di coordinare le azioni che ciascun coniuge può proporre di fronte a giudici di Stati membri diversi, l'art. 19 del regolamento Bruxelles II-*bis* detta norme in materia di litispendenza[4]. Mediante tali norme si intende perseguire, nell'interesse di una buona amministrazione della giustizia nell'ambito dell'Unione, l'obiettivo di evitare che davanti a giudici di diversi Stati membri vengano instaurati procedimenti paralleli, con il conseguente rischio di ottenere decisioni inconciliabili sulle stesse questioni. L'obiettivo in questione, già indicato nella relazione Borrás elaborata al momento dell'adozione della c.d. Convenzione Bruxelles II[5], è stato poi ribadito nella giurisprudenza della Corte di giustizia nelle fin qui poche occasioni in cui la stessa ha avuto modo di occuparsi dell'interpreta-

a separazioni e divorzi transnazionali, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 113 ss.; I. Viarengo, *La legge applicabile al divorzio nel regolamento c.d. "Roma III"*, in A. Cagnazzo, F. Preite, V. Tagliaferro (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia*, IV, Milano, 2015, p. 799 ss..

[3] Ad oggi, hanno aderito alla cooperazione rafforzata attuata mediante il regolamento Roma III i seguenti 17 Stati membri dell'Unione: Austria, Belgio, Bulgaria, Estonia, Francia, Germania, Grecia, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Portogallo, Romania, Slovenia, Spagna e Ungheria.

[4] A commento della norma in questione, v. P. Mankowski, *Article 19*, in U. Magnus, P. Mankowski (eds.), *Brussels II bis Regulation*, Munich, 2012, p. 220 ss.

[5] V. relazione esplicativa relativa alla Convenzione stabilita sulla base dell'articolo K.3 del Trattato sull'Unione europea concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni nelle cause matrimoniali (testo approvato dal Consiglio il 28 maggio 1998), elaborata dalla Prof.ssa Alegría Borrás, in *GUCE* C 221 del 17 luglio 1998, p. 27 ss. e spec. par. 52. La Convenzione in questione (c.d. Bruxelles II) è poi servita da modello per la successiva redazione del regolamento Bruxelles II (n. 1347/2000) e, quindi, del regolamento Bruxelles II-*bis* (n. 2201/2003). Con specifico riferimento alla disciplina della litispendenza, l'art. 11 della Convenzione Bruxelles II è stato ripreso dall'art. 11 del regolamento Bruxelles II e, successivamente, sia pur con alcune modifiche, dall'art. 19 del regolamento Bruxelles II-*bis*. Maggiori sono invece le modifiche apportate alla norma sulla litispendenza contenuta nell'art. 20 del regolamento Bruxelles II-*ter* (n. 2019/1111, che sarà applicabile a partire dal 1° agosto 2022); si tratta, peraltro, di modifiche riguardanti essenzialmente la litispendenza tra procedimenti in materia di responsabilità genitoriale e, in quanto tali, non rappresentano l'oggetto principale del presente contributo.

zione della norma sulla litispendenza contenuta nel regolamento Bruxelles II o nel successivo Bruxelles II-*bis*[6].

La stessa norma sulla litispendenza, essendo essenzialmente basata sul criterio della prevenzione ("l'autorità giurisdizionale successivamente adita sospende d'ufficio il procedimento finché non sia stata accertata la competenza dall'autorità giurisdizionale preventivamente adita"), produce inevitabilmente l'effetto di incentivare il fenomeno noto come *rush to court*[7]. Ciascun coniuge, cioè, può essere spinto ad affrettare i tempi ed a ricorrere per primo all'autorità giudiziaria visto che, così facendo, proprio in virtù dell'operatività della norma sulla litispendenza, sarà in grado di precludere all'altro coniuge la possibilità di ottenere dall'autorità giudiziaria di un diverso Stato membro una decisione sulla medesima controversia. Ai sensi dell'art. 19, par. 3 del regolamento Bruxelles II-*bis*, infatti, "Quando la competenza dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita è stata accertata, l'autorità giurisdizionale successivamente adita dichiara la propria incompetenza" a favore della prima.

Il rilievo che la norma sulla litispendenza assume nell'ambito di uno spazio giudiziario, che mira ad essere realmente integrato, è particolarmente significativo in materia di famiglia. La mancanza di un efficiente meccanismo di coordinamento tra procedimenti paralleli, instaurati in diversi Stati membri, rischierebbe infatti di condurre a sentenze contrastanti che potrebbero portare alla creazione di *status* divergenti in capo ai coniugi. Lo stesso individuo, cioè, rischierebbe di essere considerato come ancora coniugato per uno Stato membro e, al contempo, con stato libero a seguito di scioglimento o annullamento del matrimonio in un altro Stato membro, oppure ancora, in regime di separazione coniugale. Una situazione simile, tra l'altro, sarebbe suscettibile di produrre un concreto ostacolo alla libertà di circolazione tra gli Stati membri[8].

2. Presupposto per l'operatività della norma sulla litispendenza prevista in materia di controversie matrimoniali dal regolamento Bruxelles II-*bis* è che "dinanzi a autorità giurisdizionali di Stati membri diverse e tra le stesse parti siano state pro-

[6] V., ad es., sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 2010, causa C-296/10, *Purrucker*, ECLI:EU:C:2010:665, punto 64; del 6 ottobre 2015, causa C-489/14, *A c. B.*, ECLI:EU:C:2015:654, punto 29; del 16 gennaio 2019, causa C-386/17, *Liberato*, ECLI:EU:C:2019:24, punto 43.

[7] Di tale effetto è consapevole anche la Corte di giustizia la quale, peraltro, nella sentenza del 16 luglio 2019, causa C-168/08, *Hadadi*, ECLI:EU:C:2009:474, punto 57, afferma che, se è pur vero che la previsione, da parte del regolamento Bruxelles II-*bis*, di una pluralità di fori dotati di giurisdizione può indurre i coniugi ad adire rapidamente l'autorità giudiziaria dello Stato membro in cui è possibile sperare di usufruire dei vantaggi derivanti dal diritto sostanziale in materia di divorzio, applicabile secondo le norme internazionalprivatistiche del foro, tale circostanza non può di per sé comportare che la scelta compiuta da parte di tale coniuge debba essere considerata abusiva. A commento della pronuncia, v. P. Lagarde, *L'application du règlement Bruxelles II bis en cas de double nationalité*, in *Revue trimestrielle de droit européenne*, 2010, p. 769; P. Maestre Casas, *Doble nacionalidad y* forum patriae *en divorcios internacionales (notas a la STJUE de 16 de Julio 2009,* Hadadi*, AS. C-168/08)*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, p. 290 ss.

[8] V. Sull'impatto che situazioni giuridiche soggettive "claudicanti" in materia di *status* personali e familiari possono avere sulla libertà di circolazione delle persone all'interno dell'Unione europea, v. R. Baratta, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, 2006, p. 213 ss.

poste domande di divorzio, separazione personale dei coniugi e annullamento del matrimonio"[9].

Se, quindi, viene richiesta l'identità di parti, non è invece necessario che le due controversie instaurate di fronte a giudici di Stati membri diversi abbiano stesso oggetto e stesso titolo. A tale conclusione è possibile giungere mettendo a confronto le previsioni contenute nel par. 1 e nel par. 2 dell'art. 19 del regolamento Bruxelles II-*bis*. Solo il par. 2, dedicato alle controversie in materia di responsabilità genitoriale, limita esplicitamente il meccanismo di coordinamento all'ipotesi in cui i giudizi pendenti nei due diversi Stati membri abbiano il medesimo oggetto e il medesimo titolo. Il par. 1 della norma in questione, che come anticipato disciplina il meccanismo di coordinamento dei giudizi aventi ad oggetto controversie matrimoniali, richiede invece quale presupposto che di fronte a giudici di Stati membri diversi siano contemporaneamente instaurati procedimenti tra le stesse parti e relativi a domande di divorzio, separazione personale dei coniugi e annullamento del matrimonio. Il meccanismo che impone al giudice prevenuto di sospendere il proprio procedimento ben potrebbe funzionare, quindi, quando ad esempio di fronte al giudice di un primo Stato membro un coniuge introduca una causa volta ad ottenere la separazione giudiziale, mentre di fronte al giudice di un secondo Stato membro l'altro coniuge instauri un giudizio volto ad ottenere una pronuncia di divorzio o di annullamento del matrimonio[10].

Visto che il meccanismo di coordinamento non opera soltanto in caso di vera e propria litispendenza (che ricorre quando i due procedimenti hanno stesso oggetto e stesso titolo), è stato da più parti sottolineato che la norma in commento è in grado di applicarsi anche ai casi di "falsa" litispendenza[11]. In proposito, la relazione

[9] V. art. 19, par. 1, del regolamento Bruxelles II-*bis*.

[10] Tale conclusione è stata confermata dalla prassi giurisprudenziale che si è sviluppata in merito all'applicazione dell'art. 19 del regolamento Bruxelles II-*bis*. La nozione ampia di litispendenza accolta da tale disposizione è stata ad esempio confermata dalla Corte di giustizia, sentenza *A* c. *B*, punto 33. Nella giurisprudenza italiana, la soluzione in questione è stata confermata ad esempio da Tribunale di Belluno, sentenza del 23 dicembre 2009, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, p. 1889 e in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 727 ss.; Corte d'Appello di Perugia, sentenza del 10 marzo 2011, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, p. 153 ss.; Tribunale di Milano, Sez. IX, ordinanza del 24 febbraio 2017, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, p. 1110 ss.. A commento di quest'ultima, v. M.C. Baruffi, *La litispendenza internazionale tra i giudizi di separazione e divorzio*, in *Quotidiano giuridico*, 2017, reperibile *online*; C. Consolo, L. Penasa, *La litispendenza europea in materia matrimoniale è "elastica"… e* pour cause *tutta a favore dell'allentarsi del legame tra coniugi*, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, p. 1111 ss. Per una panoramica sulla giurisprudenza italiana relativa all'applicazione, in materia di controversie matrimoniali, della regola di litispendenza contenuta nell'art. 19 del regolamento Bruxelles II-*bis*, v. I. Viarengo, *Rapporto sull'applicazione in Italia del regolamento (CE) n. 2201/2003 del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale ("Bruxelles II-bis")*, in S. Bariatti, I. Viarengo, F. C. Villata (a cura di), *La giurisprudenza italiana sui regolamenti europei in materia civile e commerciale e di famiglia*, Padova, 2016, p. 323 ss. e spec. p. 328 ss., nonché il massimario di giurisprudenza reperibile a p. 419 ss. del medesimo volume.

[11] In tal senso, v. relazione Borrás, cit., par. 54; H. Gaudemet-Tallon, *La convention dite "Bruxelles II": convention concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale*, in *Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé*, 1998-2000, 2001, p. 83 ss. e spec. p. 91; C. Baruffi, *Artt. 16-20*, in A. Zaccaria (a cura di), *Commentario breve al diritto della famiglia*, Padova, 2008, p. 2471 ss. e spec. p. 2473; R. Clerici, *Giurisdizione e legge applicabile nelle controversie matrimoniali con cittadini extracomunitari*, in *Rivista dell'AIAF*, n. 3, 2009, p. 5 ss. e spec. p. 8; I. Queirolo, *Regolamento (CE) 27 novembre 2003, n. 2201 del Consiglio relativo alla competenza, al ri-*

Borrás, con riferimento alla corrispondente disposizione contenuta nella già citata Convenzione Bruxelles II, aveva precisato che la previsione in questione rappresentava una novità e rispondeva specificamente all'esigenza di tener conto delle differenze tra le legislazioni degli Stati membri in materia di separazione, divorzio ed annullamento del matrimonio[12]. Ancora oggi, a distanza di oltre venti anni da quando la relazione Borrás è stata redatta, le norme materiali che regolano il diritto di famiglia e, nello specifico, le controversie matrimoniali nei diversi Stati membri, rimangono caratterizzate da una forte eterogeneità. Se è vero che, nel frattempo, tutti gli Stati membri hanno introdotto nella loro legislazione l'istituto del divorzio[13], bisogna tener conto che alcuni Stati membri non disciplinano la separazione legale[14] o, ancora, non garantiscono la possibilità di ottenere l'annullamento del matrimonio[15]. Mettendo sullo stesso piano le diverse tipologie di controversie matrimoniali si è quindi, evidentemente, cercato di favorire l'applicazione del meccanismo di coordinamento, estendendo lo stesso ad ogni controversia che abbia ad oggetto il medesimo rapporto matrimoniale, a prescindere dal fatto che ci si trovi di fronte ad un caso di vera e propria litispendenza ed evitando, quindi, di incorrere in decisioni incompatibili che avrebbero rischiato di produrre, come conseguenza, che i coniugi

conoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, in F. Preite, A. Gazzanti Pugliese di Cotrone (a cura di), *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale*, *Diritto comunitario*, IV, 1, Milanofiori Assago, 2011, p. 303 ss. e spec. p. 353; P. Mankowski, *Article 19*, cit., p. 229; F. Mosconi, C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale, Statuto personale e diritti reali*, II, Milanofiori Assago, 2016, IV ed., p. 136.

[12] La regola della litispendenza prevista invece per le controversie concernenti la materia civile e commerciale richiede, quale presupposto, che di fronte ai giudici di Stati membri differenti e tra le stesse parti siano state proposte domande aventi il medesimo oggetto ed il medesimo titolo. Ad ogni modo, bisogna tener conto che già in tale contesto la Corte di giustizia ha da tempo avallato un'interpretazione ampia in grado di comprendere nella nozione di "medesimo oggetto" e "medesimo titolo" tutte le controversie che si caratterizzino per l'identità del rapporto alla base delle domande (v., ad es., sentenza della Corte di giustizia dell'8 dicembre 1987, causa 144/86, *Gubisch*, ECLI:EU:C:1987:528, punto 6 ss.; del 6 dicembre 1994, causa C-406/92, *Tatry*, ECLI:EU:C:1994:400, punto 37 ss.; del 9 dicembre 2003, causa C-116/02, *Gasser*, ECLI:EU:C:2003:657, punto 41 ss.; del 22 ottobre 2015, causa C-523/14, *Aannemingsbedrijf Aertssen NV*, ECLI:EU:C:2015:722, punto 45). Anche in tale ambito – analogamente a quanto osservato nel testo in relazione alla regola dettata per il caso di "falsa" litispendenza in materia di controversie matrimoniali – una simile soluzione era stata motivata, tra l'altro, sulla base dell'impossibilità di tener conto delle caratteristiche e della diversa configurazione degli ordinamenti processuali nazionali (v. le conclusioni dell'avvocato generale Tesauro del 13 luglio 1994, causa C-406/92, *Tatry*, cit., punto 19). Sull'ampia nozione di litispendenza accolta nell'ambito della Convenzione di Bruxelles del 1968 e, poi, confermata con riferimento all'applicazione dei regolamenti Bruxelles I e I-*bis*, v. ad es. F. Marongiu Buonaiuti, *Litispendenza e connessione internazionale. Strumenti di coordinamento tra giurisdizioni statali in materia civile*, Napoli, 2008, p. 291 ss.; F. Salerno, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (UE) n. 1215/2012 (rifusione)*, Padova, 2015, IV ed., p. 262 ss.

[13] Tra gli Stati membri dell'Unione europea, l'ultimo, in ordine cronologico, a disciplinare l'istituto del divorzio nella propria legislazione è stato Malta. Tale Stato, in particolare, a seguito di un referendum tenuto il 28 maggio 2011, ha introdotto nel proprio ordinamento giuridico il divorzio mediante il *Civil Code (Amendment) Act, 2011 (Act n. XIV of 2011)*, adottato il 29 luglio 2011 ed entrato in vigore il 1° ottobre 2011.

[14] Tra gli Stati membri che non conoscono l'istituto della separazione legale è possibile menzionare, ad esempio, Bulgaria, Cipro, Finlandia, Repubblica ceca, Romania, Svezia.

[15] Tra gli Stati membri che non garantiscono la possibilità di ottenere l'annullamento del matrimonio è possibile menzionare la Finlandia e la Svezia.

fossero, ad esempio, considerati separati sul territorio di uno Stato membro e divorziati sul territorio di altro Stato membro.

Vista l'ampiezza dei presupposti sufficienti per attivare il meccanismo di coordinamento tra procedimenti paralleli, non è stato ritenuto necessario prevedere una apposita disciplina per i casi di connessione, come invece avvenuto nell'ambito dei regolamenti Bruxelles I e, poi, I-*bis*[16].

Al fine di favorire un'unica decisione sulle domande proposte di fronte a giudici di due diversi Stati membri, l'art. 19, par. 3, dopo aver previsto che "Quando la competenza dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita è stata accertata, l'autorità giurisdizionale successivamente adita dichiara la propria incompetenza a favore dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita", aggiunge che "in tal caso la parte che ha proposto la domanda davanti all'autorità giurisdizionale successivamente adita può promuovere l'azione dinanzi all'autorità giurisdizionale preventivamente adita". Quando, quindi, mediante tale meccanismo, la domanda proposta dinanzi al giudice prevenuto viene trasferita al giudice preveniente, quest'ultimo verrà messo nella condizione di pronunciarsi su tutte le domande che le parti avevano originariamente proposto di fronte a due giudici diversi. Se entrambe le domande risultano fondate, in virtù del *favor divortii* che caratterizza il regolamento Bruxelles II-*bis*, il giudice preveniente dovrà accogliere la domanda più radicale nel senso dello scioglimento del rapporto (ad es., quella di divorzio nel caso in cui l'altra domanda sia volta ad ottenere la separazione)[17].

La soluzione di coordinamento, prevista dalla norma in commento, pur da apprezzare in quanto mira ad una concentrazione delle domande di fronte al giudice che per primo è stato adito, non è però priva di inconvenienti.

In particolare, un elemento di criticità è rappresentato dal fatto che la legge applicabile nel giudizio instaurato di fronte al giudice preveniente potrebbe non conoscere l'istituto oggetto della domanda che era stata originariamente proposta di fronte al giudice prevenuto e poi trasferita al primo[18]. Ciò può avvenire, ad esempio, nel caso in cui il giudice adito per primo debba applicare una legge che non preveda la separazione legale tra coniugi e sia invece richiesto di pronunciarsi su una simile domanda dopo che la stessa è stata trasferita dal giudizio prevenuto. In un caso simile, il giudice preveniente sarà costretto a dichiarare inammissibile la domanda riguardante l'istituto non conosciuto dalla legge applicabile, rendendo, quindi, priva di significato la possibilità di trasferimento dell'azione offerta dall'art. 19, par. 3, secondo periodo, del regolamento Bruxelles II.

La problematica appena richiamata non fa altro che confermare quanto, più in generale, già osservato con riferimento all'intera disciplina della litispendenza in materia di controversie matrimoniali. Questa, pur perseguendo il meritorio obiettivo

---

[16] Con riferimento alla materia civile e commerciale, la contemporanea pendenza di due giudizi instaurati in Stati membri diversi ed aventi ad oggetto domande connesse è oggetto dell'apposita previsione contenuta nell'art. 28 del regolamento Bruxelles I, poi ripreso dall'art. 30 del regolamento Bruxelles I-*bis*. Sulla nozione di cause connesse nel regolamento Bruxelles I, v. F. Marongiu Buonaiuti, *Litispendenza e connessione internazionale*, cit., p. 365 ss.

[17] V. I. Queirolo, *Regolamento (CE) 27 novembre 2003, n. 2201*, cit., p. 353.

[18] Su tale problematica, v. già, H. Gaudemet-Tallon, *La convention dite "Bruxelles II"*, cit., p. 92; G. Biagioni, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, p. 991ss. e spec. p. 1023.

di certezza del diritto, può favorire tattiche dilatorie e meramente opportunistiche da parte del coniuge che sia in grado di sfruttare le differenze delle legislazioni applicabili e, quindi, ad esempio, anche il diverso periodo di tempo richiesto negli Stati membri per poter ottenere lo scioglimento del vincolo matrimoniale[19]. Coniugi più avveduti o con maggiori mezzi economici possono quindi trarre vantaggio dalla norma in questione, anticipando l'azione della controparte ed instaurando la controversia di fronte all'autorità giurisdizionale dello Stato membro in cui i propri interessi possono essere più facilmente realizzati.

3. La disciplina dettata dal regolamento Bruxelles II-*bis,* al fine di coordinare i procedimenti paralleli che possono essere contemporaneamente instaurati di fronte alle autorità giurisdizionali di diversi Stati membri, si basa, come già anticipato, sul criterio di prevenzione. Elemento determinante per stabilire quale sia il giudice il cui giudizio deve proseguire è, cioè, quello relativo alla data in cui i procedimenti sono stati avviati nei diversi Stati membri. A tal fine, l'art. 16 del regolamento Bruxelles II-*bis* detta espressamente, in modo autonomo, i criteri per stabilire quando l'autorità giurisdizionale di uno Stato membro si considera adita. Tenendo conto dell'eterogeneità delle norme processuali vigenti nei sistemi giuridici dei diversi Stati membri, si prevede, in particolare, che, qualora l'azione sia introdotta mediante il deposito di domanda giudiziale o di atto equivalente, sarà tale data ad essere presa in considerazione, purché successivamente l'attore non abbia omesso di prendere tutte le misure cui era tenuto affinché fosse compiuta la notificazione alla controparte. Qualora, invece, l'azione venga introdotta mediante atto da notificarsi alla controparte, l'autorità giudiziaria si considererà adita alla data in cui l'autorità competente per la notificazione riceve l'atto, purché successivamente l'attore non abbia omesso di prendere tutte le misure necessarie affinché l'atto fosse depositato presso l'autorità giurisdizionale.

Una volta individuata, sulla base di tali criteri, la data di pendenza dei giudizi paralleli introdotti di fronte ai giudici di due Stati membri, il procedimento avviato successivamente dovrà essere sospeso in attesa che il giudice adito per primo abbia accertato la propria giurisdizione sulla controversia[20]. Qualora ciò avvenga, il giudice prevenuto è tenuto a dichiarare la propria incompetenza a favore del giudice preveniente.

Pur non prevedendo, la norma in commento, alcun margine di discrezionalità in capo all'autorità giurisdizionale prevenuta, la recente prassi della Corte di giustizia mostra che ben può avvenire che il predetto obbligo di sospensione venga disatteso e, di fatto, vanificato il meccanismo di coordinamento sopra descritto.

---

[19] In proposito, v. ad es., A. Bonomi, *La compétence internationale en matière de divorce. Quelques suggestions pour une (improbable) révision du règlement Bruxelles II* bis, in *Revue critique de droit international privé*, 2017, p. 511 ss. e spec. p. 528 ss.

[20] La Corte di giustizia ha chiarito che la giurisdizione dell'autorità giudiziaria preventivamente adita deve considerarsi non accertata qualora il procedimento instaurato di fronte a questa si sia estinto dopo che è stata adita la seconda autorità giudiziaria. In tal caso, venendo meno il rischio di situazioni incompatibili, viene a cessare la situazione di litispendenza. V. Corte di giustizia, sentenza *A* c. *B*, cit., punto 37 ss. A commento della pronuncia v. C. Chalas, *Litispendance et décalage horaire dans le contentieux du divorce en Europe*, in *Revue critique de droit international privé*, 2016, p. 387ss.

L'occasione per pronunciarsi sulla norma dettata dal regolamento Bruxelles II-*bis* in materia di (falsa) litispendenza tra controversie matrimoniali, è stata in particolare fornita alla Corte di giustizia a seguito di un rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte di Cassazione italiana.

Il giudizio *a quo*, nel caso specifico, aveva ad oggetto una controversia matrimoniale tra il sig. Liberato e la sig.ra Grigorescu in merito alla domanda di riconoscimento in Italia di una sentenza di divorzio (oltre che in materia di responsabilità genitoriale e di obbligazioni alimentari) pronunciata in Romania. Quest'ultima decisione era giunta all'esito di un giudizio che era stato avviato dalla sig.ra Grigorescu dopo che il marito aveva in precedenza adito l'autorità giudiziaria italiana (il Tribunale di Teramo). Nonostante che il sig. Liberato avesse eccepito nel procedimento rumeno la previa pendenza del giudizio italiano, il giudice rumeno, ritenendo di non trovarsi di fronte ad un'ipotesi di litispendenza[21], ometteva di sospendere il proprio giudizio e, oltre a pronunciare il divorzio, disponeva l'affido alla madre del figlio della coppia, disciplinava il diritto di visita del padre e stabiliva l'importo dell'assegno di mantenimento che il padre doveva corrispondere al figlio. Il giudizio italiano di primo grado, invece, si concludeva con una sentenza che decideva che il figlio venisse affidato esclusivamente al padre, disciplinava le modalità di esercizio del diritto di visita della madre e imponeva a quest'ultima un contributo al mantenimento del figlio. Il Tribunale di Teramo respingeva la domanda della sig.ra Grigorescu volta a ottenere, in via incidentale, il riconoscimento della sentenza rumena di divorzio, nel frattempo passata in giudicato, visto che il procedimento che aveva condotto a quest'ultima era stato avviato successivamente rispetto al giudizio di separazione promosso in Italia. La sig.ra Grigorescu otteneva peraltro in appello la riforma di tale sentenza di primo grado sulla base della considerazione che la violazione della disciplina della litispendenza nel diritto dell'Unione da parte di un organo giudiziario di altro Stato membro, successivamente adito, non rappresenta un elemento ostativo al riconoscimento della sentenza pronunciata da quest'ultimo. Dopo che la sentenza della Corte d'Appello di L'Aquila veniva impugnata dal sig. Liberato, la Corte di Cassazione decideva di sospendere il giudizio e di proporre rinvio pregiudiziale di fronte alla Corte di giustizia in merito all'interpretazione delle norme che il regolamento Bruxelles II-*bis* detta in materia di litispendenza e riconoscimento delle decisioni straniere. La Corte di Cassazione, nella propria ordinanza di rinvio, specificava tra l'altro che era di centrale rilevanza la possibilità di chiarire se la patente violazione delle regole di litispendenza, dettate dal regolamento Bruxelles II-*bis*, potesse costituire un motivo idoneo ad accertare la manifesta contrarietà all'ordine pubblico della decisione straniera e, quindi, tale da escludere la riconoscibilità di quest'ultima all'interno dell'ordinamento giuridico italiano. Bisogna tener conto, infatti, che ai sensi dell'art. 24 del regolamento Bruxelles II-*bis*, al giudice chiamato a pronunciarsi sul riconoscimento della sentenza emessa in altro Stato membro è precluso il riesame della competenza giurisdizionale del giudice di origine e che non può essere invocata la clausola di ordine pubblico, quale limite

[21] In particolare, il giudice rumeno aveva erroneamente ritenuto che la litispendenza non sussistesse sulla base della considerazione che l'oggetto della domanda (di separazione) proposta di fronte al giudice italiano era diverso rispetto a quello della domanda (di divorzio) proposta di fronte allo stesso giudice rumeno. V. Corte di giustizia, sentenza *Liberato*, cit., punto 34.

al riconoscimento della sentenza straniera, a fronte della violazione delle norme in materia di giurisdizione di cui agli articoli da 3 a 14 del medesimo regolamento.

La Corte di giustizia, sostanzialmente, era chiamata a chiarire se la violazione delle norme sulla litispendenza da parte del giudice rumeno, che non aveva sospeso il proprio procedimento nonostante la previa pendenza di una controversia matrimoniale tra le stesse parti, potesse essere motivo idoneo ad impedire il riconoscimento della decisione in Italia.

Nella risoluzione delle questioni sottopostele, la Corte di giustizia ha ricordato il rilievo del principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri e della conseguente necessità di limitare al minimo indispensabile i motivi di non riconoscimento[22]. Nel caso specifico era però lecito dubitare se il principio della fiducia reciproca, e quindi del mutuo riconoscimento delle decisioni, dovesse prevalere sull'altrettanto importante obiettivo, perseguito dalle norme sulla litispendenza, di realizzare l'interesse ad una buona amministrazione della giustizia in seno all'Unione e ad evitare procedimenti paralleli che possano condurre a decisioni contrastanti negli Stati membri. Doveva quindi essere chiarito se la fiducia reciproca dovesse rappresentare una sorta di carta bianca[23] in grado di superare anche eventuali violazioni rispetto alle norme in materia di litispendenza.

La Corte di giustizia ha dovuto innanzitutto soffermarsi su un argomento di carattere testuale basato sul citato art. 24 del regolamento che, come anticipato, vieta di applicare il limite dell'ordine pubblico alle norme sulla competenza giurisdizionale di cui agli articoli da 3 a 14 del regolamento. Visto che le norme sulla litispendenza sono disciplinate nell'art. 19 e, quindi, non rientrano nei predetti articoli da 3 a 14, si potrebbe – *a contrario* – sostenere che possa essere invocato il limite dell'ordine pubblico per rifiutare il riconoscimento di una sentenza (come quella rumena) pronunciata senza rispettare il criterio di prevenzione alla base della norma sulla litispendenza. La Corte, peraltro, ha sottolineato che le norme sulla litispendenza, anche se non comprese tra gli articoli da 3 a 14, sono pur sempre contenute nel capo II del regolamento dedicato alla competenza giurisdizionale. Inoltre, ammettere che il giudice dello Stato in cui viene richiesto il riconoscimento della sentenza possa sindacare i motivi (giusti o sbagliati che siano) in base ai quali il giudice di origine non ha declinato la propria giurisdizione, comporterebbe un riesame delle norme sulla competenza giurisdizionale, che è vietato dall'art. 24 del regolamento[24].

A conclusione del proprio ragionamento, dunque, la Corte di giustizia ha ritenuto che la violazione, da parte del giudice prevenuto, delle norme in materia di litispendenza, non può, di per sé, giustificare il mancato riconoscimento della sentenza, poi divenuta definitiva, pronunciata da quest'ultimo. In particolare, una simile violazione non può giustificare il mancato riconoscimento di tale decisione per sua contrarietà manifesta all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto[25].

Dando seguito a quanto stabilito dalla sentenza della Corte di giustizia, la Corte di Cassazione italiana ha respinto il motivo di ricorso proposto dal sig. Liberato

[22] V. Corte di giustizia, sentenza *Liberato*, cit., punto 46.

[23] Cfr. H. Muir Watt, *Sanctionner ou circuler? Les conséquences sur le terrain des effets des jugements de la méconnaissance par le juge second saisi des règles relatives à la litispendance*, in *Revue critique de droit international privé*, 2019, p. 487 ss. e spec. p. 500.

[24] V. sentenza *Liberato*, cit., punto 51.

[25] V. Corte di giustizia, sentenza *Liberato*, cit., punto 56.

volto a riformare la pronuncia con cui la Corte di Appello di L'Aquila aveva riconosciuto la sentenza di divorzio emessa dal giudice rumeno[26].

La soluzione raggiunta nel caso in questione appare difficilmente contestabile. Il sig. Liberato avrebbe infatti dovuto esperire i mezzi di ricorso eventualmente esistenti nello Stato membro di origine della sentenza resa in violazione del criterio di prevenzione disposto dalla norma sulla litispendenza. In tale sede avrebbe inoltre già potuto sollecitare la sottoposizione di una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia. Una volta però lasciata passare in giudicato la sentenza rumena, questa non poteva più essere sindacata dai giudici di altri Stati membri, i quali potevano negare il suo riconoscimento solo per i tassativi motivi indicati nel regolamento Bruxelles II-*bis*. Tra questi motivi, un qualche margine interpretativo sembrava fornire la clausola di ordine pubblico quale mezzo per far valere la violazione della norma sulla litispendenza. Correttamente, però, la Corte di giustizia ha osservato che, così facendo, si sarebbe di fatto consentito, al giudice dello Stato richiesto, di riesaminare la competenza giurisdizionale del giudice che ha pronunciato la sentenza da riconoscere. Riesame, questo, che peraltro è vietato dal regolamento Bruxelles II-*bis*. Così facendo, è stato certo valorizzato il principio di mutua fiducia tra Stati membri che sta alla base del sistema di riconoscimento delle decisioni nello spazio giudiziario europeo. È altrettanto vero, però, che la soluzione fornita dalla Corte contribuisce ad incentivare ciascuno dei coniugi ad instaurare procedimenti paralleli in più Stati membri nella speranza di ottenere una sentenza in tempi più rapidi di quelli necessari alla controparte. Una volta ottenuta la sentenza, infatti, questa dovrà essere riconosciuta negli altri Stati membri anche se sia stata resa in violazione delle regole sulla litispendenza.

4. La recente riforma che ha condotto all'adozione del regolamento n. 2019/1111 (c.d. Bruxelles II-*ter*)[27] ha interessato, per lo più, aspetti relativi alla responsabilità genitoriale. Con riferimento a tale ambito, una significativa modifica riguarda il ruolo riconosciuto all'autonomia della volontà in relazione alla determinazione della giurisdizione competente. Infatti, al posto della norma che, nel regolamento Bruxelles II-*bis*, consente la proroga di giurisdizione su accordo delle parti a favore dell'autorità competente a decidere sulle domande di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio[28], è stata introdotta una più ampia facoltà di scelta del foro che le parti, e qualsiasi altro titolare della responsabilità genitoriale, possono esercitare a favore di uno Stato membro con cui il minore abbia un legame sostanziale, sempre che ciò sia conforme all'interesse del minore stesso[29]. L'autorità giudiziaria adita sulla base di una simile facoltà di scelta acquista giurisdizione esclusiva, con conseguente deroga – in materia di responsabilità genitoriale – al

[26] V. Cass., sez. I, sentenza del 17 maggio 2019, n. 13412.

[27] V. regolamento (UE) n. 2019/1111 del Consiglio, del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori. Il regolamento in questione si applicherà a partire dal 1° agosto 2022, con contestuale abrogazione del regolamento Bruxelles II-*bis*. A commento del nuovo regolamento, v. A. Davì, A. Zanobetti, *Il nuovo regolamento UE 2019/1111 e la circolazione di separazioni e divorzi nello spazio giudiziario europeo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 749 ss.

[28] V. art. 12 del regolamento Bruxelles II-*bis*.

[29] V. art. 10 del regolamento Bruxelles II-*ter*.

criterio di prevenzione che normalmente regola i casi di litispendenza[30]. Qualunque autorità giurisdizionale di un altro Stato membro sarà cioè tenuta a sospendere il procedimento fino a quando l'autorità giurisdizionale adita sulla base dell'accordo o dell'accettazione dichiari di non essere competente ai sensi dell'accordo o dell'accettazione. Nel caso in cui quest'ultima abbia dichiarato la propria giurisdizione esclusiva, l'autorità giurisdizionale di altro Stato membro, anche se adita per prima, deve dichiarare il proprio difetto di giurisdizione. Il nuovo regolamento prevede poi l'abolizione dell'*exequatur* per tutte le decisioni pronunciate in materia di responsabilità genitoriale, in modo tale da garantire una loro più rapida ed efficace circolazione tra gli Stati membri dell'Unione. Sempre in funzione di tale obiettivo vengono poi introdotte norme minime uniformi per la procedura di esecuzione. Ulteriori novità sono volte ad assicurare che i casi di sottrazione di minori vengano trattati quanto più rapidamente possibile ed a disciplinare le modalità di collocamento del minore in altro Stato membro, previo ottenimento del consenso dell'autorità competente di quest'ultimo. Norme più chiare sono introdotte, inoltre, al fine di rendere effettiva la possibilità che il minore possa esprimersi in merito ai procedimenti che lo riguardano, nel caso in cui abbia raggiunto un sufficiente grado di maturità.

Con riferimento alle controversie matrimoniali, invece, il regolamento Bruxelles II-*ter* ha lasciato inalterate le norme in materia di competenza giurisdizionale che continuano a prevedere un ampio ventaglio di fori, tra loro alternativi, che possono essere aditi dai coniugi. Nuove regole sono state previste in relazione alla circolazione degli atti pubblici e degli accordi in materia di separazione personale e divorzio aventi effetti giuridici vincolanti nello Stato membro di origine a seguito dell'intervento formale di un'autorità pubblica o di altra autorità designata dai singoli Stati membri. Si tiene conto, in questo modo, delle novità legislative che, negli ultimi anni, sono state introdotte in alcuni degli Stati membri al fine di consentire di giungere mediante procedure semplificate e non giurisdizionali alla separazione o al divorzio[31].

In relazione ai profili concernenti il coordinamento tra controversie matrimoniali, contemporaneamente pendenti in diversi Stati membri, sono state introdotte soltanto alcune puntuali modifiche.

In particolare, si è tenuto conto dell'importanza crescente della mediazione e di altri metodi di risoluzione alternativa applicabili alle controversie matrimoniali[32].

---

[30] V. il combinato disposto dell'art. 10, par. 4 e dell'art. 20, parr. 4 e 5 del regolamento Bruxelles II-*ter*.

[31] Con riferimento all'ordinamento italiano, v. legge 10 novembre 2014, n. 162, a commento della quale v. tra gli altri, M. Bove, *Vie stragiudiziali per separazione e divorzio*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2017, p. 891 ss.; M.N. Bugetti, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al sindaco*, in *Il Corriere Giuridico*, 2015, p. 515 ss.; G. Frezza, *"Degiurisdizionalizzazione", negoziazione assistita e trascrizione*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2015, p. 18 ss.

[32] La crescente rilevanza dei cc.dd. "divorzi privati" era stata in precedenza sottolineata anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia che, peraltro, aveva constatato che sia il regolamento Roma III, sia il regolamento Bruxelles II-*bis*, si applicano esclusivamente ai divorzi pronunciati da un'autorità giurisdizionale statale, da un'autorità pubblica o con il suo controllo e che l'inclusione di divorzi di natura privata nell'ambito di applicazione di detti regolamenti richiederebbe scelte che ricadono nella competenza del solo legislatore dell'Unione. V. sentenza della Corte di giustizia del 20 dicembre 2017, causa C-372/16, *Sahyouni*, ECLI:EU:C:2017:988, spec. punto 39 ss. A commento della sentenza, v. A. Dutta, *Private divorces outside Rome III and Brussels II bis? The* Sahyouni *gap*, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 1661 ss.

Ciò ha comportato l'esigenza di precisare, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia[33], che – ai fini dell'individuazione del momento a partire dal quale un procedimento si considera pendente in uno Stato membro – la data di avvio di una procedura obbligatoria di conciliazione dinnanzi ad un'autorità di conciliazione nazionale debba essere ritenuta alla stessa stregua della data in cui un'autorità giurisdizionale è considerata adita[34].

Dando seguito alla sentenza che la Corte di giustizia ha pronunciato nel caso *Liberato*[35] è stato espressamente precisato che la violazione della regola dettata in materia di litispendenza non può costituire un motivo di diniego del riconoscimento delle decisioni che rientrano nell'ambito di applicazione del nuovo regolamento[36].

La disciplina della litispendenza in materia di controversie matrimoniali è quindi rimasta sostanzialmente inalterata, salvo le citate precisazioni che non hanno fatto altro che chiarire e consolidare il quadro giuridico già risultante dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Rimangono, quindi, le perplessità legate ad un sistema che consente ed addirittura sembra quasi incentivare il fenomeno della corsa al tribunale, con un chiaro effetto distorsivo sul buon funzionamento del regolamento[37]. Tale fenomeno, di per sé non positivo, è particolarmente nocivo in una materia, quale quella matrimoniale, in cui sarebbe invece consigliabile il ricorso a procedure conciliative e, comunque, a meccanismi volti a sollecitare le parti ad una adeguata riflessione prima di intraprendere un'azione giudiziaria per porre fine al rapporto coniugale. Al contrario, la consapevolezza dei vantaggi che si possono avere a seconda dello Stato membro in cui venga radicata la controversia matrimoniale, può spingere le parti che siano consapevoli delle conseguenze della disciplina della litispendenza contenuta nel regolamento in questione, a porre in essere pratiche aggressive, tese ad anticipare le mosse dell'avversario, instaurando rapidamente il contenzioso di fronte all'autorità giudiziaria dello Stato in cui sembrano più facilmente realizzabili gli interessi perseguiti.

La problematica era certo ben nota alle istituzioni dell'Unione europea, tanto da essere già stata sottolineata dalla Commissione nel Libro verde elaborato poco dopo l'adozione del regolamento Bruxelles II-*bis*[38]. La successiva prassi applicativa

[33] Si veda, in particolare, la sentenza della Corte di giustizia del 20 dicembre 2017, causa C-467/16, *Schlömp*, ECLI:EU:C:2017:993, punto 58. Nel caso specifico, il rinvio pregiudiziale sottoposto da un giudice tedesco (l'Amtsgericht Stuttgart) alla Corte di giustizia riguardava, a ben vedere, l'interpretazione della norma in materia di litispendenza contenuta nella Convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, firmata il 30 ottobre 2007 (c.d. Convenzione di Lugano II). In particolare, il giudice del rinvio chiedeva se, in caso di litispendenza, la data di avvio di una procedura obbligatoria di conciliazione potesse rappresentare il momento a partire dal quale l'autorità giudiziaria debba essere considerata adita.

[34] In tal senso v. il considerando n. 35 del regolamento Bruxelles II-*ter*. Tenuto conto delle diverse modalità con cui i sistemi processuali nazionali determinano la pendenza dei rispettivi procedimenti, il predetto regolamento precisa, all'art. 17, le modalità mediante le quali può essere stabilito il momento in cui un'autorità giurisdizionale si considera adita.

[35] Su tale pronuncia, v. *supra*, par. 3.

[36] V. considerando n. 56 del regolamento Bruxelles II-*ter*.

[37] In tal senso, v. C. Honorati, *La proposta di revisione del regolamento Bruxelles II bis: più tutela per i minori e più efficacia nell'esecuzione delle decisioni*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017, p. 247 ss.

[38] V. Libro verde della Commissione, del 14 marzo 2005, sul diritto applicabile e sulla giurisdizione in materia di divorzio, COM(2005)82 def., p. 6 ss. A commento dello stesso, v. S. Tonolo, *Il libro verde*

non ha fatto altro che confermare le distorsioni causate dal regolamento in questione. È significativo, ad esempio, il c.d. "turismo divorzile" che negli ultimi anni si è registrato in direzione del Regno Unito dove, evidentemente, la prospettiva di provvedimenti economici particolarmente consistenti a favore dei coniugi ha spinto in molti casi a creare fittiziamente le condizioni fattuali necessarie per poter radicare la giurisdizione delle corti britanniche[39]. È stato sottolineato che, a fronte di tali evidenze, la Commissione ha valutato la prospettiva di introdurre alcuni meccanismi potenzialmente in grado di ridurre le conseguenze negative della norma sulla litispendenza, ma in ultima istanza è stato preferito non introdurre soluzioni di complessa applicazione e comunque non pienamente soddisfacenti[40].

Ad ogni modo, può in questa sede essere utile prendere in considerazione alcune ipotesi di modifica della norma sulla litispendenza in materia di controversie matrimoniali. A prescindere infatti dal loro mancato accoglimento in occasione della recente riforma, resta a nostro avviso l'esigenza di riflettere sulle soluzioni che potranno essere percorse quando si deciderà di mettere nuovamente mano al regolamento, pur nella consapevolezza che difficilmente ciò avverrà in tempi brevi.

Una prima ipotesi di riforma, già a suo tempo presa in considerazione dalla Commissione[41], riguardava la previsione, anche in materia di controversie matrimoniali, della possibilità di trasferire la giurisdizione a favore dell'autorità giudiziaria di altro Stato membro che venga considerata più adatta a trattare il caso. Tale meccanismo avrebbe come modello quello già disciplinato dall'art. 15 del regolamento Bruxelles II-*bis*[42] in materia di responsabilità genitoriale, a sua volta ispirato alla dot-

della Commissione europea sulla giurisdizione e la legge applicabile in materia di divorzio, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 767 ss.

39 Significativo, in tal senso, il caso *Rapisarda v. Colladon*, [2014] EWFC 35, nel quale venne accertato che tra il 2010 ed il 2012 ben 180 domande di divorzio tra coniugi di cui almeno uno residente in Italia erano state presentate di fronte a 137 diverse corti locali (*county courts*) di Inghilterra e Galles su false basi che sono state facilmente riscontrate in virtù del fatto che in 179 dei casi in questione una delle parti risultava residente sul territorio britannico sempre nello stesso indirizzo (che, per di più, coincideva con una casella postale). Sul caso, v. ad es. M.C. Baruffi, *The application of the Brussels IIa Regulation in the Italian legal order having regard to specific cases concerning Italy and the UK*, in *University of Aberdeen Centre for Private International Law Working Paper Series*, 2017, n. 4, spec. p. 7 s.

40 V. C. Honorati, *La proposta di revisione del regolamento Bruxelles II bis*, cit., p. 249 s.

41 Tale ipotesi di riforma era stata indicata da Commissione europea, Libro verde COM(2005)82 def., p. 10 ss.

42 L'art. 15, par. 1, del regolamento Bruxelles II-*bis* prevede che le autorità giurisdizionali di uno Stato membro competenti a conoscere nel merito una domanda in materia di responsabilità genitoriale possano trasferire tale caso o una sua parte specifica a un'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro con il quale il minore abbia un legame particolare, ove ritengano che quest'ultima sia più adatta a trattarlo e ove ciò corrisponda all'interesse superiore del minore. Su tale norma, v. B. Ancel, H. Muir Watt, *L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions: le règlement Bruxelles II bis*, in *Revue critique de droit international privé*, 2005, p. 569 ss.; E. Pataut, *Article 15*, in U. Magnus, P. Mankowski (eds.), *Brussels II bis Regulation*, cit., p. 164 ss.; K. Trimmings, *Transfer of Jurisdiction and the Best Interests of the Child*, in *Cambridge Law Journal*, 2016, p. 471 ss. La norma in questione è stata di recente interpretata dalla sentenza della Corte di giustizia del 27 ottobre 2016, causa C-428/15, *Child and Family Agency*, ECLI:EU:C:2016:819; nonché dalla sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre 2018, causa C-478/17, *IQ* c. *JP*, ECLI:EU:C:2018:812. A commento delle due pronunce, v. rispettivamente, E. Gallant, *Le forum non conveniens de l'article 15 du règlement Bruxelles II bis (affaire C428/15, D)*, in *Revue critique de droit international privé*, 2017, p. 464 ss.; B. Campuzano Díaz, *El artículo 15 del reglamento 2201/2203 y la remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto. Nota a*

trina del *forum non conveniens* tipica degli ordinamenti di *common law*[43]. Così come in materia di responsabilità genitoriale, lo strumento in questione dovrebbe essere applicato solo qualora ricorrano condizioni specifiche e a titolo eccezionale. Ad esempio, per garantire la certezza del diritto, il trasferimento potrebbe essere previsto in casi tassativi e comunque solo verso Stati membri in cui sia situato il centro di gravità della vita matrimoniale. Tale centro di gravità potrebbe essere individuato in virtù di criteri di collegamento elencati in modo tassativo e che potrebbero includere l'ultima residenza abituale comune dei coniugi – se uno di loro vi abita ancora – o la loro cittadinanza comune. Al fine di evitare che un tale meccanismo possa essere sfruttato a meri fini dilatori, inoltre, dovrebbero essere adottate particolari cautele idonee a precisare chiaramente le modalità del suo funzionamento.

Per evitare tattiche dilatorie, che potrebbero essere indotte dalla norma sulla litispendenza, è stato poi proposto di imporre, alla parte che per prima ha instaurato la controversia di fronte al giudice di uno Stato membro, l'obbligo di proseguire attivamente il giudizio prevedendo, in caso di inattività per un periodo di almeno sei settimane, che il giudice adito debba declinare la propria giurisdizione[44]. Un simile rimedio non sembra però tener conto del fatto che i tempi lunghi spesso non sono dovuti tanto all'inattività di una delle parti, quanto a problemi strutturali dei procedimenti giudiziari in alcuni Stati membri che, consapevolmente, vengono scelti dalla parte avente interesse a portare avanti condotte ostruzionistiche. Qualora venisse accertato che i problemi della giustizia nel paese in cui l'azione è stata per prima proposta fossero talmente gravi da ritenere inevitabile la violazione del diritto ad un equo processo, a motivo dell'irragionevole durata dei processi, potrebbe allora, eventualmente, essere presa in considerazione l'ipotesi di consentire all'autorità giurisdizionale prevenuta di rifiutarsi di tener conto della previa pendenza del giudizio instaurato in un simile Stato[45].

Ci si può chiedere, poi, se sia giustificato, in un sistema che continui a prevedere una pluralità di fori posti tra loro su base paritaria e non su scala gerarchica, che il meccanismo di prevenzione su cui si basa la litispendenza operi – in modo indiscriminato – anche a fronte di casi di falsa litispendenza. È stato in proposito sottolineato che tale meccanismo appare giustificato quando il giudice adito per primo è stato investito di una domanda di divorzio, mentre il secondo giudice è stato

la sentencia del TJUE de 4 de Octubre de 2018, IQ y JO, As. 478/17, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, p. 452 ss.

[43] Sulle diverse modalità con cui la dottrina del *forum non conveniens* viene applicata nei principali ordinamenti di *common law*, v. R.A. Brand, S.R. Jablonski, *Forum Non Conveniens: History, Globlal Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements*, Oxford, 2007. Sull'incidenza che le competenze di diritto internazionale privato e processuale esercitate dall'Unione europea hanno avuto sull'applicazione della teoria del *forum non conveniens* nel Regno Unito, v. T.C. Hartley, *The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflicts of Laws*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, p. 813 ss. Con specifico riferimento al settore delle controversie familiari, v. M. Ní Shúilleabháin, *Ten Years of European Family Law: Retrospective Reflections From a Common Law Perspective*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2010, p. 1021 ss. e spec. p. 1030 ss.

[44] Una simile proposta viene menzionata nel M.J. Escher, J. Wittmann, *Report on the German good practices*, elaborato nell'ambito dell'EUFam's Project coordinato dall'Università degli Studi di Milano e disponibile *online*, p. 4.

[45] In tal senso, v. H. Muir Watt, *Sanctionner ou circuler?*, cit., p. 499.

investito di una domanda di separazione, ma non anche nel caso opposto ovvero quando la domanda di divorzio sia stata proposta di fronte al giudice prevenuto[46]. In quest'ultimo caso, infatti, l'eventuale pronuncia di separazione pronunciata nel primo Stato non preclude un successivo divorzio. Eliminando, in questa specifica ipotesi, la regola della prevenzione e quindi consentendo al giudice prevenuto di proseguire il proprio giudizio, si contribuirebbe a contrastare le tattiche dilatorie della parte che, per impedire lo scioglimento del vincolo, si affretti ad instaurare un giudizio di separazione in un diverso Stato membro. D'altra parte, si consentirebbe di instaurare in diversi Stati membri due parallele controversie matrimoniali aventi contemporaneamente ad oggetto il medesimo rapporto coniugale.

Di fatto, però, la prassi ha mostrato che il rischio di procedimenti paralleli non è scongiurato neppure dall'attuale regola sulla litispendenza. È pur sempre possibile, infatti, che il giudice prevenuto violi l'obbligo, derivante dalla norma sulla litispendenza, di sospendere il proprio giudizio. Non essendo prevista alcuna sanzione per tale eventualità, non è da escludere che si ripetano casi analoghi a quello preso in considerazione dalla Corte di giustizia nella sentenza *Liberato* sopra esaminata[47].

Tenendo conto che il fenomeno del *rush to court* e le tattiche dilatorie che ne possono derivare sono essenzialmente una conseguenza della pluralità di fori in materia di controversie matrimoniali, che tanto il regolamento Bruxelles II-*bis* quanto la sua recente rifusione prevedono, la soluzione preferibile sembra quella di ridurre il numero dei fori in questione o, comunque, di introdurre una gerarchia tra gli stessi, di modo che non possano essere lasciati alla discrezionalità delle parti.

Tale soluzione, peraltro, pur essendo stata da più parti auspicata, non sembra essere stata seriamente presa in considerazione in occasione della revisione del regolamento. Sono evidenti, infatti, le resistenze che sul piano politico si incontrerebbero, innanzitutto da parte dei paesi nordici, che non sono disposti a rinunciare al foro della comune cittadinanza dei coniugi, ritenuto dagli stessi come una garanzia di libertà per i propri cittadini residenti all'estero[48].

Un ulteriore aspetto problematico, che forse meritava di essere preso in considerazione in occasione della revisione del regolamento Bruxelles II-*bis*, è quello legato alla mancata specificazione, da parte dello stesso, della possibilità di includere nel suo ambito di applicazione anche le controversie relative all'addebito della separazione[49]. L'istituto in questione, nell'ordinamento italiano, è disciplinato dall'art. 151 cod. civ. che prevede la possibilità di richiedere all'autorità giudiziaria di dichiarare a quale dei due coniugi sia imputabile la responsabilità della crisi matrimoniale, in considerazione del suo comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio. Tale mancata specificazione fa sorgere, per quanto ai nostri fini interessa, il dubbio che la norma sulla litispendenza di cui all'art. 19 del regolamento Bruxelles II-*bis* possa applicarsi anche quando occorre coordinare due giudizi instaurati di fronte a diversi Stati membri ed aventi ad oggetto, rispettivamente, l'uno una domanda di divorzio o

46 V. A. Bonomi, *La compétence internationale en matière de* divorce, cit., p. 529 s.

47 V. *supra*, par. 3.

48 In tal senso, v. C. Honorati, *La proposta di revisione del regolamento Bruxelles II bis*, cit., p. 249.

49 Ai sensi del considerando n. 8 del regolamento Bruxelles II-*bis*, infatti, lo stesso strumento "non dovrebbe applicarsi a questioni quali le cause di divorzio" ovvero a cause connesse al giudizio di separazione quali quelle volte ad accertare, anche in funzione di pretese risarcitorie, in capo a quale dei due coniugi sia possibile addebitare la colpa del fallimento del matrimonio.

attenuazione del vincolo e l'altro anche una domanda di addebito della separazione. È stato già sottolineato, in dottrina, che ragioni legate all'efficienza ed alla buona amministrazione della giustizia rendono auspicabile l'applicazione dello strumento della litispendenza anche all'ipotesi in questione[50]. Esigenze di certezza del diritto e di prevedibilità delle soluzioni avrebbero però richiesto una chiara presa di posizione in occasione dell'adozione del testo di refusione.

5. Nel presente contributo sono state esaminate le caratteristiche e le peculiarità della norma sulla litispendenza che il regolamento Bruxelles II-*bis* prevede in materia di controversie matrimoniali. Si tratta di un meccanismo di coordinamento, senz'altro opportuno, volto ad impedire che, all'interno dello spazio giudiziario europeo, possano essere portati avanti procedimenti paralleli e, quindi, ad evitare di avere in più Stati membri decisioni inconciliabili su una stessa questione. Tale rischio è tanto più avvertito in una materia, quale quella matrimoniale, in cui situazioni claudicanti, dovute alla creazione di *status* personali e familiari divergenti negli Stati membri, potrebbero rappresentare un concreto ostacolo alla circolazione delle persone nel territorio dell'Unione europea[51].

L'esigenza di tener conto dell'esistenza di legislazioni materiali eterogenee negli ordinamenti giuridici dei singoli Stati membri dell'Unione, in relazione alla separazione, al divorzio ed all'annullamento del matrimonio, ha spinto ad accogliere – nell'ambito del regolamento Bruxelles II-*bis* (così come già in precedenza nel regolamento Bruxelles II) – una nozione ampia di litispendenza in grado, a ben vedere, di operare anche a fronte di casi di "falsa" litispendenza. Affinché il meccanismo in questione possa funzionare, non è necessaria, cioè, l'identità di oggetto e di titolo tra le due cause instaurate in diversi Stati membri, ma è sufficiente che le stesse riguardino il medesimo rapporto matrimoniale. In questo modo si è inteso prevenire la possibilità che, in virtù di due diverse sentenze, i coniugi vengano considerati, allo stesso tempo, separati sul territorio di uno Stato membro e divorziati sul territorio di altro Stato membro.

La norma sulla litispendenza, basata sul criterio della prevenzione, mira quindi a perseguire meritori obiettivi di certezza del diritto. A ben vedere, però, lo stesso criterio – unito all'operatività di una pluralità di criteri di giurisdizione che il regolamento Bruxelles II-*bis* pone su un piano di perfetta parità – può favorire tattiche dilatorie e meramente opportunistiche da parte del coniuge che sia in grado di sfruttare le differenze tra le legislazioni applicabili (in particolare, per le questioni non coperte dal regolamento Roma III o da altre norme uniformi di diritto internazionale privato dell'Unione, ma comunque collegate alle controversie matrimoniali), nonché le diverse procedure e tempistiche necessarie negli Stati membri ad ottenere lo scioglimento del vincolo coniugale[52].

---

[50] In tal senso, v. I. Aquironi, *L'addebito della separazione nel diritto internazionale privato dell'Unione europea*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, n. 2, p. 76 ss. e spec. p. 84 alla quale si rinvia, più in generale, per la disamina delle problematiche legate alla mancata specificazione, da parte del regolamento Bruxelles II-*bis*, della possibilità che lo stesso strumento si applichi anche alle domande di addebito della separazione, nonché per la valutazione critica delle diverse soluzioni che sembrano emergere alla luce della prassi applicativa.

[51] V. *supra*, par. 1.

[52] V. *supra*, par. 2.

La recente giurisprudenza della Corte di giustizia, nel caso *Liberato*, ha evidenziato ulteriori problemi applicativi della norma sulla litispendenza. In particolare è emerso che l'eventuale violazione, da parte del giudice prevenuto, del meccanismo di coordinamento tra azioni parallele, può avere ripercussioni all'interno dell'ordinamento dell'autorità giudiziaria di fronte alla quale, per prima, è stata instaurata la controversia matrimoniale. Infatti, se ad una simile violazione non sia stato posto rimedio mediante i mezzi di impugnazione disponibili nello Stato membro dell'autorità giudiziaria prevenuta, l'eventuale sentenza pronunciata da quest'ultima è suscettibile di essere riconosciuta nello Stato membro in cui l'azione era stata inizialmente proposta. Il principio di reciproca fiducia tra Stati membri, che sta alla base del sistema di riconoscimento delle decisioni nello spazio giudiziario europeo, impedisce di riesaminare la competenza giurisdizionale del giudice che ha pronunciato la sentenza da riconoscere e, allo stesso modo, di impiegare la clausola dell'ordine pubblico quale mezzo per far valere la violazione della norma sulla litispendenza[53].

A fronte di un sistema che consente e addirittura sembra quasi incentivare il fenomeno della corsa al tribunale, con un chiaro effetto distorsivo sul buon funzionamento di un regolamento che opera in una materia, quale quella matrimoniale, in cui sarebbe invece preferibile favorire il ricorso a procedure conciliative e sollecitare le parti ad una adeguata riflessione prima di intraprendere un'azione giudiziaria, era auspicabile un ben più coraggioso intervento riformatore in occasione dell'adozione del regolamento Bruxelles II-*ter*, che sarà applicabile a partire dal 1° agosto 2022.

A ben vedere, infatti, gli sforzi della recente riforma sono stati essenzialmente rivolti al miglioramento della disciplina dedicata alla materia della responsabilità genitoriale. Di minore portata sono state invece le modifiche introdotte in relazione al settore delle controversie matrimoniali. Nello specifico, poi, la disciplina della litispendenza in materia di controversie matrimoniali è rimasta sostanzialmente inalterata, salvo alcune precisazioni volte essenzialmente a chiarire ed a consolidare il quadro giuridico già risultante dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

A nostro avviso, è stata perduta una buona occasione per intervenire in funzione della riduzione delle distorsioni causate dalla norma sulla litispendenza in materia di controversie matrimoniali. Certo, occorre riconoscere l'indubbia difficoltà nel rinvenire soluzioni che non risultino di complessa applicazione e che siano quindi pienamente soddisfacenti. Nel corso dell'indagine abbiamo analizzato alcune delle proposte di revisione del meccanismo di litispendenza che in varie sedi sono state discusse[54]. Abbiamo rilevato, però, che – se e quando si deciderà di mettere nuovamente mano al regolamento – difficilmente si potrà pretendere di risolvere le problematiche evidenziate senza un più complessivo ripensamento del funzionamento dei criteri di giurisdizione previsti in materia di controversie matrimoniali. Le distorsioni, infatti, più che essere causate dal meccanismo della litispendenza (in sé considerato), sembrano essere dovute alla circostanza che quest'ultimo opera in un contesto caratterizzato da un ampio numero di fori giurisdizionali posti tra loro in rapporto di assoluta parità. Riducendo il numero di questi ultimi o, comunque, prevedendo l'introduzione di un criterio gerarchico nel loro funzionamento, si diminuirebbe la possibilità per le parti di fare eccessivo ricorso al *forum shopping* e, quindi,

[53] V. *supra*, par. 3.
[54] V. *supra*, par. 4.

anche le conseguenze distorsive sopra descritte. D'altra parte, così facendo, si introdurrebbero elementi di rigidità nel sistema che, se non opportunamente ponderati, rischierebbero di produrre ripercussioni negative rispetto all'obiettivo della libera circolazione delle persone all'interno del territorio dell'Unione.

Il problema di fondo risiede, in ultima analisi, nella considerazione che lo spazio giudiziario europeo mira a riprodurre un'area che abbia caratteristiche simili a quelle di un ordinamento giuridico integrato. È peraltro illusorio pretendere che una simile area possa essere paragonata a quella interna ad un singolo Stato. In uno spazio giudiziario interno, infatti, le parti di una controversia matrimoniale sono sottoposte alla medesima legge, indipendentemente dall'autorità giudiziaria che venga adita. Nello spazio giudiziario europeo, nonostante l'intervenuta (ma, come osservato, ancora parziale) uniformazione dei conflitti di leggi mediante il regolamento Roma III, continuano ad essere eterogenee le normative materiali che disciplinano il settore in questione. Ciò comporta che sia fisiologico un certo grado di *forum shopping* e che lo stesso sia influenzato da considerazioni di opportunità per il perseguimento degli interessi che le parti coinvolte mirano di volta in volta a conseguire.

Abstract

La litispendenza in materia di controversie matrimoniali nello spazio giudiziario europeo

Nel presente articolo vengono discussi alcuni aspetti critici della regola sulla litispendenza che il regolamento Bruxelles II-*bis* (n. 2201/2003) detta per le controversie in materia di divorzio, separazione personale dei coniugi e annullamento del matrimonio. L'obiettivo della regola in questione è quello di evitare procedimenti paralleli e decisioni contrastanti nello spazio giudiziario europeo. Peraltro, l'applicazione della stessa in un sistema che riconosce ai coniugi un'ampia possibilità di scelta tra diversi criteri di giurisdizione, può avere l'effetto di incentivare la corsa al tribunale in modo tale da assicurare, al coniuge che agisce per primo, i vantaggi derivanti dalla legge materiale che risulti applicabile secondo le norme di conflitto del giudice adito. Dopo aver richiamato alcuni chiarimenti offerti dalla recente giurisprudenza della Corte di giustizia in merito all'applicazione della norma sulla litispendenza oggetto del presente studio, è stato preso in considerazione il regolamento Bruxelles II-*ter* (n. 2019/1111) al fine di verificare se le novità introdotte in occasione della recente riforma possano essere ritenute utili al fine di mitigare gli effetti distorsivi derivanti dall'operatività della regola della litispendenza prevista in materia di controversie matrimoniali.

Lis alibi pendens in Matrimonial Matters within the European Area of Justice

The article analyses the critical aspects of the rules on *lis alibi pendes* contained in the Brussels II-*bis* Regulation (No. 2201/2003) for proceedings concerning divorce, legal separa-

tion and marriage annulment. The purpose of these rules is to prevent parallel proceedings and to avoid conflicting decisions within the European Area of Justice. However, their application in a system providing for a range of alternative *fora* among which the plaintiff might choose to introduce his or her action, might induce spouses to rush into seising one of the courts having jurisdiction in order to secure advantages of the substantive divorce law applicable under the private international law rules used by the court seised. After having discussed some interesting clarifications provided by the recent case-law of the European Court of Justice, the Brussels II-*ter* Regulation (No. 2019/1111) has been considered in order to assess whether the reform might be deemed suitable to mitigate the above mentioned distorting effects deriving from the rules on *lis alibi pendens* for proceedings concerning matrimonial matters.

Paola Mori*

La Corte costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE: dalla sentenza 269/2017 all'ordinanza 117/2019. Un rapporto in mutazione?

Sommario: 1. L'*obiter dictum* contenuto nella sentenza 269/2017. – 2. L'accentramento da parte della Corte costituzionale del sindacato sui diritti. – 3. Le sentenze n. 20 e n. 63 del 2019 e il rischio di un effetto di "incorporazione" della Carta. – 4. La Carta parte del "diritto internazionale dei diritti umani"? – 5. Il quadro costituzionale dell'Unione e l'autonomia della Carta. – 6. Quale ruolo per il giudice comune? – 7. La sentenza 112 e l'ordinanza 117 del 2019.

1. A partire dal fin troppo noto caso *Taricco*[1], la Corte costituzionale ha pronunciato varie decisioni che sembrano aver messo in discussione i principi che, dalla sentenza *Granital*[2] in poi, hanno regolato la complessa dinamica dei rapporti tra l'ordinamento giuridico dell'Unione europea e quello nazionale.

Con l'*obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 269/2017, la Consulta è infatti intervenuta sul ruolo e sulla posizione del giudice comune nel processo di protezione dei diritti fondamentali limitandone il potere di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e accentrando in sé il controllo del rispetto dei diritti fondamentali, quale che ne sia la fonte e dunque anche con riguardo alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[3]. A questa presa di posizione, che ha suscitato molte reazioni

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università *Magna Graecia* di Catanzaro.

1 Sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco*, ECLI:EU:C:2015:555 a cui ha fatto seguito il rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale, ordinanza del 23 novembre 2016, n. 24. La Corte di giustizia ha risposto con la sentenza del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, ECLI:EU:C:2017:936 seguita dalla sentenza della Corte costituzionale n. 115 del 2 agosto 2018.

2 Corte costituzionale, sentenza del 5 giugno 1984, n. 170.

3 Corte costituzionale, sentenza del 7 novembre 2017, n. 269. Vi si afferma "che le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte" e che pertanto essa "giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (*ex* articoli 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito" (par. 5.2). Inoltre, dato che la "sopravvenienza delle garanzie approntate (…) [dalla Carta] a quelle previste dalla Costituzione italiana può generare un concorso di rimedi giurisdizionali" i giudici della

critiche in vari ambienti, hanno recentemente fatto seguito alcune decisioni con le quali la Corte costituzionale sembra stia, gradualmente e con diverse sfumature, ricalibrando la questione.

Conviene cominciare con il ricordare che l'affermazione contenuta nella sentenza 269/2017 secondo cui "le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte" si sarebbe resa indispensabile, secondo i giudici costituzionali, dopo che il Trattato di Lisbona ha attribuito alla Carta effetti giuridici vincolanti, in quanto essa sarebbe "dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto tipicamente costituzionale", con la conseguenza che i principi e i diritti in essa enunciati "intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana". Pertanto, la Corte costituzionale si è riservata di giudicare "alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (*ex* articoli 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato", allo scopo di evitare di "trasmodare" "in una sorta di inammissibile sindacato diffuso"[4].

All'origine di tali affermazioni vi sarebbero le "trasformazioni che hanno riguardato il diritto dell'Unione europea e il sistema dei rapporti con gli ordinamenti nazionali dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona"[5].

Non sono però chiare le ragioni che possano giustificare una tale presa di posizione. La Carta, infatti è un atto di natura codificatoria di norme e principi preesistenti negli stessi Trattati istitutivi, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e in altri strumenti internazionali vincolanti gli Stati membri, nelle tradizioni costituzionali comuni a questi ultimi. Significativamente, la Corte di giustizia ne interpreta le disposizioni, anche quelle c.d. trasversali, in piena coerenza con la propria precedente giurisprudenza sui diritti fondamentali quali principi generali del diritto dell'Unione, come del resto previsto dalle stesse Spiegazioni alla Carta.

In realtà a monte dell'affermazione sopra citata, che apre il paragrafo contenente l'*obiter dictum*, sembra esservi la preoccupazione della Consulta per quello che è stato definito "un ripetuto effetto di *traboccamento* della Carta, un vero e proprio *spill-over* della stessa"[6] a cui si accompagnerebbe "il rischio di banalizzare la Carta dei diritti e di (se non proprio delegittimare) *emarginare* la Costituzione nazionale, e i valori identitari che essa esprime?"[7] con conseguente perdita di centralità della Corte costituzionale stessa. E questo in quanto alcuni giudici nazionali avrebbero la tendenza ad applicare la Carta anche a situazioni esterne all'ambito di applicazione della stessa, ovvero ai casi riguardanti l'attuazione del diritto dell'Unione.

A questo proposito, mi limito ad osservare, da un lato, che la Corte di giustizia ha sempre circoscritto in termini rigorosi l'ambito di applicazione della Carta, e

---

Consulta, richiamando i casi *Melki* (sentenza della Corte di giustizia del 22 giugno 2010, cause riunite C-188 e 189/10, ECLI:EU:C:2010:363) e *A c. B* (sentenza della Corte di giustizia dell'11 settembre 2014, causa C-112/13, ECLI:EU:C:2014:2195), affermano che in presenza di controversie che diano luogo tanto a questioni di legittimità costituzionale e contemporaneamente a questioni di compatibilità con il diritto dell'Unione, il giudice debba prioritariamente sollevare la prima.

4 *Ivi*, par. 5.3.

5 *Ivi*, par. 5.2.

6 Così A. Barbera, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, relazione all'incontro di studio fra i Tribunali e le Corti costituzionali di Spagna, Portogallo, Francia e Italia (Siviglia 26-28 ottobre 2017), in *Quaderni costituzionali*, 2018, p. 153 (corsivo nell'originale).

7 *Ivi*, p. 156 (corsivo nell'originale).

quindi della propria competenza; dall'altro lato, che in caso di eventuale erronea applicazione della Carta da parte del giudice comune, ben possono intervenire i rimedi di legittimità propri dell'ordinamento nazionale.

A tali argomenti, aggiungerei che, un ulteriore, non detto, ma forse non meno importante, motivo di allarme per la Consulta di vedere erodere la propria influenza, va ricercato nell'estensione, al termine del periodo di transizione di cinque anni stabilito dal Protocollo (n. 36) sulle disposizioni transitorie, delle competenze della Corte di giustizia all'ambito della cooperazione penale e giudiziaria in materia penale e la conseguente applicazione della Carta agli atti europei adottati in questi settori; un vasto ambito che sta dando luogo ad una giurisprudenza europea sempre più ricca. Così come sempre più importante sta diventando il sindacato della Corte di giustizia sul rispetto dei valori fondamentali dell'Unione e dello Stato diritto anche sotto il profilo dell'indipendenza della magistratura e delle autorità indipendenti.

2. Dall'*obiter dictum* contenuto nella sentenza 269/2017 sembra emergere forte l'intenzione della Corte costituzionale di porsi come giudice primo e ultimo del sindacato sui diritti[8].

Fatti i debiti distinguo, peraltro più volte sottolineati dalla stessa Corte costituzionale, si ricordi in particolare la sentenza n. 348/2007[9], un *fil rouge* mi pare legare questa più recente giurisprudenza costituzionale sulla Carta a quella sulla CEDU. Una sorta di continuità sistemica, ma forse anche ideologica (nazionalismo, o peggio sovranismo, costituzionale?), che oltre che nell'accentramento del sindacato di costituzionalità sembra riflettersi anche nelle modalità e nei contenuti argomentativi.

Molto brevemente ricordo come in passato, fino alla riforma del titolo V della Costituzione, la Consulta escludesse, salvo sporadiche eccezioni (sentenza n. 388/1999: "(…) al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione"[10]), la rilevanza della CEDU nella determinazione del contenuto dei diritti fondamentali[11].

Con le sentenze gemelle nn. 348 e 349/2007 e con la giurisprudenza successiva la Corte costituzionale ha definito la funzione della CEDU alla luce del nuovo testo dell'art. 117, co. 1, Cost. il quale, "se da una parte rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, dall'altra *attrae le stesse nella sfera di competenza di questa Corte*, *poiché gli eventuali contrasti* non *generano* problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma *questioni di legittimità costituzionale*"[12]. Secondo questa giurisprudenza, il giudice comune ha sì l'obbligo di saggiare la possibilità di un'interpretazione conforme alla disposizione internazionale, ma non ha il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta

[8] In argomento si vedano le osservazioni critiche di G. Tesauro, P. De Pasquale, *Rapporti tra Corti e retroattività della* lex mitior, in questo *Volume.*

[9] Corte costituzionale, sentenza del 22 ottobre 2007, n. 349.

[10] Corte costituzionale, sentenza del 13 ottobre 1999, n. 388, par. 2.1.

[11] Per un quadro complessivo della giurisprudenza precedente, Corte costituzionale sentenze n. 348 e n. 349 del 22 ottobre 2007, nonché, P. Mori, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni Unite e Costituzione italiana*, in *Rivista di diritto internazionale,* 1983, p. 306 ss.

[12] Corsivo aggiunto.

in contrasto con una norma CEDU, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi. "Il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost. (…) viene *integrato* e reso operativo dalle norme della CEDU". E proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello *sub*-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione.

Se nelle sentenze gemelle la particolare natura e funzione delle norme CEDU viene ancorata ad un parametro formale, ovvero all'art. 117, co. 1, Cost., nella giurisprudenza successiva la Consulta sembra accentuare l'aspetto sistemico. La Corte costituzionale, infatti, non solo ribadisce la "*supremazia assiologica*" della Costituzione sulla CEDU[13], ma, soprattutto per quanto qui interessa, rivendica il "*proprio infungibile ruolo*" nella valutazione "sistemica e non frazionata" dei diritti coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, effettuando il necessario bilanciamento in modo da assicurare la "massima espansione delle garanzie" di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca"[14], mentre "alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale"[15].

Insomma, si chiarisce e definisce la volontà, all'origine delle sentenze gemelle, di ordinare il sindacato sui diritti fondamentali sanciti nella CEDU in modo accentrato nella Corte costituzionale, evitandone il sindacato diffuso (e l'eventuale disapplicazione delle norme di leggi incompatibili con la CEDU) da parte dei giudici di merito e di legittimità[16].

Per inciso, vale la pena di notare che nella sentenza n. 349/2007 la Corte costituzionale, sia pure con riferimento alla CEDU, ha "sottolineato che i diritti fondamentali non possono considerarsi una 'materia' in relazione alla quale sia allo stato ipotizzabile, oltre un'attribuzione di competenza limitata all'interpretazione della Convenzione, anche una cessione di sovranità"[17].

Sul punto varrebbe la pena di spendere qualche maggiore riflessione che la natura di questo scritto non consente. Mi limito solo ad evidenziare, con riguardo all'ordinamento dell'Unione, che se è indubbiamente vero che "le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati" (art. 6, par. 1, TUE), è anche vero che le cessioni di sovranità riguardano, sì, materie, ma anche funzioni (art. 13 TUE, in generale; normativa, art. 288 TFUE; e soprattutto, per quanto qui interessa, giurisdizionale, art. 19 TUE *etc*.). Pertanto, dato che la Carta UE in forza del Trattato di Lisbona è a tutti gli effetti parte del diritto primario dell'UE (art. 6 TUE), essa non può che formare oggetto di interpretazione e di applicazione da parte della Corte di giustizia. E, ovviamente, godere anch'essa delle fondamentali garanzie costituzionali che accompagnano la partecipazione italiana al processo di integrazione europea (in specie quella di cui all'art. 11 Cost.).

---

13 Sentenze del 14 gennaio 2015, n. 49 e del 24 gennaio 2019, n. 25 (corsivo aggiunto).

14 Corte costituzionale, sentenze del 1° luglio 2013, n. 170, par. 4.2, e del 24 gennaio 2019, n. 25, par. 13, (corsivo aggiunto).

15 Corte costituzionale, sentenza del 30 novembre 2009, n. 317, par. 7.

16 V., in particolare, la sentenza 348/2007, par. 4.3.

17 Par. 6.1.

Ritornando al tema principale, mi sembra che con la sentenza 269/2017 la Consulta tenda ad applicare alla Carta gli orientamenti giurisprudenziali relativi alla CEDU e agli altri trattati internazionali in materia di diritti umani. Manifesti, in altri termini, la volontà di subordinare la Carta alla Costituzione e accentrare nella Corte costituzionale il sindacato sui diritti fondamentali, anche quando trovano la loro fonte nel diritto dell'Unione[18].

Insomma, una chiara indisponibilità, da un lato, ad ammettere il sindacato diffuso da parte dei giudici comuni, dall'altro lato, ad accettare senza riserve la competenza della Corte di giustizia in quest'ambito[19]. Ma questo implica anche una sorta di indistinta omologazione della Carta ai trattati internazionali in materia, di varia origine e di diversi ambiti, soggettivi e oggettivi, di efficacia. Sul punto ritornerò nel prossimo paragrafo.

Per contro, questa stessa giurisprudenza mi sembra introdurre alcune significative deviazioni rispetto a quella consolidatasi, a partire dalla sentenza *Granital*[20]. Vale la pena di ricordare che in questa sentenza i due sistemi, quello comunitario e quello nazionale, "sono configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato"[21], in base al trasferimento di competenze effettuato in conformità dell'art. 11 Cost.[22].

Si tratta di deviazioni che rischiano di compromettere l'autonomia e il primato del diritto dell'Unione, così come il ruolo che l'art. 19 TUE riserva alla Corte di giustizia e ai giudici nazionali.

3. La conseguenza più grave che questa giurisprudenza sembra comportare è legata all'effetto di costituzionalizzazione ovvero di incorporazione della Carta, con conseguente sua perdita di autonomia e di natura di diritto dell'Unione[23]. Il fenomeno emerge in modo molto chiaro nelle sentenze n. 20 e n. 63 del 2019[24].

Il primo caso riguarda la violazione della normativa europea sulla privacy concernente l'obbligo a carico delle Pubbliche amministrazioni di pubblicare sui loro siti la documentazione attestante i compensi e i rimborsi ricevuti dai dirigenti pubblici per l'espletamento dei loro incarichi nonché le dichiarazioni relative ai redditi e ai dati patrimoniali degli stessi e dei loro familiari. L'incidente di costituzionalità è stato sollevato (prima della pronunzia della sentenza 269/2017) dal TAR Lazio il quale, oltre la violazione di alcuni parametri costituzionali interni (articoli 2, 3, 13 e

[18] Condivido dunque con A. Ruggeri, *Giudice o giudici nell'Italia postmoderna*, in *Giustizia insieme,* 10 aprile 2019, l'idea che siamo in presenza di un "forte rigurgito di 'riaccentramento' del sindacato presso la Consulta".

[19] Sul ruolo della Corte di Lussemburgo in materia, v. A. Tizzano, *Qualche considerazione dal versante lussemburghese a proposito di diritti fondamentali,* in *Foro italiano,* 2017, V, p. 73 ss.; Idem, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 9 ss.

[20] Corte costituzionale, sentenza dell'8 giugno 1984, n. 170.

[21] *Ivi*, par. 4.

[22] Sul punto v. le considerazioni di R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea,* 2017, p. 906, nonché C. Amalfitano, M. Condinanzi, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015.

[23] Sul punto v. le considerazioni di R. Conti, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta: questo matrimonio s'ha da fare o no?* in *Giustizia insieme*, 4 marzo 2019; Id., *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in *Rivista di diritti comparati*, 2018, p. 280 ss.

[24] Corte costituzionale, sentenze del 23 gennaio 2019, n. 20 e del 20 febbraio 2019, n. 63.

117, co. 1, Cost.), ha prospettato quella degli articoli 7, 8, 52 della Carta, dell'art. 8 CEDU e di alcune norme della direttiva 95/46/CE sul trattamento dei dati personali (poi sostituita dal regolamento (UE) 2016/679).

Il TAR Lazio, pur "consapevole" che in un caso molto simile la Corte di giustizia[25] ha ritenuto che gli articoli 6, par. 1, lett. c), e 7, lett. c) ed e), della direttiva 95/46/CE – che hanno "trovato conferma" nelle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 – sono direttamente applicabili, ha tuttavia escluso che la norma contestata sia suscettibile di essere disapplicata "per contrasto con normative comunitarie", posto che non sarebbe individuabile una "disciplina self-executing di tale matrice direttamente applicabile alla fattispecie oggetto di giudizio".

Queste affermazioni sembrerebbero trovare spiegazione nel fatto che, in linea con una giurisprudenza consolidata, nella sentenza Österreichischer Rundfunk la Corte di giustizia, pur ritenendo direttamente applicabili le norme rilevanti della direttiva[26], ha affidato al giudice del rinvio il compito di apprezzare se l'ingerenza alla vita privata sia necessaria e proporzionata alla realizzazione della finalità legittima perseguita[27].

A fronte di questa difficoltà il TAR, anziché procedere esso stesso all'operazione di ponderazione degli interessi, eventualmente rinviando in caso di dubbi interpretativi la questione alla Corte di giustizia, ha scelto di rimettere la questione alla Corte costituzionale.

Dato che la questione si colloca indubitabilmente nell'ambito di attuazione del diritto UE, la Corte costituzionale avrebbe ben potuto/dovuto rinviare essa stessa alla Corte di giustizia.

Il giudice delle leggi ha invece ritenuto che "la 'prima parola' che questa Corte, per volontà esplicita del giudice *a quo*, si accinge a pronunciare sulla disciplina legislativa censurata è pertanto più che giustificata dal rango costituzionale della questione e dei diritti in gioco"[28]. E dunque, "avendo la facoltà di decidere l'ordine delle censure da affrontare (sentenze n. 148 e n. 66 del 2018), ritiene di esaminare prioritariamente le questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione all'art. 3 Cost., evocato sia sotto il profilo della violazione del principio di ragionevolezza, sia sotto il profilo della lesione del principio di uguaglianza".

Il diritto dell'Unione e la giurisprudenza della Corte di giustizia passano dunque in secondo piano, vengono applicati solo indirettamente, e diventano funzionali all'interpretazione dell'art. 3 Cost.: "lo scrutinio intorno al punto di equilibrio individuato dal legislatore sulla questione della pubblicità dei dati reddituali e patrimoniali dei dirigenti amministrativi va condotto alla *stregua del parametro costituzionale interno evocato dal giudice a quo (art. 3 Cost.*), come *integrato dai principi di derivazione europea*"[29].

---

[25] Sentenza della Corte di giustizia del 20 maggio 2003, cause riunite C-465/00, C-138 e 139/01, *Österreichischer Rundfunk*, ECLI:EU:C:2003:294.

[26] *Ivi*, punti 100 e 101 e punto 1 del dispositivo

[27] *Ivi*, punto 88 e punto 2 del dispositivo.

[28] Sentenza 20/2019, par. 2.3. Critico sul punto A. Ruggeri, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, in *Consulta Online*, 2019, p. 113 ss.

[29] *Ivi*, par. 3.1 (corsivo aggiunto).

In altri termini il diritto dell'Unione viene privato di qualsiasi autonoma rilevanza: la Consulta non solo ignora il problema della diretta applicabilità o efficacia diretta della norma europea (peraltro affermata dalla Corte di giustizia. Non solo, ma *quid* qualora la questione fosse posta con riferimento al regolamento (UE) 2016/679, atto che per definizione è direttamente applicabile?), ma non tiene neppure conto della propria giurisprudenza sul punto, consolidatasi da *Granital* in poi.

La Corte costituzionale rivendica invece il dovere di "esprimere la propria valutazione, alla luce innanzitutto dei parametri costituzionali interni, su disposizioni che, come quelle ora in esame, pur soggette alla disciplina del diritto europeo, incidono su principi e diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione italiana e riconosciuti dalla stessa giurisprudenza costituzionale". Non solo, ma disvela anche l'ambizione di voler "contribuire, per la propria parte, a rendere effettiva la possibilità, di cui ragiona l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (TUE), firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, entrato in vigore il 1° novembre 1993, che i corrispondenti diritti fondamentali garantiti dal diritto europeo, e in particolare dalla CDFUE, siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, richiamate anche dall'art. 52, paragrafo 4, della stessa CDFUE come fonti rilevanti"[30].

Ora, è chiaro che le tradizioni costituzionali comuni esprimono quei valori che emergono dalle giurisprudenze nazionali in materia di diritti fondamentali e che si sono formati in applicazione delle rispettive costituzioni. Ma spetta solo alla Corte di giustizia il compito di enuclearne la definizione condivisa, il *contenuto comune* a tutti gli Stati membri. Solo attraverso questa elaborazione può comporsi quel patrimonio costituzionale europeo che consente la formazione di quella fiducia reciproca tra gli Stati membri, che costituisce un principio cardine (la "pietra angolare"[31]) del sistema dell'Unione[32].

In questo caso i termini della questione sono del tutto diversi: in una fattispecie rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, la Consulta semplicemente utilizza come parametro di costituzionalità l'art. 3 Cost.

Molto simile è lo schema argomentativo seguito dalla Corte costituzionale nella più recente sentenza 63/2019[33]. Qui la questione riguardava la legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, del decreto legislativo 12 maggio 2015, n. 72 di attuazione della direttiva 2013/36/UE relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi e la vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, per il profilo del mancato riconoscimento della retroattività *in mitius* delle sanzioni previste per la fattispecie di abuso di informazioni privilegiate.

Un caso del genere avrebbe presupposto che in primo luogo il giudice comune avesse esperito il tentativo di interpretare la norma nazionale in modo conforme alla direttiva e alla Carta; poi, in caso di dubbi interpretativi, egli avrebbe dovuto rinviare alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE o, nel caso in cui avesse

[30] Critico sul punto G. Bronzini, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia*, in *Questione giustizia*, 4/2018.

[31] Parere della Corte di giustizia del 18 dicembre 2014, 2/13, *Adesione dell'Unione alla CEDU*, ECLI:EU:C:2014:2454.

[32] In argomento v. ancora A. Tizzano, *Qualche considerazione dal versante lussemburghese a proposito di diritti fondamentali*, cit., 76.

[33] Sentenza 63/2019.

ritenuto la disposizione legislativa incompatibile con il diritto dell'Unione, sollevare questione di costituzionalità per violazione dell'art. 11 e dell'art. 117, primo comma, Cost. in relazione alle disposizioni dell'Unione rilevanti. Invece la Corte d'appello di Milano ha individuato come parametri l'art. 3 e l'art. 117, co. 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU. Solo in un passaggio della motivazione è fatto riferimento all'art. 49, par. 1, della Carta, che espressamente stabilisce il principio della retroattività della *lex mitior*[34].

A questo proposito va osservato che l'Avvocatura generale dello Stato aveva eccepito l'inammissibilità della questione relativa al possibile contrasto con l'art. 49, par.1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in quanto un tale contrasto avrebbe piuttosto potuto formare oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.

La Corte costituzionale ha però respinto l'eccezione sul rilievo che l'art. 49, par. 1, della Carta non è stato richiamato nel dispositivo dell'ordinanza di rimessione ma solo nella motivazione e ha inoltre ribadito i principi affermati nelle sentenze n. 269 del 2017 e n. 20 del 2019 secondo cui "a questa Corte non può ritenersi precluso l'esame nel merito delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento sia a parametri interni, anche mediati dalla normativa interposta convenzionale, sia – per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. – alle norme corrispondenti della Carta che tutelano, nella sostanza, i medesimi diritti".

Il profilo che desta particolare perplessità è l'individuazione del "duplice, e concorrente fondamento" del principio di retroattività della *lex mitior* in materia penale. "L'uno – *di matrice domestica* – riconducibile allo spettro di tutela del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. (…) L'altro – *di origine internazionale*, ma avente ora ingresso nel nostro ordinamento attraverso l'art. 117, primo comma, Cost. – riconducibile all'art. 7 CEDU, nella lettura offertane dalla giurisprudenza di Strasburgo (…), nonché alle altre norme del diritto internazionale dei diritti umani vincolanti per l'Italia che enunciano il medesimo principio, *tra cui* gli stessi artt. 15, comma 1, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e 49, paragrafo 1, CDFUE, quest'ultimo rilevante nel nostro ordinamento anche ai sensi dell'art. 11 Cost."[35].

La Carta, per quanto rilevante anche ai sensi dell'art. 11 Cost., viene dunque inquadrata tra le, e assimilata alle, garanzie che "il diritto internazionale dei diritti umani", insieme alla Costituzione, assicura alla materia penale. Privando di autonoma rilevanza la Carta e il diritto dell'Unione, senza cioè tener conto del riparto di competenze materiali e funzionali definito nei Trattati, questa giurisprudenza sembra discostarsi nettamente dall'impostazione definita dalla sentenza *Granital*.

4. Il "diritto internazionale dei diritti umani" ovvero un insieme indistinto costituito da "una pluralità di basi normative", accomunata dalla "ratio della garanzia" e dal "limite della tutela assicurata, (…) non assoluta, ma aperta a possibili deroghe" che siano giustificabili al metro del vaglio positivo di ragionevolezza richiesto dalla

[34] "Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima".

[35] Sentenza 63/2019, par. 6.1, (corsivo aggiunto).

giurisprudenza costituzionale, in una ponderazione dei vari interessi di rango costituzionale in gioco[36].

Queste affermazioni contenute nella sentenza n. 63/2019 sembrano ignorare la diversità (che invece era stata evidenziata nella sentenza 348/2007, sia pure sotto il solo profilo dell'efficacia diretta delle norme dell'Unione) tra la Carta e i Trattati UE, da un lato, e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e gli altri trattati in materia, dall'altro lato. Per non parlare poi del fatto che la lunga motivazione della sentenza è prevalentemente dedicata all'esame della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e solo marginalmente al diritto dell'UE[37]. Mentre è solo l'art. 49, par. 1, CDFUE, e non anche l'art. 7 CEDU, a sancire espressamente il principio della *lex mitior*. E proprio per questo tanto più importante sarebbe stato interpellare la Corte di giustizia sulla sua interpretazione.

Ebbene, non possono ignorarsi le profonde differenze tra la Carta e la CEDU; differenze che riguardano l'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione[38], la diversa natura ed efficacia normativa, la diversa funzione e, *last but not least*, il diverso *modus operandi*.

La CEDU è, e resta, un accordo internazionale, sia pure di altissimo significato valoriale, che vincola un grande numero di Stati europei, quarantasette, non sempre omogenei tra loro culturalmente, socialmente, politicamente, economicamente (alcuni dei quali addirittura ingaggiati tra di loro in un conflitto armato) impegnandoli al rispetto di uno *standard* minimo di tutela dei diritti fondamentali della persona. Il sistema internazionale di garanzia in essa previsto è finalizzato ad esercitare un controllo esterno sugli Stati parti che si aggiunge ai meccanismi interni in un rapporto di sussidiarietà (di cui sono espressione la regola, prettamente internazionalistica, del previo esaurimento dei ricorsi interni e il riconoscimento di ampi margini di apprezzamento per gli Stati parti). Come gli altri trattati internazionali in materia, la Convenzione detta *standard* minimi di tutela dei diritti[39] e proprio per questo motivo è corredata dalla clausola di salvaguardia del più alto livello di protezione[40] allo scopo di consentire agli Stati di applicare lo *standard* di protezione più alto derivante dalle loro Costituzioni e quindi di evitare una riduzione del livello

[36] *Ivi*, par. 6.3.

[37] Al fine di riconoscere le garanzie penalistiche della sanzione prevista dall'art. 187 *bis* TUIF in considerazione della sua finalità repressiva, la Consulta ha richiamato, oltre alla giurisprudenza in materia della Corte di Strasburgo, le sentenze della Corte di giustizia del 20 marzo 2018, cause riunite C-596 e 597/16, *Di Puma*, ECLI:EU:C:2018:192, e causa C-537/16, *Garlsson*, ECLI:EU:C:2018:193.

[38] Ricordo a questo proposito che l'Unione non è parte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e che questa non è stata in alcun modo incorporata nell'ordinamento dell'Unione; in questo senso v. la sentenza della Corte di giustizia del 3 settembre 2015, causa C-398/13P*, Inuit Tapiriit Kanatami e a. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2015:535, punto 45, ove si afferma che la CEDU "non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione". In argomento v. anche le considerazioni di B. Nascimbene, in *La Carta UE dei diritti fondamentali fa gola o fa paura?*, in *Le interviste di giustizia insieme, Replica*, reperibile *online*.

[39] Sul carattere di "soglia di protezione minima" delle norme della CEDU, v. le sentenze della Corte di giustizia del 15 marzo 2017, causa C-528/15, *Al Chodor*, ECLI:EU:C:2017:213, punto 37 e del 21 maggio 2019, causa C-235/17, *Commissione c. Ungheria*, ECLI:EU:C:2019:432, punto 72 e giurisprudenza ivi citata.

[40] Art. 53 CEDU. Sulla diversa funzione di questa disposizione rispetto all'art. 53 della Carta, v. P. Mori, *Autonomia e primato della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea,* in G. Nesi, P. Gargiulo (a cura di), *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione*, Napoli, 2015, p.

di protezione dei diritti fondamentali (da qui la nota teoria della "massimizzazione delle tutele"). Il che ovviamente non esclude l'eventualità che determinati diritti, quali risultanti alla luce della giurisprudenza dalla Corte di Strasburgo, ricevano una tutela più ampia di quella offerta dalla Costituzione[41].

5. Ben diversa è la natura e la funzione della Carta. Essa non è un trattato internazionale, non è il frutto di un negoziato internazionale, bensì dell'elaborazione da parte di un organismo di altissimo livello, la Convenzione, rappresentativo di istanze di varia natura: dei Governi nazionali, del Presidente della Commissione, del Parlamento europeo e dei Parlamenti nazionali, della Corte di giustizia e di altri organismi dell'Unione. Dopo essere stata solennemente proclamata dalle tre istituzioni politiche dell'Unione nel 2000, ha acquisito lo stesso valore giuridico dei Trattati istitutivi in forza dell'art. 6, par. 1, TUE quale modificato dal Trattato di Lisbona. E dunque, fa oggi parte a tutti gli effetti dell'ordinamento giuridico dell'Unione ed è accompagnata dalla garanzia di quel principio fondamentale della nostra Costituzione sancito nell'art. 11.

Come anche recentemente ribadito dalla Corte di giustizia, "l'Unione è dotata di un quadro costituzionale che le è proprio. Rientrano in tale quadro i valori fondatori enunciati nell'articolo 2 TUE, (…) i principi generali del diritto dell'Unione, le disposizioni della Carta, nonché le disposizioni dei trattati UE e FUE, che contengono, segnatamente, le norme sull'attribuzione e la ripartizione delle competenze, le norme sul funzionamento delle istituzioni dell'Unione e del sistema giurisdizionale di quest'ultima"[42].

La Carta è dunque *la fonte autonoma* dei diritti fondamentali dell'Unione il cui rispetto si impone, per espressa previsione del suo art. 51, alle Istituzioni e agli organi dell'Unione, costituendo il presupposto della legittimità dei loro atti, e agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, ogniqualvolta ci si trovi nell'ambito di competenza del diritto dell'Unione sono le norme della Carta a costituire il parametro di riferimento, lo *standard comune*, per la definizione dei diritti garantiti e la Corte di giustizia ne è il suo giudice[43].

Non solo, ma la Corte di giustizia, dimostrando profonda coerenza sistematica con la propria giurisprudenza, ha riconosciuto gli effetti diretti, anche orizzontali, delle disposizioni della Carta che sanciscono un diritto di "carattere allo stesso tempo imperativo e incondizionato" che non richiede una concretizzazione ad opera delle disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale[44].

---

169 ss. Inoltre, v. la sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107, punto 55 e seguenti.

41 V. sentenza 25/2019.

42 Parere della Corte di giustizia del 30 aprile 2019, 1/17, *Accordo UE-Canada,* ECLI:EU:C:2019:341, punto 110; in precedenza, parere 2/13, punto 167 e seguenti e sentenza del 24 ottobre 2018, causa C-234/17, *XC*, ECLI:EU:C:2018:853, punto 36 e seguenti.

43 "L'autonomia di cui gode il diritto dell'Unione rispetto al diritto dei singoli Stati membri nonché rispetto al diritto internazionale esige che l'interpretazione di tali diritti fondamentali venga garantita nell'ambito della struttura e degli obiettivi dell'Unione": parere 2/13, punto 170 e giurisprudenza ivi citata.

44 Sentenza della Corte di giustizia del 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257, punto 76; del 6 novembre 2018, causa C-684/16, *Max-Planck*, ECLI:EU:C:2018:874, punto 74 e seguenti.

Mi sembra che queste conclusioni non possano esser smentite neppure da altre due considerazioni.

Mi riferisco, in primo luogo, alla giurisprudenza *Åkerberg Fransson* in cui la Corte di giustizia ha riconosciuto che qualora il caso riguardi un settore, al momento dei fatti, non armonizzato o armonizzato solo parzialmente, gli Stati membri e i loro giudici potranno "applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità o l'effettività del diritto dell'Unione"[45].

Tale giurisprudenza trova fondamento nel fatto che, in presenza di normative dell'Unione di armonizzazione parziale, o in mancanza di armonizzazione, gli Stati membri conservano una sfera di discrezionalità, più o meno ampia a seconda dei casi, che però deve essere esercitata in coerenza con il sistema dell'Unione.

È ovvio che quest'ultima verifica è di competenza della Corte di giustizia e non delle varie Corti costituzionali o Corti supreme degli Stati membri. Qualsiasi misura nazionale di trasposizione deve infatti obbligatoriamente essere conforme ai criteri e ai principi stabiliti nella direttiva (anche a quelle di armonizzazione minima) e, in generale, ai Trattati e alla Carta. Di conseguenza, e direi in ogni caso, le prime devono essere interpretate alla luce della *ratio,* degli obiettivi e dei principi stabiliti nei secondi. Pertanto, una volta accertato che una certa situazione rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, la maggiore o minore "intensità" dell'incidenza della normativa europea sull'ordinamento nazionale, ovvero la portata della discrezionalità di cui dispone il legislatore nazionale, non è rilevante ai fini dell'individuazione del giudice competente[46].

E quest'ultima constatazione sembra verosimilmente implicare l'opportunità di interpellare *quanto prima* la Corte di giustizia in via pregiudiziale, così da consentire un dialogo proficuo tra i giudici europei e quelli nazionali[47].

In secondo luogo, mi sembra che l'autonomia della Carta non possa essere smentita dalla circostanza che essa "riafferma (…) i diritti derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri" (Preambolo, par. 5). L'indiscusso carattere ricognitivo della Carta non ne esclude infatti il valore innovativo nella misura in cui essa codifica in maniera sistematica e in un unico testo, diritti sanciti in atti di cui non sempre identico è il contenuto precettivo; così come non identica è la loro originaria portata normativa, trattandosi

[45] Sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, punti 29 e 47, e sentenza *M.A.S.* e *M.B.*

[46] Si veda in particolare la sentenza della Corte giustizia del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e 493/10, *N. S. e a.*, ECLI:EU:C:2011:865, punti 65 e seguenti, in cui la Corte ha ritenuto che la decisione adottata da uno Stato membro nell'esercizio del potere discrezionale riconosciutogli dall'art. 3, n. 2, del regolamento n. 343/2003 di esaminare o meno una domanda di asilo rispetto alla quale esso non è competente in base ai criteri enunciati nel capo III di detto regolamento, "dà attuazione al diritto dell'Unione ai fini dell'art. 6 TUE e/o dell'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea".

[47] Una prospettiva in parte diversa sembrerebbe quella di R. Mastroianni, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso la nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, p. 1 ss., secondo il quale, in queste situazioni, il principio di "prossimità" comporta che è "il sistema interno con le sue procedure (*Melki*) e le sue regole sostanziali (*Fransonn*) che si vede riconoscere la priorità (*in primis* temporale), fermo restando un successivo, eventuale, controllo di adeguatezza" da parte della Corte di giustizia.

in alcuni casi di convenzioni internazionali, in altri di dichiarazioni solenni. E di diversa ampiezza sono poi gli ambiti soggettivi di applicazione degli atti di riferimento.

E neppure vale a smentire l'autonomia della Carta il rinvio alle "fonti" delle sue disposizioni previsto dall'art. 6, par. 1, TUE il quale, rimandando alle Spiegazioni, richiede che i diritti, le libertà e i principi della Carta siano interpretati alla luce dei corrispondenti diritti risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni o sanciti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Al contrario, più che come un vincolo interpretativo, quel rinvio sembra infatti avere la funzione di garantire la necessaria elasticità del sistema, nella misura in cui consente all'interprete l'opportuno adeguamento dei diritti e dei principi garantiti all'evoluzione dei sistemi giuridici di riferimento, in una dinamica virtuosa di coordinamento e complementarietà degli stessi. Ma ancora una volta questo compito non può che essere della Corte di giustizia in dialogo con i giudici nazionali. E d'altro canto, la giurisprudenza della Corte di giustizia mostra di mantenere un approccio flessibile e discrezionale nel riferimento a quelle fonti, in maniera tale da salvaguardare l'autonomia e la specificità del diritto dell'Unione[48], nel dialogo continuo con i giudici nazionali.

Un'ultima, ma mi sembra fondamentale, riflessione. Vero è che i diritti sanciti nella Carta trovano riconoscimento nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e negli atti internazionali in materia. Così come è altrettanto vero che i diritti fondamentali esprimono tutti i medesimi valori, integrandosi e arricchendosi reciprocamente in una dinamica virtuosa.

Va detto però che non necessariamente tali diritti hanno identico contenuto e portata nei diversi ordinamenti. Osservo, infatti, che, in linea di principio, e con l'esclusione del diritto alla vita e il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, neppure i diritti fondamentali hanno una portata assoluta in quanto devono confrontarsi con altri diritti e interessi rilevanti e la loro definitiva portata varia in funzione dei cambiamenti e dell'evoluzione del sistema in cui vivono. Ora, questa operazione ermeneutica non può che essere contestualizzata nell'ordinamento di riferimento, ovvero quello competente, alla luce delle caratteristiche e degli obiettivi propri di tale ordinamento e dunque, nell'ambito di competenza dell'Unione, in base agli obiettivi dei Trattati quali enunciati nell'art. 3 TUE e dal giudice dell'Unione [49].

In un ordinamento come quello dell'Unione che è profondamente integrato a quello dei suoi Stati membri, l'art. 19 TUE affida questo compito in primo luogo alla Corte di giustizia. Sarà poi il giudice nazionale ad applicare nello specifico procedimento il principio di diritto enunciato a Lussemburgo, coordinandolo con i principi e la normativa nazionali.

A questo scopo la Corte di giustizia ha costantemente valorizzato il ruolo interpretativo che il giudice nazionale è chiamato a svolgere nell'applicazione al caso concreto del principio di diritto da essa enunciato, lasciandogli ampi margini di

[48] V. la sentenza della Corte di giustizia del 12 febbraio 2019, causa C492/18 PPU, *TC*, ECLI:EU:C:2019:108, punto 57: "Orbene, laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a diritti garantiti dalla CEDU, l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta è inteso ad assicurare la necessaria coerenza tra i diritti contenuti in quest'ultima e i corrispondenti diritti garantiti dalla CEDU, senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia dell'Unione europea".

[49] A. Tizzano, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, cit., p. 19; sentenza della Corte di giustizia del 20 marzo 2018, causa C-524/15, *Menci*, ECLI:EU:C:2018:197, punto 41.

discrezionalità nella determinazione del contenuto stesso della legge applicabile e nella formazione della giurisprudenza anche ai fini della definizione dei requisiti di prevedibilità e determinatezza della norma giuridica[50].

Alla luce di queste considerazioni il dialogo tra le giurisdizioni nazionali, in particolare quelle di ultima istanza, e la Corte di giustizia attraverso la procedura del rinvio pregiudiziale[51], proprio perché consente una continua, effettiva osmosi tra i valori giuridici europei e quelli nazionali, assume importanza essenziale e trova la sua garanzia nei Trattati istitutivi e, per l'Italia, nell'art. 11 Cost.

6. L'*obiter dictum* contenuto nella sentenza 269/2917 ha destato forti incertezze sull'esistenza e sull'eventuale portata di un obbligo del giudice comune di sollevare, nei casi di doppia pregiudizialità, in via prioritaria la questione di legittimità costituzionale[52]. Poco chiare anche le conseguenze dell'affermazione per cui il giudice ordinario conserva la possibilità "di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, *per altri profili*, la ritengano contraria al diritto dell'Unione"[53].

Tali affermazioni sembrano ora stemperarsi alla luce delle più recenti decisioni della Corte costituzionale.

Già nella sentenza 20/2019 la Consulta, dopo aver richiamato le affermazioni contenute nella 269/2017, ha infatti riconosciuto che "i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria. In generale, la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera, del resto, un concorso di rimedi giurisdizionali, arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, *esclude ogni preclusione*"[54].

---

[50] Tra le molte, v. la sentenza della Corte di giustizia del 28 marzo 2017, causa C72/15, *Rosneft*, ECLI:EU:C:2017:236, punti 162 e 167 e la sentenza *M.A.S. e M.B.*, punto 59. Diversamente, la Corte costituzionale nella sentenza n. 115/2018, par. 11, ha affermato che "nel diritto scritto di produzione legislativa, l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo". In argomento v. anche P. Mori, *Il principio di legalità e il ruolo del giudice comune tra Corte costituzionale e Corti europee*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2018, p. 97 ss.

[51] Sentenze della Corte di giustizia del 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starnet*, ECLI:EU:C:2017:985; del 24 ottobre 2018, causa C-234/17, *XC e a. c. Austria*, ECLI:EU:C:2018:853, punti 42-45; del 10 dicembre 2018, causa C-621/18, *Wightman*, ECLI:EU:C:2018:999.

[52] Ricordo che la Corte di giustizia nella citata sentenza *Global Starnet*, punto 2, ha ribadito la propria giurisprudenza sulla doppia pregiudizialità ricordando che "un giudice nazionale investito di una controversia concernente il diritto dell'Unione, il quale ritenga che una norma nazionale sia non soltanto contraria a tale diritto, ma anche inficiata da vizi di costituzionalità, non è privato della facoltà o dispensato dall'obbligo, previsti dall'articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte questioni relative all'interpretazione o alla validità del diritto dell'Unione per il fatto che la constatazione dell'incostituzionalità di una norma di diritto nazionale è subordinata ad un ricorso obbligatorio dinanzi ad una corte costituzionale".

[53] Da ultimo, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, v. C. Amalfitano, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l'*obiter dictum *della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, reperibile *online*.

[54] Par. 2.3 (corsivo aggiunto).

Il principio è stato ribadito nella più recente sentenza 63/2019 là dove la Corte, da un lato, ha ribadito l'esclusione di qualsiasi preclusione ad esaminare "nel merito delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento sia a parametri interni, anche mediati dalla normativa interposta convenzionale, sia – per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. – alle norme corrispondenti della Carta che tutelano, nella sostanza, i medesimi diritti"; dall'altro lato, ha confermato "il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta".

La Consulta sembra dunque aver sfumato la posizione assunta nella sentenza 269/2017 riconoscendo al giudice comune il potere sia di rinviare in ogni momento alla Corte di giustizia sia di disapplicare la norma nazionale in contrasto con la norma dell'Unione dotata di effetto diretto.

E tuttavia, il fatto di aver escluso ogni preclusione circa la scelta dei rimedi giurisdizionali in concorso – rinvio alla Corte costituzionale o alla Corte di giustizia – sembra confermare l'abbandono di quella, consolidata, giurisprudenza secondo cui, in presenza di norme europee provviste di efficacia diretta, "la questione di compatibilità comunitaria costituisce un *prius* logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità, poiché investe la stessa applicabilità della norma censurata e pertanto la rilevanza di detta ultima questione"[55]. Da questa premessa la Corte costituzionale aveva tratto la conseguenza che in quel tipo di casi la questione di costituzionalità dovesse essere considerata inammissibile, "in quanto non compete a questa Corte, ma al giudice comune accertare – eventualmente avvalendosi dell'ausilio del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia – se le disposizioni del diritto interno, rilevanti nella specie, confliggano con le evocate norme del diritto comunitario provviste di effetto diretto e trarne le conseguenze qui precisate" e cioè la non applicazione.

7. Questo nuovo orientamento sembra ulteriormente confermato dalla sentenza n. 112/2019 e dall'ordinanza n. 117/2019[56] con cui la Corte costituzionale si è pronunciata su alcune questioni sollevate dalla Corte di cassazione[57] in relazione ad un caso riguardante le sanzioni amministrative inflitte dalla CONSOB per abuso di informazioni privilegiate, quali stabilite dal Testo unico in materia di intermediazione finanziaria (d.lgs. n. 58 del 1998), in attuazione della normativa dell'Unione in materia (direttiva 2003/6/CE e regolamento (UE) n. 596/2014). Le questioni promosse dalla Corte di cassazione investivano diversi profili, ragione per cui la Corte costituzionale ha disposto la separazione dei giudizi.

Il primo è stato deciso con la sentenza 112/2019 dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 187 *sexies* TUIF nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito e non del solo profitto. Secondo i giudici costituzionali, infatti, questo tipo di confisca – combinata con le fortissime sanzioni pecuniarie previste dal TUIF – pur rivestendo carattere for-

[55] Corte costituzionale, sentenza del 13 luglio 2007, n. 284, par. 3.
[56] Corte costituzionale, sentenza del 10 maggio 2019, n. 112 e, in pari data, ordinanza n. 117.
[57] Cass., Sez. I civ., sentenza del 6 aprile 2018, n. 8590.

malmente amministrativo ha carattere sostanzialmente afflittivo e, di conseguenza, risulta in contrasto con il principio della proporzionalità della sanzione.

Il secondo, in cui veniva in gioco il "diritto al silenzio" davanti alla CONSOB, ha portato alla pronunzia dell'ordinanza 117/2019 con cui è stato promosso il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Due le questioni sollevate: la prima diretta a chiarire se le disposizioni rilevanti della direttiva 2003/6/CE e del regolamento (UE) n. 596/2014 possano essere interpretate nel senso che permettono allo Stato membro di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la sua responsabilità per un illecito punito con sanzioni penali o con sanzioni amministrative di natura "punitiva". In subordine, qualora la risposta della Corte di giustizia fosse negativa, la Consulta ha posto la questione di validità delle disposizioni europee rilevanti per contrasto con gli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Entrambe le decisioni, pur collocandosi sulla scia della più recente giurisprudenza costituzionale, sembrano caratterizzarsi per una maggiore apertura verso il diritto dell'Unione. Nella sentenza 112/2019, i giudici della legge hanno infatti richiamato "i principi espressi nelle sentenze n. 269 del 2017, n. 20 e n. 63 del 2019" allo scopo di dichiarare "l'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale prospettate con riferimento agli artt. 17 e 49 CDFUE, per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. e 117, primo comma, Cost.: questioni che questa Corte ha il compito di vagliare, essendo stata a ciò sollecitata dal giudice a quo"[58].

Sulla stessa lunghezza d'onda l'ordinanza ove la Consulta ricorda di essere essa stessa "organo giurisdizionale" nazionale ai sensi dell'art. 267 TFUE e di poter dunque "valutare se la disposizione censurata violi le garanzie riconosciute, al tempo stesso, dalla Costituzione e dalla Carta, attivando rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ogniqualvolta ciò sia necessario per chiarire il significato e gli effetti delle norme della Carta". All'esito di tale valutazione essa potrà "dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata, rimuovendo così la stessa dall'ordinamento nazionale con effetti *erga omnes*"[59].

Per quanto riguarda poi i giudici comuni nell'ordinanza viene confermato che essi "possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria", anche al termine del procedimento incidentale di legittimità costituzionale; "fermo restando, altresì, il loro *dovere* – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al loro esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta"[60].

Sebbene in queste ultime due pronunzie siano numerosissime le citazioni delle precedenti sentenze, quello "spirito di leale cooperazione tra corti nazionali ed europee nella definizione di livelli comuni di tutela dei diritti fondamentali"[61] che prima sembrava più una petizione di principio che altro, ora sembra prendere maggiore consistenza. Innanzitutto, e molto significativamente, tanto nella sentenza 112/2019 quanto nell'ordinanza 117/2019 viene meglio definito il rilievo autonomo della

58 Sentenza 112/2019, par. 7.
59 Ordinanza 117/2019, par. 2.
60 *Ibidem*.
61 *Ivi*, par. 10.

Carta, in quanto diritto dell'Unione europea e come parametro *ex* articoli 11 e 117, co. 1, Cost., anziché come "diritto internazionale di diritti umani". Inoltre, ma non meno importante, va posto in rilievo che mentre nella sentenza 63/2019 si riconosceva al giudice comune il *potere* – ricorrendone i presupposti – di non applicare, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti nella Carta[62], nell'ordinanza 117/2019 si usa il termine *dovere*.

Insomma, la Consulta sembra ora voler rientrare, almeno in parte, nel solco di quella giurisprudenza, europea e costituzionale, che da *Simmenthal*[63], passando per *Granital,* ha definito condizioni e principi dell'efficacia diretta e del primato del diritto dell'Unione e, più in generale, dei rapporti interordinamentali.

Non si può però fare a meno di notare come rimanga immutata la decisione di non dichiarare più l'inammissibilità delle questioni che sarebbero di competenza della Corte di giustizia. Così come non del tutto definito – ma piuttosto affidato a valutazioni di opportunità contingenti – sembra rimanere il ruolo della Corte costituzionale rispetto a questioni che toccano norme direttamente efficaci di diritto dell'Unione. Non può dunque escludersi il rischio che la Corte costituzionale prenda posizione su questioni riguardanti il diritto dell'Unione senza interpellare a sua volta la Corte di giustizia, per ciò stesso interferendo con la competenza che il Trattato riserva a quest'ultima.

Abstract

La Corte costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE: dalla sentenza 269/2017 all'ordinanza 117/2019. Un rapporto in mutazione?

Il lavoro esamina la recente giurisprudenza della Corte costituzionale italiana (sentenze n. 20, n. 63 e n. 112 del 2019, ordinanza n. 117 del 2019) sui rapporti con il diritto dell'Unione nei casi che pongono questioni di rispetto dei diritti fondamentali e della Carta di Nizza. L'A. evidenzia l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale dopo la sentenza n. 269 del 2017 in cui la Corte costituzionale ha affermato la necessità di salvaguardare il sindacato accentrato sui diritti fondamentali anche in caso di "doppia pregiudizialità" ed ha imposto ai giudici comuni di rinviare ad essa eventuali dubbi di legittimità al riguardo. Nelle decisioni più recenti la Corte costituzionale sembra adottare un approccio più dialogico

[62] "(…) e ciò fermo restando il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta", par. 4.3.

[63] Ricordo, in proposito, che nella Dichiarazione sul primato (n. 17) allegata all'atto finale della Conferenza intergovernativa di Lisbona si afferma che i Trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

rispetto ai giudici comuni e alla Corte di giustizia. Con l'ordinanza n. 117 la Corte costituzionale, prima di decidere della questione di costituzionalità, ha ritenuto di porre alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali circa l'interpretazione e la validità della normativa dell'Unione rilevante. L'A. evidenzia gli aspetti critici della giurisprudenza costituzionale, ricordando i caratteri specifici e l'autonomia dell'ordinamento nato dai Trattati UE che conferiscono il primato al diritto dell'Unione e la priorità alla Corte di giustizia.

The Italian Constitutional Court and the Charter of Fundamental Rights of the European Union: From Judgment no 269/2017 to Order 117/2019. A Relationship in Mutation?

This paper discusses the recent case-law of the Italian Constitutional Court (judgments no 20/2019, no 63/2019 and no 112/2019, order no 117/209) on the relationship with EU law in cases concerning fundamental rights and the Nice Charter. The Author analyses the development of the constitutional case-law since judgment no 269/2017. In this last decision the Constitutional Court held that it must be preserved the centralized system of the constitutional scrutiny even in case raising "dual preliminary questions" and it required ordinary judges to refer any question regarding violations of fundamental rights to the Constitutional Court even where they involve EU law. In the most recent case law the Constitutional Court seems to adopt an approach based on dialogue both with common judges and the European Court of Justice. Finally, in order no 117/2019 the Constitutional Court stayed the proceedings and referred two questions to the Court of Justice for a preliminary ruling concerning the interpretation and the validity of the relevant provisions of European law. The A. criticizes the case-law of the Italian Constitutional Court and recalls the specific characteristics and the autonomy of the legal order introduced by the EU Treaties that give primacy to the EU law and provide priority to the Luxembourg Court.

Lorenzo Federico Pace*

Il ruolo dell'Unione nel processo di formazione delle leggi di bilancio degli Stati membri

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La valutazione da parte della Commissione UE del documento programmatico di bilancio degli Stati dell'eurozona ai sensi del regolamento n. 473/2013: *ratio*, finalità e procedura. – 3. La prova dei fatti: la procedura di valutazione da parte della Commissione UE del documento programmatico di bilancio italiano per il 2019 e l'approvazione della relativa legge di bilancio. – 4. Conclusioni: le cause degli accadimenti dell'ottobre/dicembre 2018 e le ragioni della (conflittuale) appartenenza dell'Italia all'euro.

1. La crisi dell'eurozona ha determinato rilevanti modifiche al quadro giuridico dell'Unione economica e monetaria. Tra queste modifiche, un ruolo importante è svolto dal procedimento di valutazione del documento programmatico di bilancio (in seguito, anche DPB) da parte della Commissione UE ai sensi del regolamento n. 473/2013[1]. La rilevanza di tale procedura è stata evidenziata alla fine dell'anno scorso durante il complesso procedimento di formazione della legge italiana di bilancio per il 2019.

In considerazione della novità di tale procedura, e del limitato approfondimento scientifico sul punto, l'obiettivo del presente articolo è quello di analizzare le criticità sollevate dal procedimento disciplinato dal regolamento 473/2013 nel generale contesto del procedimento di adozione della legge di bilancio. In primo luogo, verrà inquadrata la funzione di tale procedura e di come questa si inserisca nel complesso quadro giuridico dell'euro. In secondo luogo, verrà ricostruito il concreto svolgimento di tale procedura nei confronti dell'Italia, tra l'ottobre e il dicembre 2018. Infine, verranno tratte alcune conclusioni al fine di comprendere, tra l'altro, i motivi dell'accidentato percorso di adozione della legge di bilancio per il 2019, così come i motivi della (conflittuale) appartenenza dell'Italia alla moneta unica.

* Professore associato di diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi del Molise.

1 Regolamento (UE) n. 473/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulle disposizioni comuni per il monitoraggio e la valutazione dei documenti programmatici di bilancio e per la correzione dei disavanzi eccessivi negli Stati membri della zona euro, in GUUE del 27 maggio 2013, L 140, 11.

2. La procedura di approvazione delle leggi di bilancio degli Stati dell'eurozona è ora rigidamente inserita nel quadro giuridico dell'euro ed in particolare nella disciplina dell'Unione economica (art. 120 TFUE ss.). Come noto, infatti, l'Unione economica congiuntamente all'Unione monetaria (art. 127 TFUE ss.) costituiscono i pilastri sui quali è istituita la moneta unica (art. 3, co. 4, TUE).

Riguardo alla disciplina europea di valutazione da parte della Commissione UE del DPB, essa è relativamente recente. La procedura è regolata dal regolamento (UE) n. 473/2013, uno dei provvedimenti parte del "pacchetto normativo" c.d. *two pack*. Questo, insieme al "pacchetto normativo" del c.d. *six pack*, al Trattato sul MES e al Trattato sul c.d. *Fiscal compact*, costituiscono le misure emanate durante la crisi dell'eurozona per la sua risoluzione[2]. L'obiettivo generale di tali misure era, in ultima istanza, quello di rendere l'Unione economica - ed in particolare il Patto di stabilità e crescita[3] – più stabile.

La procedura del regolamento 473/2013 si inserisce nell'ultima fase del c.d. semestre europeo, cioè quella complessa procedura che inizia nel novembre di ciascuno anno e termina nel dicembre dell'anno successivo. Durante questo periodo sono scadenzati i vari passaggi, a livello dell'Unione e degli Stati membri, finalizzati ad un più efficace coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri nel contesto dell'Unione[4]. Tale procedura è funzionale, tra l'altro, ad anticipare il controllo della Commissione UE sul rispetto del Patto di stabilità e crescita da parte degli Stati membri ancora prima del momento dell'adozione della legge di bilancio.

In particolare, il regolamento 473/2013 prevede che, nel contesto del c.d. "calendario comune di bilancio" (art. 4), "ogni anno, entro il 15 ottobre, gli Stati membri trasmettono alla Commissione e all'Eurogruppo un progetto di documento programmatico di bilancio per l'anno successivo" (art. 6, co. 1). Tale progetto "deve essere coerente con le raccomandazioni formulate nel contesto del [Patto di stabilità e crescita]" (art. 6, co. 1). Successivamente la Commissione UE, concludendo tale procedura di valutazione, "adotta il prima possibile e in ogni caso entro il 30 novembre un parere sul documento programmatico di bilancio" (art. 7, co. 1). Il regolamento 473/2013

---

2 Sul punto, v. L. F. Pace, *Il regime giuridico dell'euro*, Bari, 2018, p. 125.

3 Per "Patto di stabilità e crescita" si intende il quadro giuridico composto dai regolamenti n. 1466/97 e n. 1467/97, regolamenti di attuazione del procedimento *ex* art. 121 TFUE, il procedimento di sorveglianza multilaterale (c.d. braccio preventivo), e dell'art. 126 TFUE, procedimento per disavanzi eccessivi (c.d. braccio correttivo).

4 Il "semestre europeo" è così organizzato: a novembre la Commissione pubblica la sua analisi annuale della crescita che definisce le priorità per l'anno successivo in materia di politiche macroeconomiche; a marzo il Consiglio definisce gli orientamenti politici della Unione europea; entro il 15 aprile ogni Stato membro sottopone il Piano di Stabilità e il Piano nazionale di riforma; ad inizio giugno, sulla base dei suddetti piani, la Commissione elabora delle raccomandazioni di politica economica e di bilancio; a giugno il Consiglio nella formazione Ecofin approva le raccomandazioni della Commissione, poi adottate dal Consiglio in luglio; entro il 15 ottobre ogni Stato membro deve presentare la bozza della legge di bilancio alla Commissione. La Commissione può chiedere la presentazione di un progetto rivisto entro due settimane dalla ricezione (30 ottobre) e la legge di bilancio deve comunque essere approvata entro il 31 dicembre. V. Conclusioni Consiglio Ecofin del 7 settembre 2010 e il regolamento 1466/97 come modificato dal regolamento n. 1175/11.

prevede espressamente che tale procedura debba concludersi entro il 30 novembre in modo da permettere agli Stati membri, nel corso del mese successivo, di discutere ed infine "'adottare (…) il bilancio per l'amministrazione centrale', salvo casi eccezionali, entro il 31 dicembre" di ciascuno anno (art. 4, co. 3, regolamento 473/2013).

Il fatto che il documento sottoposto all'attenzione della Commissione UE sia il DPB, e non la legge di bilancio approvata in via definitiva, permette alla Commissione UE, nello spirito di collaborazione tra Unione e Stati membri caratteristico di tale procedura, di formulare eventuali commenti sul DPB nell'eventualità di divergenze tra il documento di programmazione di bilancio e le disposizioni del Patto di stabilità e crescita. Questo consente allo Stato, nella sua discrezionalità, di effettuare, o meno, le modifiche al DPB indicate dalla Commissione UE prima dell'adozione finale della legge di bilancio.

Il regolamento prevede inoltre un *sub*-procedimento nel caso in cui la Commissione UE riscontri nel DPB comunicato ad ottobre "un'inosservanza particolarmente grave degli obblighi di politica finanziaria definiti" nel Patto di stabilità e crescita. In questo caso essa adotta "il proprio parere entro due settimane dalla trasmissione del progetto di documento programmatico di bilancio" (cioè entro il 30 ottobre). Nel parere la Commissione UE chiede che sia presentato un progetto riveduto di documento programmatico quanto prima e comunque entro tre settimane dalla data del "suo parere", cioè entro il 21 novembre (art. 7, co. 2). Tale fase della procedura non dà per scontato l'adempimento di tale richiesta. Ed infatti la procedura prevede che "*in presenza* di un progetto riveduto di documento programmatico di bilancio presentato" si applica nuovamente la procedura dell'art. 6 (art. 7, co. 2, cpv. 2, corsivo aggiunto). Nel caso di presentazione del progetto riveduto, la Commissione UE "adotta un nuovo parere sul progetto (…) quanto prima e comunque entro tre settimane dalla presentazione di tale documento", cioè entro e non oltre il 15 dicembre (art. 7, co. 2, cpv. 3). Successivamente "l'Eurogruppo esamina i pareri della Commissione (…). I risultati di tali esami da parte dell'Eurogruppo sono resi pubblici, ove appropriato" (art. 6, co. 7, regolamento 473/2013). Tale *sub*-procedimento, in considerazione degli ulteriori passaggi, deve quindi terminare entro e non oltre il 15 dicembre, in questo caso limitando a due settimane il periodo per adottare, a livello statale, il "bilancio per l'amministrazione centrale" che deve avvenire entro il 31 dicembre.

Come si diceva, la procedura del regolamento 473/2013 è organizzata sulla base dello spirito di cooperazione tra Unione e Stati membri (art. 4, co. 3, TUE). Infatti in essa la Commissione UE non è titolare di alcun potere di veto sul DPB, né essa dispone di poteri coercitivi al fine di ottenere specifiche modifiche di tale atto. Simili poteri sarebbero in irresolubile contrasto con la legittimazione democratica che caratterizza i procedimenti nazionali di adozione delle leggi di bilancio a fronte della "mera" (ma fondamentale, nel processo d'integrazione europea) legittimazione "tecnica" della Commissione UE funzionale alla tutela dell'interesse generale dell'Unione (art. 17 TUE). Questo non significa che le indicazioni fornite dalla Commissione UE nel suo parere finale siano senza alcun effetto giuridico. Ed infatti ai sensi dell'art.

12 regolamento 473/2013 la Commissione UE tiene conto, nell'eventuale relazione *ex* art. 126, co. 3, TFUE - cioè nella fase iniziale del procedimento per disavanzo eccessivo-, del modo in cui il suo parere è preso in considerazione dagli Stati membri nel contenuto del proprio DPB[5].

3. Al fine di verificare gli effetti di tale procedura sull'*iter* di adozione della legge di bilancio italiana è necessario, quindi, ripercorrere quanto accaduto tra il 15 ottobre e il 19 dicembre 2018.

Il procedimento iniziò il 15 ottobre 2018 con la presentazione da parte dell'Italia alla Commissione europea del documento programmatico di bilancio (DPB)[6].

Già il 18 ottobre i membri competenti della Commissione UE inviarono una lettera al Ministro dell'economia sottolineando rilevanti difformità del DPB rispetto agli impegni presi dall'Italia nel contesto del Patto di stabilità e crescita. Essi richiedevano al Ministro di prendere posizione entro il 22 ottobre alle obiezioni formulate dalla Commissione UE stessa[7].

Il 22 ottobre il Ministro dell'economia e finanze rispose alle richieste della Commissione UE. Il Ministro confermava nella sostanza il contenuto del DPB inviato e riconosceva una volontaria "non applicazione" della normativa europea. In particolare il Ministro sosteneva che "l'approccio scelto per la politica di bilancio [italiana] non rispetta le regole del Patto di stabilità e crescita". Tale violazione delle norme del Patto di stabilità e crescita erano giustificate, così motivava il Ministro, da ragioni di politica interna; in particolare dalla volontà del Governo di "attuare il programma economico e sociale sul quale [aveva] ottenuto la fiducia del Parlamento italiano"[8].

Il giorno immediatamente successivo, il 23 ottobre, i competenti Commissari UE inviavano una lettera al Ministro dell'economia e delle finanze, ai sensi dell'art. 7, co. 2, regolamento n. 374/2013, con la richiesta di un progetto riveduto di documento programmatico entro il 21 novembre. Questo in quanto il "progetto di piano

[5] Come già accennato sopra, i pareri adottati dalla Commissione, sebbene non vincolanti, non sono privi di effetti giuridici. Infatti la Commissione "in sede di elaborazione di una relazione ai sensi dell'articolo 126, paragrafo 3, TFUE" prende in considerazione "la misura in cui lo Stato membro in questione ha tenuto conto" di tale parere.

[6] Tutti di documenti ufficiali del procedimento sono reperibili al *link*: bit.ly/2yiWecT

[7] In particolare, i Commissari sollevano tre ordini di criticità di cui la più grave, in quel momento, appariva essere la deviazione di circa l'1,5 % del PIL italiano (pari a circa 26,5 miliardi di euro) tra il programma contenuto nel DPB per il 2019 e l'aggiustamento di bilancio raccomandato dalla Commissione per l'anno precedente. La Commissione sottolineava che tale deviazione era "senza precedenti nella storia del Patto di stabilità e crescita". Gli altri due riguardavano il rischio di non rispetto della regola del debito e il fatto che il progetto non era stato approvato dal Comitato parlamentare di bilancio. Sulla base delle osservazioni, l'Autorità comunitaria, nella ricerca di un continuo "dialogo costruttivo con l'Italia per arrivare a una valutazione finale", richiedeva al Ministro dell'economia di rispondere alle obiezioni contenute in tale lettera entro il 22 ottobre 2018 per consentire alla Commissione di tenerne conto prima di formulare il proprio parere sul DPB.

[8] A fronte di questo, la lettera si concludeva convenendo che "pur riconoscendo la differenza nelle nostre rispettive valutazioni, il governo continuerà un dialogo costruttivo come stabilito dalle norme che disciplinano l'area dell'euro. L'Italia appartiene all'Europa e all'Eurozona".

di bilancio italiano non rispetta né la raccomandazione fiscale indirizzata all'Italia dal Consiglio né gli stessi impegni dell'Italia".

Parallelamente, il 29 ottobre la Direzione generale affari economici e finanziari (in seguito anche, DG Ecfin) della Commissione europea scriveva al Direttore generale del Tesoro. Tale comunicazione era inviata non ai sensi del regolamento 473/2013 ma ai sensi della disciplina relativa al procedimento per disavanzo eccessivo. Il Direttore della DG Ecfin, dopo aver chiarito che il contenuto del DPB per il 2019 costituiva "un'inosservanza particolarmente grave della raccomandazione rivolta all'Italia il 13 luglio 2018"[9], sottolineava come essa rappresentasse "un cambiamento sostanziale nei fattori significativi che giustifica la pubblicazione di una nuova relazione ai sensi dell'articolo 126, paragrafo 3, per l'inosservanza *prima facie* nel 2017 del parametro di riferimento relativo all'adeguamento del rapporto debito/PIL da parte dell'Italia". La DG Ecfin, al fine della preparazione di una nuova relazione, richiedeva all'Italia, ai sensi dell'art. 2, par. 3, regolamento n. 1467/97, di presentare entro il 21 novembre le proprie precisazioni affinché la Commissione UE potesse valutare il relativo rispetto dei criteri del *deficit* e del debito da parte dell'Italia. L'assenza anche della sola presentazione dell'Italia di un DPB aggiornato, ai sensi del regolamento 473/2013, avrebbe avuto quale diretta conseguenza il prosieguo della procedura di disavanzo eccessivo ai sensi dell'art. 126 TFUE. Tale potenziale conseguenza, a sua volta, rendeva "nei fatti" obbligatorio per l'Italia quello che il regolamento 473/2013 non disponeva, cioè l'obbligo di presentazione di un DPB aggiornato[10].

Allo scadere del termine definito, cioè il 13 novembre, il Ministro dell'economia e finanze inviava ai Commissari competenti, ai sensi dell'art. 7 co. 2, regolamento n. 463/2012, una lettera motivata in cui forniva risposta ai dubbi sollevati dalla Commissione UE. Ad essa era allegato un DPB aggiornato sebbene in limitati aspetti. Nella lettera il Ministro confermava nella sostanza il programma di politica economica alla base del DPB. Egli sottolineava che "il Governo ritiene che le motivazioni che [erano già state illustrate rimanevano] valide, anche dopo aver attentamente valutato gli argomenti esposti nel vostro parere sul DPB"[11].

---

[9] Il Direttore della DG Ecfin sottolineava che "il 23 ottobre 2018 la Commissione ha adottato un parere sul Documento Programmatico di Bilancio (DPB) 2019 dell'Italia, nel quale si riscontra che il DPB 2019 presenta un'inosservanza particolarmente grave della raccomandazione rivolta all'Italia dal Consiglio il 13 luglio 2018". Questa era conseguenza della valutazione della Commissione "dell'inosservanza *prima facie* da parte dell'Italia del parametro di riferimento relativo all'adeguamento del rapporto debito/PIL nel 2017, il 23 maggio 2018". A fronte di questo "la Commissione ha adottato una relazione ai sensi dell'Articolo 126, paragrafo 3, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea". La Commissione "dopo aver esaminato tutti i fattori significativi ed in particolare la conformità dell'Italia al braccio preventivo del Patto di stabilità e crescita, (…) ha concluso che il criterio del debito stabilito dal Trattato e dal Regolamento (CE) n. 1467/1997 era da considerarsi come rispettato all'epoca".

[10] In questo modo la procedura introdotta nel 2013 esplicava a pieno la sua funzione. Essa, infatti, era quella, tra l'altro, di anticipare il più possibile il momento in cui la Commissione potesse individuare il rischio in capo ad uno Stato membro del determinare un "disavanzo eccessivo" in violazione dell'art. 126, co. 1, TFUE.

[11] Il Governo italiano, con tale risposta e con il rifiuto di modificare il (o trovare un compromesso sul) DPB presentato, si esponeva però agli effetti dell'art. 12 del regolamento 473/2013; cioè alla possibilità

Il successivo 21 novembre il Commissario UE agli affari economici e monetari, con un anticipo di oltre tre settimane rispetto ai termini di conclusione del procedimento *ex* regolamento 473/2013, comunicava il parere ai sensi art. 7 co. 1, cpv. 3, regolamento 473/2013. Le conclusioni confermavano la valutazione negativa relativamente al DPB italiano effettuata trenta giorni prima[12].

Se con la valutazione negativa del DPB italiano terminava formalmente la procedura *ex* regolamento 473/2013, lo stesso 21 novembre il Collegio dei Commissari UE emanava il parere *ex* art. 126, co. 3, TFUE relativo alla procedura di disavanzo eccessivo con riferimento alla violazione da parte dell'Italia della regola del debito[13]. Nel merito la Commissione UE concludeva che a fronte delle informazioni fornite dallo Stato italiano, anche con riferimento al contenuto del DPB, il criterio del debito di cui all'art. 126, co. 1, lett. b), TFUE si considerava non rispettato.

A fronte di questa valutazione negativa della Commissione UE si "apriva" per l'Italia un'alternativa. Da una parte, quella di trasporre il progetto di politica economica contenuta nel DPB di ottobre, ma "rigettato" dalla Commissione UE, nella legge di bilancio. Questo avrebbe avuto quale certa conseguenza l'inizio di una procedura per disavanzo eccessivo con rilevanti conseguenze politiche per i partiti di Governo. Dall'altra, vi era quella di modificare il contenuto della legge di bilancio (e non più solo del DPB) con le indicazioni che la Commissione UE avrebbe fornito affinché l'Italia rispettasse il Patto di stabilità e crescita.

Il Governo sceglieva la seconda opzione iniziando una lunga negoziazione durata quasi un mese. Tale negoziazione, nella sostanza, si risolveva, come noto, con un compromesso politico[14] consistente nel mantenimento del "programma economico e

che la Commissione, a causa di tale replica, riaprisse il procedimento per disavanzi eccessivi con l'emanazione di un nuovo parere *ex* art. 126 comma 3 TFUE. I termini di tale procedura, come noto, non sono organizzati, a differenza da quelli del Regolamento n. 473/2013, al fine di garantire l'approvazione della legge di bilancio a livello nazionale entro il 31 dicembre. In altri termini, il Governo in questo modo accettava il rischio di una procedura che avrebbe determinato, a livello italiano, una sostanziale riduzione dei tempi per la discussione ed approvazione in Parlamento della legge di bilancio; "compressione" dei tempi di discussione che ha poi determinato la presentazione del ricorso per attribuzione deciso con l'ord. n. 17/19.

12 La Commissione confermava "the existence of a particularly serious non-compliance with the recommendation addressed to Italy by the Council on 13 July 2018. The Commission is also of the opinion that the measures included in the revised 2019 draft budgetary plan indicate a risk of backtracking on reforms that Italy had adopted in line with past Country-Specific Recommendations, as well as with regard to the structural fiscal aspects of the recommendations addressed to Italy by the Council on 13 July 2018".

13 In essa la Commissione nella prima parte effettuava delle considerazioni che più che tecniche sembravano di carattere politico. L'Autorità dell'Unione ricordava il valore assoluto della dimensione del debito pubblico italiano come uno dei più alti al mondo (131,2% nel 2017, pari a 37.000 euro per ciascun abitante, più circa 1.000 euro annuali per il costo di rifinanziamento); di come tale livello limitava la possibilità di stabilizzare l'economia; il fatto che esso costituiva un costo inter-generazionale che pesava sullo *standard* di vita delle future generazioni italiane; che la dimensione della spesa per interessi costituiva un valore sostanzialmente coincidente con le risorse destinate all'educazione (65,5 miliardi di euro all'anno pari al 3,8 del PIL).

14 Tale compromesso, sostanzialmente, riconosceva la buona volontà dell'Italia nel decidere di rispettare le norme del Patto di stabilità, dall'altra non faceva altro che rinviare nel tempo il concreto contrasto

sociale sul quale [il Governo aveva] ottenuto la fiducia del Parlamento italiano" riducendo però alcune poste del bilancio al fine di modificare il saldo finale. In particolare tale compromesso consisteva nella riduzione dell'obiettivo del rapporto *deficit*/PIL dal 2,40%, previsto nel DPB, al 2,04% e di una riduzione di quattro miliardi delle spese previste nel DPB[15].

Nel frattempo l'8 dicembre era approvato dalla Camera dei deputati il disegno di legge di bilancio. Tale versione, chiaramente, non teneva presente il risultato del compromesso tra lo Stato italiano e l'Unione, questo ancora lungi dall'essere definito. Tale compromesso era infatti concluso solo il successivo 19 dicembre. Ed infatti il 18 dicembre il Governo italiano, con lettera a firma del Presidente del Consiglio e dal Ministro dell'economia e diretta al Presidente della Commissione UE e ai due Commissari competenti, confermava "la disponibilità del Governo italiano a effettuare alcuni interventi utili a migliorare i saldi finali contenuti nella legge di bilancio, in adesione ai rilievi formulati dalla Commissione (…). Considerato che presso il Senato della Repubblica era in piena discussione il disegno di legge sul bilancio e che i Senatori erano in attesa di conoscere i nuovi saldi, *vi saremmo grati se poteste comunicare la valutazione della Commissione sulla legge di bilancio italiana, modificata secondo quanto illustrato nei documenti allegati*" (corsivo aggiunto)[16].

Il giorno successivo, 19 dicembre 2018, la Commissione UE rispondeva con lettera a firma del Presidente della Commissione UE e dei due Commissari competenti. La Commissione UE, sulla base delle proposte di modifica della legge di bilancio formulate dall'Italia e sulla base delle indicazioni politiche fornite anche dell'Eurogruppo[17],

della situazione di debito crescente, come confermato nel maggio 2019 dalla Commissione stessa nelle previsioni economiche di primavera.

15 Tale compromesso determinava la critica di alcuni membri della Commissione. Ad esempio il Vice-Presidente della Commissione Dombrovskis commentava: "*The composition of the announced measures and the budget overall still raise concern*", N. Chysoloras and V. Dendrinou, *Italy Strikes Budget Deal with Eu, Dodging Sanctions Process*, in *Bloomberg*, 19 dicembre 2018, www.bloomberg.com.

16 La lettera, per quello che rileva per il presente scritto, dimostrava come il Governo, dopo l'iniziale impostazione "intransigente" nei confronti della modifica del DPB, era dovuto a scendere a "più miti consigli" a fronte delle conseguenze giuridiche della violazione del Patto di stabilità e crescita. La lettera ci concludeva specificando: "Alleghiamo alla presente: la descrizione degli interventi emendativi alla legge di bilancio che il Governo presenterebbe in Parlamento, con la relativa stima degli impatti finanziari (allegato n. l); la previsione macroeconomica aggiornata (allegato n. 2); le connesse proiezioni sui saldi di bilancio (allegato n. 3); una scheda che illustra la richiesta di flessibilità per aumentare la sicurezza delle infrastrutture viarie (strade e viadotti) e per mitigare i rischi idrogeologici (allegato n. 4); la norma che dispone l'accantonamento di alcuni stanziamenti e istituisce il connesso sistema di monitoraggio dei conti (allegato n. 5)".

17 Nella lettera si sottolineava nella parte iniziale che tanto il Comitato economico e sociale (art. 126, co. 4, TFUE) che l'Eurogruppo si erano espressi a favore di un costante dialogo tra Unione e Italia favorendo quale soluzione quella di una correzione della politica di bilancio italiana in modo che con essa rispettasse il Patto di stabilità e crescita piuttosto che l'inizio di una procedura per disavanzo eccessivo. In particolare la Commissione ricordava: "On 29 November, the Economic and Financial Committee adopted an Opinion under Article 126(4) of the Treaty, confirming the Commission's conclusion and noting that "further elements may emerge from the ongoing dialogue between the Commission and the Italian authorities". The Eurogroup of 3 December also supported the Commission assessment and

concludeva non raccomandando al Consiglio l'apertura di una procedura per disavanzo eccessivo[18].

Al fine di porre nella giusta prospettiva la durata e complessità della procedura *ex* regolamento 473/2013 rispetto alla procedura parlamentare di approvazione della legge di bilancio, è necessario ricordare che lo stesso 19 dicembre il Presidente del Consiglio riferì al Parlamento l'esito positivo della negoziazione con la Commissione UE. Perciò riprendeva il procedimento legislativo in Senato[19]. Nelle prime ore del giorno del successivo 23 dicembre, dopo la presentazione di due differenti "*maxi*-emendamenti" che recepivano il contenuto del compromesso con la Commissione UE e che modificavano in modo sostanziale il testo della legge approvata l'8 dicembre alla Camera, il Senato approvava la legge di bilancio. La legge era quindi rinviata alla Camera per l'approvazione definitiva che avveniva il 30 dicembre 2018.

4. A fronte di quanto scritto, è d'interesse per il giurista interrogarsi sui motivi di quello che è accaduto durante la procedura *ex* regolamento 473/2013 tra l'Unione e l'Italia.

Riguardo ai motivi dell'iniziale scelta di violazione "frontale" del Patto di stabilità e crescita, il Governo nella interlocuzione con la Commissione UE la giustifica, tra l'altro, per il fatto che "il nostro PIL rimane ben al di sotto dei livelli pre-crisi e che i settori più svantaggiati della società italiana stanno vivendo condizioni economiche drammatiche". La soluzione del Governo, al fine di risolvere questo problema sociale, è di prevedere investimenti secondo modalità difficilmente compatibili, per uno Stato con un debito pubblico della dimensione di quello italiano, con la disciplina dell'euro: disciplina che, da ben prima dell'emanazione del *Fiscal compact* o dal c.d. *six pack*, impone una maggiore attenzione all'equilibrio di bilancio. Certo, non è solo l'Italia che risponde in modo "riottoso" alle regole dell'euro. Sotto questo aspetto il tentativo (apparentemente fallito) dell'Italia di "violare" il sistema dell'Unione economica per proprie necessità interne ricorda il tentativo del 2014 (a sua volta fallito) della

recommended that Italy takes the necessary measures to be compliant with the Stability and Growth Pact. It also expressed its support for the dialogue between the Commission and the Italian authorities".

[18] La Commissione aggiungeva che: "We take good note of the fiscal measures you intend to table in an amendment to the draft budget law, as communicated to us in your letter. Subject to the adoption of these measures, including the envisaged safeguard clause ("freezing" mechanism), as part of the final 2019 budget law to be voted by the Italian Parliament before the end of the year. This would allow the European Commission not to recommend the opening of an Excessive Deficit Procedure at this stage". La Commissione sottolineava però che essa avrebbe continuato a "monitorare l'evoluzione del bilancio in Italia, e in particolare l'esecuzione del bilancio 2019, nel contesto del semestre europeo di coordinamento delle politiche economiche".

[19] In particolare, alle ore 14:10 di sabato 22 dicembre il Ministro per i Rapporti con il Parlamento sottoponeva il testo dell'emendamento 1.9000, interamente sostitutivo dell'articolo 1 del disegno di legge n. 981 "Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021", emendamento contenuto in circa 270 pagine a stampa (ric. attribuzione, 4). Lo stesso giorno, dopo un rapido passaggio alla V Commissione permanente (tra le 16:25 e le 18:45), alle 19:00 riprendevano i lavori in Assemblea per passare, dopo una veloce discussione, all'approvazione in Senato del disegno di legge di bilancio alle 2:37 del 23 dicembre (ric. attribuzione, 5).

Germania nel caso *OMT*. In tale situazione la Corte costituzionale tedesca tentò di "violare" il sistema dell'Unione monetaria per motivi (infondati, come riconosciuto successivamente dalla stessa Corte costituzionale) relativi al rispetto del principio d'identità costituzionale tedesca[20]. Visto in prospettiva, quello dell'Italia e della Germania appaiono scelte di Stati nazionali i quali, entrambi sebbene nelle loro profonde differenze, hanno difficoltà ad adattarsi ad un quadro giuridico in cui specifici comportamenti non sono più leciti. Entrambi che cercano di riacquisire, ora, poteri di politica economica e monetaria trasferiti ormai da quasi trent'anni all'Unione per la creazione dell'euro nell'interesse del processo d'integrazione e della convivenza pacifica sul territorio europeo.

Visto che il sistema dell'euro non permette la soluzione dei problemi evidenziati dal Governo secondo le modalità da esso inizialmente proposte -cioè la violazione del Patto di stabilità e crescita -, si pone il tema (mai realmente sopito) se l'uscita dall'euro possa essere una possibile soluzione. Sebbene l'opzione dell'uscita volontaria dall'eurozona rimanga -dal punto di vista meramente teorico - ancora ipotizzabile, l'impossibilità dell'uscita dell'Italia è, anche in questo caso, prima che giuridica, un'impossibilità di fatto. Come il Presidente della BCE ha ricordato nel gennaio 2017, se l'Italia volesse uscire dall'eurozona dovrebbe prima saldare il debito relativo al sistema di pagamento "Target 2" nei confronti degli altri Stati partecipanti. Tale debito è pari ad oltre 350 miliardi di euro, liquidità di cui l'Italia non dispone[21]. L'alternativa (teorica) del ripudio del debito è parimenti impraticabile per motivi, nuovamente, prima di fatto che di diritto. Essi sono relativi alle conseguenze, in un simile caso, della perdita di fiducia dei mercati nei confronti dell'Italia.

A fronte di questa conclusione, pare però lecito porsi la domanda se realmente il sistema giuridico dell'euro costituisca unicamente una "gabbia" alla sovranità economica degli Stati o se forse l'euro sia anche foriero di conseguenze positive per gli Stati che vi partecipano. Sarebbe allora forse necessario riflettere su quale sarebbe stata la sorte dell'economia italiana, e dello stesso mercato interno europeo, se al momento dell'inizio della crisi finanziaria americana del 2007 fossero ancora esistite singole politiche monetarie nazionali e non l'attuale comune politica monetaria europea. A ben vedere, con riferimento alle enormi tensioni economico-finanziarie che hanno percorso l'Europa nell'ultimo decennio - in parte conseguenza degli effetti in Europa della crisi finanziaria americana -, essi hanno trovato una soluzione "europea" tramite l'euro e l'Unione economica e monetaria. Questo è stato possibile anche grazie al fatto che la Banca centrale ha mantenuto una politica monetaria finalizzata alla stabilità dell'inflazione dell'intero territorio dell'eurozona e non più nell'esclusivo interesse della stabilità dell'inflazione in Germania, come accadeva negli anni '80 con la

[20] Sul punto v. L. F. Pace, *The OMT Case. The "Intergovernmental Drift" of the Eurozone Crisis and the (Inevitable) Rectification of the BVerfG Jurisprudence in the Light of the ECJ's Gauweiler Judgment*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2017, p. 153.

[21] V. *"Draghi: per uscire da euro bisogna chiudere saldi Target 2. Italia ha un passivo di 359 miliardi"*, in *Il Sole 24 Ore Radiocor Plus*, 23 gennaio 2017.

politica monetaria della *Bundesbank*[22]. La politica monetaria della BCE ha permesso quindi di mantenere le economie degli Stati europei unite all'interno del mercato interno[23]. La soluzione "pacifica" della recente crisi economico-finanziaria in Europa ha confermato la correttezza delle intuizioni, alla fine degli anni' 80, del Cancelliere Kohl, del Presidente Mitterrand, ma anche dell'allora Governatore della Banca d'Italia Ciampi, con riferimento alla necessità di una moneta unica europea[24].

La presenza di vantaggi per gli Stati che partecipano all'euro, vantaggi costituiti - come appena visto - dalla stessa stabilità complessiva delle loro rispettive economie, non esclude che il quadro giuridico dell'euro sia perfettibile. Esso presenta infatti (quanto meno) due ordine di limiti, il primo al livello dell'Unione e il secondo al livello di alcuni Stati membri.

A livello dell'Unione vi è l'assenza di quei fondamentali "strumenti" d'intervento - tipici delle zone monetarie ottimali[25]- che potrebbero lenire situazioni di tensione economica a livello nazionale garantendo inoltre gli obiettivi, e la conseguente stabilità, del sistema stesso. Primo tra questi strumenti ancora non previsti è il fondo a tutela degli *shock* asimmetrici nell'eurozona (c.d. *fiscal capacity*). Gli Stati dell'eurozona avevano infatti già riconosciuto nell'ottobre 2012 la rilevanza di un simile strumento come "parte di una Unione economica e monetaria"[26] impegnandosi a valutarne la realizzazione salvo poi, di fatto, posticiparne *sine die* la concreta realizzazione[27].

---

[22] Così O. Issing, *The Birth of the Euro*, Cambridge, 2008, p. 8. Tale politica, come noto, portò, tra l'altro, alla crisi del mercoledì nero del 1992 e la conseguente temporanea uscita dell'Italia, insieme al Regno unito, dallo SME. Sul punto, v. P. Barucci, *L'isola italiana del Tesoro: ricordi di un naufragio evitato (1992-1994)*, Milano, 1995. Sui fatti di quei giorni, v. anche l'intervista di Federico Fubini a Giuliano Amato: F. Fubini, *Intervista a Giuliano Amato: 25 anni dopo la notte della lira (e quel sei per mille...)*, in *Corriere della Sera*, 11 settembre 2017.

[23] In questo senso K. Nicolaidis, *op. cit*., p. 208.

[24] Infatti, la dinamica e i risultati della crisi permettono forse di riconoscere la correttezza dell'intuizione, quasi trent'anni fa, dell'allora Cancelliere Kohl e del Presidente Mitterrand; cioè che l'unità tedesca e l'unità europea costituivano, per necessità, due facce della stessa medaglia. Quindi al fine di contenere la forza economica e politica della Germania (in particolare dopo la riunificazione della Germania dell'est con la Germania dell'ovest) era necessario creare un'Unione più stretta. A fondamento di questo obiettivo era organizzata "l'iniziativa franco-tedesca per l'introduzione della moneta comune europea". Per l'Italia si è avverato quanto aveva sostenuto l'allora Governatore della Banca d'Italia, Carlo Azeglio Ciampi, con riferimento agli effetti della partecipazione dell'Italia all'euro: "Preferisco avere un pezzetto del mio pollice che contribuisce a spingere il pulsante della moneta europea, piuttosto che avere formalmente un potere che di fatto esercito sotto le scelte altrui", L'episodio fu raccontato dallo stesso Ciampi in un incontro con gli studenti di Villa Nazareth a Roma nel 1997 e lo si trova nel libro F. Galimberti (a cura di), *Dall'Europa all'euro, dall'euro all'Europa*, citato da Giuliano Amato, v. G. Amato, *Testimonianza di Giuliano Amato*, in (a cura di), *Ciampi a via Venti settembre – Giornata in memoria di Carlo Azeglio Ciampi*, Roma 2017, p. 26. Sul punto, v. L. F. Pace, *Il regime giuridico dell'euro*, cit., p. 11.

[25] In tema di "zone monetarie ottimali", v. R. A. Mundell, *A Theory of Optimum Currency Areas*, in *The American Economic Review*, 1961, p. 657; P. Krugman, *Revenge of the Optimum Currency Area*, in *NBER Macroeconomics Annual*, 2013, p. 439.

[26] Consiglio europeo, *European Council Conclusion*, 18th October 2012, punto 12.

[27] Vedi la ricerca del 2016 elaborata dal centro studi del Parlamento europeo, A. D'Alfonso, A. Stuchlik, *A Fiscal Capacity for the Euro Area? Options for Reforms to Counter Asymmetric Shocks*, E.P.R. Service, Bruxelles, 2016. V. anche la recente posizione dell'Eurogruppo dell'11 marzo 2019 che ha escluso,

A livello nazionale, il principale requisito "non scritto" che il sistema dell'Unione economica richiede è che gli Stati dispongano di governi sufficientemente stabili tali da realizzare una politica economica che permetta di onorare le condizioni di partecipazione al sistema dell'euro[28]. Tale condizione di "stabilità politica" non è rispettata da tutti gli Stati dell'eurozona, come è il caso della Grecia e dell'Italia[29]. Questa carenza di stabilità politica al livello anche di singoli Stati - come dimostrato con la crisi greca del 2009 - rende instabile lo stesso generale sistema dell'euro. La difficoltà per la soluzione di tale problema è dato dal fatto che l'Unione, chiaramente, non disponga di poteri per imporre ai singoli Stati il rispetto di tale condizione di "stabilità politica"; né, parimenti, la disciplina dell'Unione economica e monetaria può legittimamente imporre l'"uscita" dall'eurozona degli Stati inadempienti tale "requisito", per altro non scritto[30]. La soluzione di simili problemi è quindi strettamente nell'area d'intervento dei singoli Stati membri.

A ben vedere il rapporto tra "stabilità politica" e il rispetto degli obblighi del quadro giuridico dell'euro è dimostrato dall'oggetto stesso del presente scritto. Ed infatti l'assenza di un sistema istituzionale che garantisca un "governo di legislatura" è stata la causa della presentazione da parte del Governo del programma di politica economica poi "bocciato" dalla Commissione UE. Nel caso specifico della legge di bilancio per il 2019, i partiti di Governo, al posto di organizzare ed attuare una politica economica nel corso di un intero periodo di legislatura, hanno dovuto (tentare) di attuare - a fini elettorali - il più rapidamente possibile "il programma economico e sociale" che - come dimostrato dalle recenti previsioni economiche della Commissione UE - non era rispettoso dei vincoli del Patto di stabilità e crescita[31]. Questo obiettivo si inseriva nel contesto di una strategia definita in assenza di una garanzia istituzionale di un "governo di legislatura" che permetta quindi al governo di essere giudicato al termine per la qualità della sua azione. Cioè quella strategia della "campagna elettorale permanente" che ha quale finalità ultima la misura - tramite le ricorrenti elezioni tra cui quella generale del Parlamento europeo dello scorso maggio - dei rispettivi miglioramenti "marginali" di forza nel corso dei mesi, se non, dei giorni.

---

nel caso un simile *budget* dell'eurozona fosse istituito, che esso avrebbe funzioni di "stabilizzazione", J. Valero, *Eurogroup Keeps Anti-Shock Capacity for Eurozone Budget off the Table*, in *eurooactiv.com*, 12 marzo 2019, consultabile al sito bit.ly/2H4m2ys

28 V. L. Bini Smaghi, *Morire di austerità*, Bologna, 2013, p. 34.

29 Ad esempio nella Repubblica greca sono stati in carica otto governi nei sette anni successivi all'inizio della crisi della zona euro, nella Repubblica italiana, sei governi.

30 Diversamente J. Dammann, *Paradise Lost: can the European Union expel Countries from the Eurozone*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2016, p. 693.

31 La Commissione, nelle valutazioni economiche del 7 maggio 2019, ha previsto che il rapporto *deficit*/PIL italiano passerà dal 2,5% nel 2019 al 3,5% nel 2020 (stima che non comprende l'attivazione delle clausole di salvaguardia). Il rapporto debito/PIL crescerà, secondo le stime della Commissione, dal 133,7% del 2019 al 135,2% nel 2020. La stima della Commissione nell'autunno precedente era stata del 131% tanto per il 2019 che per il 2020. Sugli effetti della politica economica della legge di bilancio 2019 e delle difficoltà della prossima legge di bilancio per risolverle, v. A. Pollio Salimbeni, *La Ue incalca l'Italia: "Subito la procedura o manovra più dura"*, in *Il Messaggero*, 6 maggio 2019, p. 1.

Se queste sono le cause del difficile procedimento di adozione della legge di stabilità per il 2019, la chiave per evitarne il suo ripetersi è quella della modifica (certamente, non semplice) del quadro istituzionale italiano così che sia garantita la "stabilità governativa di legislatura". Questo permetterebbe all'Italia di presentare politiche economiche coerenti anche con gli obblighi derivanti dall'appartenenza all'eurozona e di interrompere, tra l'altro, il suo declino economico[32].

Abstract

Il ruolo dell'Unione nel processo di formazione delle leggi di bilancio degli Stati membri

La crisi dell'eurozona ha determinato rilevanti modifiche al quadro giuridico dell'Unione economica e monetaria. Tra queste modifiche, un ruolo importante è svolto dal procedimento di valutazione del documento programmatico di bilancio (in seguito, anche DPB) da parte della Commissione UE ai sensi del regolamento n. 473/2013. La rilevanza di tale procedura è stata evidenziata alla fine dell'anno scorso durante il complesso procedimento di formazione della legge italiana di bilancio per il 2019. In considerazione della novità di tale procedura, e del limitato approfondimento scientifico sul punto, l'obiettivo del presente articolo è quello di analizzare le criticità sollevate dal procedimento disciplinato dal regolamento 473/2013 nel generale contesto del procedimento di adozione della legge di bilancio. In primo luogo, verrà inquadrata la funzione di tale procedura e di come questa si inserisca nel complesso quadro giuridico dell'euro. In secondo luogo, verrà ricostruito il concreto svolgimento di tale procedura nei confronti dell'Italia, tra l'ottobre e il dicembre 2018. Infine, verranno tratte alcune conclusioni al fine di comprendere, tra l'altro, i motivi dell'accidentato percorso di adozione della legge di bilancio per il 2019, così come i motivi della conflittuale appartenenza dell'Italia alla moneta unica.

The role of the European Union in monitoring the draft budgetary plans of Euro Area Member States

The Eurozone crisis has brought about significant changes to the Economic and Monetary Union legal framework. Among these changes, an important role is played by the EU Commission in the procedure for monitoring and assessing draft budgetary plans of Eurozone Member States pursuant to regulation n. 473/2013. The importance of this procedure was highlighted at the end of last year during the complicated procedure for the adoption of the 2019 Italian budget law. In view of the importance of this new procedure, and the limited scientific attention to it, the aim of the present article is to analyze the critical issues raised by the procedure governed by regulation 473/2013. First, this procedure

[32] V. l'ampia lettura su tale aspetto da parte di A. Capussela, *Declino - Una storia italiana*, Roma, 2019.

rationale and how it fits into the complex legal framework of the Eurozone will be taken into consideration. Secondly, the actual evolution of this procedure *vis-à-vis* Italy, between October and December 2018, will be reconstructed. Finally, some conclusions will be drawn in order to understand the reasons for the complicated course of adoption of the 2019 budget law, as well as the reasons for Italy's conflicting membership of the single currency.

Celeste Pesce*

Blocchi geografici ingiustificati

Sommario: 1. Introduzione: i blocchi geografici. – 2. Le discriminazioni geografiche vietate. – 3. Ambito di applicazione del divieto. – 4. Relazioni con discipline affini e/o connesse. – 5. Attuazione del regolamento. – 6. Osservazioni.

1. A fine febbraio 2018, il Consiglio dell'Unione europea ha adottato il regolamento (UE) n. 2018/302 recante misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno[1] (in seguito: regolamento). Il testo, entrato in vigore il 3 dicembre 2018, modifica i regolamenti (CE) n. 2006/2004[2] e (UE) n. 2017/2394[3], nonché la direttiva 2009/22/CE[4], e rientra nel più generale programma di riforma del commercio elettronico avviato dalla Commissione a partire dal 2016[5].

È utile subito precisare che l'espressione *blocco geografico* (*geo-blocking*) fa riferimento a quelle pratiche messe in atto da venditori *online* per imporre limitazioni alle transazioni transfrontaliere digitali[6] e può comportare (tra l'altro) il reindirizza-

* Professore straordinario di Diritto dell'Unione europea, Università telematica Pegaso, Napoli.

[1] Regolamento (UE) n. 2018/302 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 febbraio 2018, recante misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno e che modifica i regolamenti (CE) n. 2006/2004 e (UE) n. 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE.

[2] Regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 ottobre 2004, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori («regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori»), versione consolidata.

[3] Regolamento (UE) n. 2017/2394 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2017, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori e che abroga il regolamento (CE) n. 2006/2004, che entrerà in vigore il 17 gennaio 2020.

[4] Direttiva 2009/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori (versione codificata). Il regolamento sui blocchi geografici è incluso nell'elenco di atti contemplati dalla direttiva *de qua* nonché nella proposta di direttiva relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi, che modifica e abroga la direttiva del 2009. Cfr. art. 1, par. 1 direttiva 2009/22 e allegato I alla medesima. V. anche Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE, dell'11 aprile 2018 COM(2018), 184 def.

[5] Al riguardo, restano interessanti le due proposte di direttive della Commissione dell'11 aprile 2018, volte a modernizzare la legislazione dell'UE in materia di tutela dei consumatori alla luce degli sviluppi nei mercati *online*. Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *online* COM(2018), 238 def.

[6] Cfr. www.ec.europa.eu; consultazione pubblica condotta nel 2015 dalla Commissione sui blocchi geografici e su altre restrizioni su base geografica in sede di acquisto e di accesso alle informazioni nell'UE

mento automatico degli utenti a siti *web* di fornitori con sede nello Stato membro dei clienti. Ai consumatori UE è così negato l'accesso alle interfacce *online* di Stati membri diversi da quello di appartenenza e/o l'acquisto sulle medesime o, ancora, è preclusa la possibilità di pagare con le proprie carte elettroniche e/o di un determinato Paese. Il blocco opera anche nelle vesti di diniego di consegna o di compravendita in base alla posizione o al luogo di residenza dell'utente[7].

Più in generale, le pratiche discriminatorie consistono in termini e "condizioni generali di accesso"[8] ai beni o servizi offerti al pubblico e/o altri strumenti di informazione, stabiliti e applicati dal professionista in maniera differenziata per motivi connessi alla nazionalità, al luogo di residenza o di stabilimento delle persone fisiche e giuridiche coinvolte. Da dicembre 2018, simili disparità geografiche violano il diritto dei consumatori UE di effettuare transazioni a prescindere dalla propria nazionalità, residenza o stabilimento e alle medesime condizioni di clienti locali, cioè ubicati nei territori di appartenenza dei siti *web* visitati[9].

Tramite il divieto di blocchi geografici, l'Unione dà attuazione al principio generale del diritto UE di non discriminazione – anche indiretta – sulla base della nazionalità definito dall'art. 18 TFUE e dall'art. 21, par. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, nonché delle disposizioni specifiche del trattato a tutela del mercato interno. Del resto, il buon funzionamento di quest'ultimo e la realizzazione del suo pieno potenziale rappresentano gli obiettivi della disciplina che ci apprestiamo ad illustrare. Quest'ultima, letta in tale ottica, contribuisce ad eliminare gli ostacoli che frammentano il commercio nel territorio dell'Unione, dalle differenze legislative tra gli Stati membri alla mancanza di (piena) armonizzazione a livello dell'Unione o di riconoscimento reciproco. Ragioni queste che, tra l'altro, spingono le imprese ad applicare diverse condizioni generali di accesso e ad essere reticenti a stabilire rapporti commerciali con i clienti di altri Stati membri. E che, al tempo stesso, hanno reso necessario l'intervento dell'Unione e l'adozione di una disciplina regolamentare, vale a dire di tipo trasversale, in grado di contrastare la discriminazione diretta e indiretta in base alla nazionalità, al luogo di residenza o al luogo di stabilimento degli utenti con efficacia uniforme, immediata e simultanea sul territorio dell'Unione (salvo diverse indicazioni).

2. In via preliminare, va succintamente detto che il testo in esame riprende le (note) nozioni di "consumatore" – persona fisica che agisce per scopi personali – e "professionista" – persona fisica o giuridica che agisce nell'ambito della propria attività lavorativa[10]. A queste definizioni, il legislatore UE aggiunge quella di "cliente", vale a dire un *consumatore* che ha la cittadinanza o la residenza in uno Stato UE o

(www.ec.europa.eu); valutazione d'impatto che accompagna la proposta di un regolamento recante misure volte ad impedire i blocchi geografici e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento nell'ambito del mercato unico (www.ec.europa.eu).

[7] La discriminazione geografica può, altresì, verificarsi quando i consumatori sono fisicamente presenti nel luogo in cui i professionisti effettuano la vendita, ma viene loro impedito di accedere ad un prodotto o ad un servizio, oppure vengono imposte diverse condizioni di acquisto per ragioni di nazionalità o di residenza (c.d. acquisto *offline*).

[8] Cfr. art. 2 regolamento n. 2018/302.

[9] V. *infra*.

[10] Cfr. art. 2 regolamento n. 2018/302.

un'impresa stabilita nel territorio UE che acquista un bene o un servizio all'interno dell'Unione per l'uso finale dello stesso[11].

Il regolamento pone il divieto di blocchi geografici in termini generali ma non pienamente assoluti. Infatti, l'operatività del divieto può incontrare taluni freni che fungono da limite intrinseco alla regola stessa della non discriminazione territoriale piuttosto che da eccezione in senso stretto. Più dettagliatamente, i blocchi geografici sono vietati nella misura in cui non sono oggettivamente giustificati ai sensi del diritto dell'Unione. Ad essere bandite sono le disparità di trattamento che non possono essere ammesse alla luce dei "criteri oggettivi" di cui all'art. 20, par. 2, della direttiva servizi 2006/123/CE[12].

Il regolamento chiarisce tale ultima disposizione tramite la definizione di alcune situazioni in cui un diverso trattamento basato sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento non possa essere giustificato a norma della stessa. Pertanto, qualora sorga un conflitto tra i due testi, il divieto di blocchi geografici prevale sulla direttiva servizi (come diranno meglio le pagine a seguire). O, per ricorrere alle espressioni del legislatore UE, la direttiva del 2006 si applica laddove la disciplina del *geo-blocking* non contenga disposizioni più specifiche[13] intese come insieme di regole chiare, uniformi ed efficaci su aspetti particolari. Ciò pure a fronte del fatto che le disposizioni della direttiva 2006/123/CE sono deputate a disciplinare la libera prestazione dei servizi in generale.

Ancora, le condizioni generali discriminatorie sono vietate nella misura in cui sono imposte unilateralmente dal professionista. Viceversa, le medesime possono considerarsi lecite qualora oggetto di un accordo negoziato individualmente e concluso direttamente tra professionista e utente finale. Più chiaramente, i termini e le condizioni pattuiti dalle parti non rientrano nelle *condizioni generali di accesso* di cui al regolamento[14].

Fatte le opportune delimitazioni di efficacia del divieto, il legislatore europeo distribuisce il cuore della disciplina tra gli articoli 3 e 4 del regolamento, distinguendo l'accesso alle interfacce *online* da quello a beni e servizi. Ciò che accomuna entrambe le ipotesi è il divieto di applicare condizioni discriminatorie ingiustificate legate alla nazionalità, alla residenza o allo stabilimento.

Quanto al primo aspetto, il professionista non può bloccare l'accesso al proprio sito *web* né reindirizzare ad una versione diversa da quella richiesta senza il previo consenso del cliente. E anche a fronte dell'assenso, la versione originale visitata deve rimanere consultabile. Tuttavia, il rispetto di taluni requisiti previsti dal diritto dell'Unione o da leggi nazionali conformi (applicabili al caso di specie) può legittimare blocchi, limitazioni o un mero reindirizzamento. In tali circostanze, il profes-

[11] Cfr. art. 2 regolamento n. 2018/302. Corsivo aggiunto.

[12] Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, art. 20, par. 2: "Gli Stati membri provvedono affinché le condizioni generali di accesso a un servizio che il prestatore mette a disposizione del grande pubblico non contengano condizioni discriminatorie basate sulla nazionalità o sul luogo di residenza del destinatario, ferma restando la possibilità di prevedere condizioni d'accesso differenti allorché queste sono direttamente giustificate da criteri oggettivi".

[13] Cfr. art. 1, paragrafi 1 e 7 regolamento n. 2018/302.

[14] Cfr. art. 2 regolamento n. 2018/302.

sionista ha l'obbligo di fornire ai clienti una "spiegazione chiara e specifica"[15] nella lingua dell'interfaccia *online* cui il cliente desiderava accedere.

La trasparenza nei rapporti commerciali e la presa conoscenza, nonché l'accettazione, delle condizioni difformi da parte degli utenti finali sembrano perseguire il giusto equilibrio tra la tutela dei consumatori UE e gli interessi economici dei professionisti. Difatti, i primi ricevono quell'assistenza e quelle informazioni necessarie a che gli acquisti *on line* siano effettuati in maniera del tutto consapevole. I secondi trovano per così dire "riparo" proprio negli oneri e negli obblighi che il regolamento introduce a carico degli operatori commerciali e che, una volta assolti nelle modalità ivi stabilite, possono legittimare restrizioni o condizioni differenziate negli scambi commerciali elettronici.

In merito alla disciplina di accesso ai beni e ai servizi, il testo ribadisce il divieto di praticare condizioni generali di accesso diverse per motivi di nazionalità, residenza, stabilimento in talune ipotesi quali la vendita di beni senza consegna al di fuori della zona servita dal professionista o quella di servizi prestati tramite mezzi elettronici o erogati in un luogo fisico specifico[16]. Nei casi menzionati, la protezione dei consumatori opera appieno o in misura maggiore rispetto a quanto visto per l'accesso alle interfacce *online*, atteso che, in tali circostanze, blocchi geografici o disparità di trattamento su base geografica sono ammessi solo in situazioni eccezionali ovvero qualora un requisito giuridico a livello dell'UE o nazionale conforme al diritto UE obblighi il professionista a bloccare l'accesso ai beni o ai servizi offerti.

Menzione a sé merita, infine, la disciplina relativa alle modalità di pagamento. Il regolamento stabilisce il divieto di discriminazione per motivi legati ai metodi e alle modalità di pagamento in termini generali nel senso che lo stesso opera *tout court* prescindendo dalle condizioni contrattuali applicate e/o dalle possibili discriminazioni geografiche.

A tanto è dedicata una specifica disposizione volta (altresì) a coordinare il *geoblocking* con le discipline settoriali applicabili e ad operare gli opportuni rimandi alle normative speciali vigenti[17]. Ebbene, ai sensi del diritto dell'Unione che così ne deriva, i professionisti hanno, in linea di principio, la facoltà di decidere quali modalità di pagamento accettare[18]. Tuttavia, una volta effettuata la scelta, non è consentito opporre ai clienti UE rifiuti nelle transazioni o applicare loro condizioni di corresponsione diverse per i motivi geografici detti. Parimenti, le disparità di trattamento legate alla nazionalità, alla residenza o al luogo di stabilimento del prestatore dei servizi di pagamento o al luogo di emissione dello strumento di pagamento all'interno dell'Unione non trovano giustificazioni oggettive nel diritto UE e rientrano, pertanto, nel divieto sancito dal regolamento[19].

---

[15] Cfr. art. 3, par. 3, seconda frase regolamento n. 2018/302.

[16] Cfr. art. 4 regolamento n. 2018/302. Si tratta di servizi di *cloud computing*, di archiviazione di dati o di *hosting* di siti *Internet*.

[17] Cfr. art. 5 regolamento n. 2018/302.

[18] Cfr. art. 5 regolamento n. 2018/302.

[19] La disposizione andrebbe considerata nel contesto del regolamento del 2012 che istituisce l'area unica dei pagamenti in euro (SEPA), che stabilisce che i clienti che acquistano prodotti all'estero possono utilizzare la loro carta di debito per effettuare pagamenti in euro come se fossero nel proprio Paese. Cfr. www.ec.europa.eu. In materia di conto di pagamento, v. sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre

3. Scorrendo le disposizioni del regolamento, è possibile individuare, in chiave negativa, il campo di applicazione del divieto di discriminazioni geografiche.

Con una certa immediatezza, il legislatore esclude, in linea di principio, le situazioni puramente interne agli Stati membri. Ugualmente, il regolamento non concerne gli accordi che limitano le vendite passive e quelle attive[20]. Parimenti, l'atto UE lascia fuori dall'operatività del divieto gli ambiti coperti da discipline settoriali adottate dall'Unione per fare fronte alla particolarità della materia e all'esigenza di prevedere una disciplina che andasse oltre il divieto di blocchi geografici ritenuto, con molta probabilità, generico a fronte degli aspetti coinvolti. Si tratta dei servizi non economici d'interesse generale di cui all'art. 2, par. 2, della direttiva 2006/123/CE, di quelli finanziari, sanitari, audiovisivi nonché dei servizi delle agenzie di lavoro interinale e delle reti di comunicazione elettronica. Ancora, ne restano al di fuori i trasporti[21], la normativa UE in materia fiscale, quella connessa alla cooperazione giudiziaria in materia civile e quella del diritto d'autore, sebbene con le opportune precisazioni.

Una situazione del tutto peculiare si registra, infatti, in materia di contenuti (non audiovisivi) digitali protetti da *copyright* e diffusi attraverso *Internet* (*download* di *e-book*, *streaming* di musica, videogiochi *online*). Ebbene, queste ultime ipotesi, anch'esse oggetto di discipline speciali con cui il regolamento entra in contatto[22], sono parzialmente incluse nel divieto di *geo-blocking*. Invero, a tali servizi si applicano solo alcune norme presenti nel regolamento, come quelle che vietano l'impiego di blocchi discriminatori all'accesso ad interfacce *online* e il reindirizzamento verso altri siti senza previo consenso del cliente, nonché atteggiamenti discriminatori per questioni riguardanti i pagamenti. Non trova, invece, applicazione nei loro confronti la norma in materia di non discriminazione, vale a dire la disposizione che obbliga i professionisti a non discriminare i clienti UE da quelli locali differenziando le offerte[23]. Se ne desume che il consumatore UE accede ai portali *online* presenti nell'UE senza alcuna limitazione e al pari dei clienti residenti nel Paese di ubicazione del sito; previo consenso, è reindirizzato su siti di altri fornitori presenti nel territorio UE e/o nel Paese di appartenenza del cliente; conclude le transazioni aventi ad oggetto contenuti tutelati da diritto d'autore con i propri mezzi di pagamento elettronici. Nondimeno, il professionista che distribuisce beni o servizi tutelati dal diritto d'autore in diversi Stati membri può applicare diverse condizioni generali in ragione della nazionalità, del luogo di residenza e dello stabilimento dell'acquirente[24] e arrivare a rifiutare la vendita in determinati Stati membri per via delle limitazioni riguardanti il diritto d'autore richiesto. Non può, viceversa, adottare atteggiamenti

2018, causa C-197/17, *ING-DiBa Direktbank Austria* e le conclusioni dell'Avvocato generale del 19 giugno 2018, punto 52.

[20] Il diritto *antitrust* UE distingue tra vendite passive, cioè effettuate in risposta a ordini non sollecitati, considerate una violazione *antitrust*, e vendite attive, qualora i dettaglianti si rivolgono attivamente ai clienti, valutate alla stregua di pratica comune della libertà commerciale. Cfr. art. 6 regolamento n. 2018/302 e regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione del 20 aprile 2010 relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate. V. *infra*.

[21] In particolare, la vendita di biglietti per il trasporto passeggeri.

[22] Il paragrafo successivo meglio approfondisce tale profilo.

[23] Art. 4, par. 1, lett. b) regolamento 2018/302.

[24] Cfr. art. 4, par. 1, lett. b) regolamento n. 2018/302.

discriminatori basati sui mezzi di pagamento negli Stati UE in cui offre i propri servizi.

4. Il divieto di blocchi geografici ha portata generale e si coniuga nel rispetto delle normative di settore applicabili alle diverse situazioni del commercio elettronico.

Come già accennato, primeggia tra queste ultime, la direttiva servizi che continua a trovare applicazione nella misura in cui la disciplina in esame non contenga indicazioni più *specifiche*[25]. A chiarire tanto è l'*incipit* del testo regolamentare il quale, fissando obiettivi e mezzi necessari al loro raggiungimento, pone, nei primi, il buon funzionamento del mercato interno e, nei secondi, il divieto di blocchi geografici nei termini citati nonché i *chiarimenti ulteriori* di talune situazioni discriminatorie ammesse dalla direttiva servizi ai sensi dell'art. 20, par. 2[26].

Come è noto, quest'ultima disposizione attua il divieto di discriminazioni del trattato in tema di prestazione di servizi. Pertanto, gli Stati UE provvedono affinché le condizioni generali di accesso a un servizio offerto da un prestatore non creino discriminazioni basate sulla nazionalità o sulla residenza del destinatario, ferma restando la possibilità di prevedere condizioni d'accesso differenti giustificate da criteri oggettivi[27]. In tale ipotesi, l'applicazione del principio di non discriminazione dipende dalla valutazione caso per caso delle pratiche operate dal professionista. È, quindi, la ponderazione delle circostanze di specie – oltre ai differenti interessi commerciali coinvolti – a garantire parità di trattamento e condizioni.

Il legame tra il *geo-blocking* e la disciplina della libera prestazione dei servizi palesa la preoccupazione dell'Unione circa la scarsa efficacia dell'art. 20 della direttiva servizi nella lotta alla discriminazione e nell'azione di miglioramento del grado di certezza del diritto nel contesto del commercio elettronico. In altri termini, mediante l'interazione tra le due discipline, l'Unione mira a conferire maggiore certezza giuridica al mercato interno. A beneficiarne in particolare modo sono le *pratiche specifiche*[28] quelle, cioè, che rientrano nel campo di applicazione del divieto di blocchi geografici e per le quali il testo in analisi detta una disciplina *ad hoc* che esclude, di per sé, qualsiasi *giustificazione oggettiva*[29] di cui alla direttiva servizi e conseguenti valutazioni circostanziate delle pratiche adottate dai professionisti.

Allo stesso modo, analizzando l'ambito di applicazione del *geo-blocking* si evince una particolare relazione tra quest'ultimo e la normativa a tutela del diritto di autore e dei diritti connessi di cui alla direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio[30]. L'art. 1 del regolamento, al quinto paragrafo, fa salve le norme

[25] Corsivo aggiunto.
[26] Art. 1 regolamento n. 2018/302. Corsivo aggiunto. L'art. 20, par. 2 della direttiva servizi resta applicabile alle situazioni escluse dal campo di applicazione del regolamento sui blocchi geografici.
[27] Tra le giustificazioni oggettive possono, ad esempio, figurare l'assenza dei diritti di proprietà intellettuale richiesti in un particolare territorio, i costi supplementari derivanti dalla distanza o le caratteristiche tecniche della prestazione del servizio, le diverse condizioni del mercato, i periodi di ferie diversi negli Stati membri e i prezzi diversi della concorrenza (art. 95 direttiva 2006/123).
[28] Corsivo aggiunto.
[29] Corsivo aggiunto.
[30] Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

applicabili al settore del diritto d'autore. Qualche disposizione più avanti legittima la pratica dei professionisti di applicare diverse condizioni generali qualora siano coinvolte opere tutelate dal diritto d'autore o altri beni protetti a condizione che il professionista abbia i necessari diritti per i territori interessati[31].

Le disposizioni menzionate hanno il compito di operare (o mirare a) un bilanciamento fra il buon funzionamento del commercio elettronico mediante, tra l'altro, una serie di garanzie oggettive ed ampie per i consumatori UE, e la tutela anche economica della creatività e delle opere dell'ingegno e della loro trasmissione, segnatamente il diritto di autore. Non vi è dubbio che il terreno di confronto è delicato e scivoloso al punto tale da indurre il legislatore a ritenere preminente la tutela del *copyright* per i primi anni di applicazione del regolamento. Ed a rimettere la valutazione dell'estendibilità del divieto di discriminazioni quanto alle condizioni contrattuali alle considerazioni tecniche della Commissione in occasione della prima revisione del *geo-blocking*. Quasi suggerendo all'istituzione di vagliare con attenzione l'opportunità di allargare il divieto di applicare differenti condizioni generali qualora siano coinvolte opere tutelate dal diritto d'autore. E, soprattutto, di farlo a distanza di (pochi) anni dall'entrata in vigore del regolamento, cioè in occasione della valutazione di impatto del regolamento sul commercio elettronico transfrontaliero[32]. In verità, dal punto di vista della tutela del consumatore, non si intravedono cause ostative all'applicazione del divieto *de quo* ai servizi coperti dal diritto di autore. In tale senso, nel corso del processo di revisione, ben accetta sarebbe la proposta della Commissione di estendere a tali settori *in toto* il divieto di blocchi discriminatori per aree geografiche[33]. Viceversa, ponendosi nella prospettiva delle ragioni sottese alla protezione delle opere di ingegno e degli autori stessi, si paventano interrogativi che fanno eco alle note argomentazioni in merito della dottrina[34] e della giurisprudenza[35] cui si rimanda per gli adeguati approfondimenti.

Le considerazioni poc'anzi evidenziate forniscono spunto per trattare, altresì, la correlazione tra il *geo-blocking* e la normativa a tutela dei consumatori[36], modificata dal regolamento in esame nel senso che il divieto di discriminazione geografiche rientra tra le "norme dell'Unione sulla tutela degli interessi dei consumatori"[37]. In termini pratici, ciò è garantito (tra l'altro) dall'inclusione del regolamento nell'allegato del regolamento CPC in vigore e in quello che lo ha abrogato a partire dal 17 gennaio 2020[38], che conferisce alle autorità competenti degli Stati membri i poteri e gli strumenti adeguati per un'opportuna applicazione del diritto *de quo*. Come

[31] Cfr. art. 4, par. 1, lett. b) regolamento n. 2018/302.
[32] Cfr. considerando 37 e art. 9 regolamento n. 2018/302. V. *infra*.
[33] V. *infra*.
[34] *Ex multis*, cfr. Aa.Vv., *Prove di resistenza del diritto d'autore. Modelli di distribuzione delle opere sulle piattaforme digitali. Incontro in memoria di Mario Fabiani*, Roma, 2018; A. Sirotti Gaudenzi, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, Ravenna, 2018.
[35] Più di recente, cfr. sentenza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2018, causa C-572/17, *Syed*; sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione) del 13 novembre 2018, causa C310/17, *Levola Hengelo.*
[36] Si fa riferimento al noto regolamento CPC: regolamento n. 2006/2004, versione consolidata e regolamento n. 2017/2394 che abroga il precedente a partire dal 2020.
[37] Cfr. art. 10 regolamento n. 2018/302, paragrafi 1 e 2; art. 3 lett. a) regolamento n. 2006/2004; art. 3, par. 1 regolamento n. 2017/2394; allegato regolamento n. 2006/2004 e allegato regolamento n. 2017/2394.
[38] Regolamento n. 2006/2004, versione consolidata e regolamento n. 2017/2394 che abroga il precedente a partire dal 2020.

presumibile ed auspicabile, quindi, il diritto dell'UE in materia di tutela dei consumatori trova applicazione nelle operazioni commerciali *online* transfrontaliere tra professionisti e consumatori.

Resta, tuttavia, da capire in che termini il regolamento si pone nei confronti del riparto di competenze giurisdizionali qualora sorgano controversie tra professionisti e consumatori. Come già osservato, tutti gli aspetti non espressamente menzionati dal regolamento sono disciplinati dagli specifici e settoriali atti UE in vigore. Allo stesso modo, il regolamento si preoccupa di demandare alle normative in vigore la disciplina degli aspetti legati alla competenza giurisdizionale internazionale[39]. Conseguentemente, è possibile mutuare nel contesto digitale la conferente normativa e ricavarne conformemente alla stessa che, dinanzi a questioni connesse a un contratto stipulato tra un consumatore e un professionista, è opportuno distinguere anche nel commercio elettronico l'ipotesi in cui il professionista svolga (o indirizzi) le attività professionali nello Stato membro del consumatore oppure no. Nel primo caso, il foro competente può essere scelto dal consumatore che, di fatto, predilige, quello legato al proprio domicilio. Viceversa, il professionista ha l'obbligo di agire innanzi alle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui il cliente è domiciliato. Nella seconda circostanza, cioè se il professionista non svolge – o non dirige – attività professionali nello Stato membro del consumatore, ciascuna parte può presentare azione processuale nello Stato membro in cui l'altra parte ha il domicilio o, per ragioni contrattuali, innanzi alle autorità giurisdizionali del luogo in cui l'obbligo contrattuale è eseguito.

5. L'applicazione del regolamento sui blocchi geografici è per definizione demandata alla generalità dei destinatari ed è definita nel pieno rispetto del principio di sussidiarietà e di proporzionalità sancito dal trattato sull'Unione europea.

In particolare, il testo si limita a quanto necessario per conseguire lo scopo, lasciando alle autorità nazionali il compito di individuare ed applicare le misure indispensabili alla sua completa attuazione. Difatti, il legislatore UE affida agli Stati centrali un ruolo imprescindibile nella fase di attuazione della nuova disciplina. Così, questi ultimi hanno il compito di adottare quelle misure volte alla migliore applicazione possibile del divieto di discriminazioni geografiche. Basti ricordare la designazione di uno o più organismi nazionali quali responsabili dell'attuazione del regolamento entro la data di entrata in vigore[40]. Egualmente, compete agli Stati la definizione delle misure sanzionatorie applicabili alle violazioni; sanzioni che

[39] Cfr. considerando 13 e 26 regolamento n. 2018/302. Cfr. anche regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) e regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (rifusione). Come noto, il regolamento del 2015, modificato più volte, ha abrogato il regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

[40] Cfr. art. 7 regolamento n. 2018/302. Al riguardo, il considerando 35 del regolamento chiarisce che qualsiasi autorità dovrebbe essere dotata di competenze tali da far rispettare il divieto di blocchi geografici.

devono essere non solo efficaci, ma anche proporzionate e dissuasive conformemente al diritto interno[41].

Spetta, inoltre, alla normativa nazionale definire i poteri o i mezzi di ricorso giurisdizionali e/o amministrativi esperibili da parte di chi lamenta una violazione dei propri diritti nel contesto delle operazioni commerciali *on line* di carattere transfrontaliero[42]. Viceversa, è il regolamento sui blocchi geografici a stabilire i poteri minimi da conferire all'autorità nazionale competente – uno fra tutti, il potere di ordinare la cessazione della violazione[43] – se la questione rientra nella sfera di competenza del regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori (regolamento CPC)[44].

Di particolare rilevanza è l'art. 8 del regolamento, ai sensi del quale ogni Stato membro designa uno o più organismi chiamato a fornire assistenza ai consumatori in caso di diatriba con un professionista derivante dall'applicazione del regolamento. Tale assistenza, sulla scia di quanto analogamente previsto dall'art. 21 della direttiva 2006/123/CE[45], può consistere nel fornire delucidazioni sui diritti spettanti ai consumatori, o istruzioni e/o informazioni riguardanti i soggetti giuridici/o amministrativi competenti (se diversi da sé). O, ancora, nell'offrire supporto nella soluzione di questioni con un professionista stabilito in un altro Stato membro.

Pare condivisibile un'interpretazione estensiva dell'art. 8, la quale includa nell'assistenza ai *consumatori*[46] il sostegno alle imprese che rivestono il ruolo di *clienti* ai sensi del regolamento. A suggerirla sono le definizioni di *consumatore* e di *cliente*[47] adoperate dal legislatore, le quali, come detto, fanno riferimento ad un consumatore che ha la cittadinanza o la residenza in uno Stato UE o ad un'impresa stabilita nel territorio UE che acquista beni o servizi nell'Unione per il loro uso finale.

6. Il regolamento esaminato disciplina una materia molto rilevante sia per l'attualità sia per gli effetti (anche potenziali) sugli scambi nel mercato interno.

È innegabile che la rimozione dei blocchi geografici ingiustificati e di altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sulla residenza o sullo stabilimento dei clienti promuove la crescita e amplia la scelta dei consumatori nel contesto del mercato interno digitale. Del resto, l'atto in parola si inserisce nella tutela consumeristica[48] e pare apportare quella chiarezza ed uniformità necessarie a tutti coloro che sono coinvolti nel commercio elettronico: dai professionisti alle autorità nazionali incaricate di applicare il regolamento in maniera corretta e puntuale.

[41] Gli Stati membri comunicano le misure adottate alla Commissione, che in seguito le rende accessibili sul suo sito *web*.

[42] Procedimenti amministrativi o giudiziari; azioni di danni; sanzioni amministrative o penali etc.

[43] Nel quadro del nuovo regolamento CPC – regolamento n. 2017/2394, applicabile a partire dal 17 gennaio 2020, verranno conferiti alle autorità nazionali ulteriori poteri minimi nell'ambito di casi transfrontalieri, come quello di imporre sanzioni.

[44] Regolamento n. 2006/2004 (dal 2020, regolamento n. 2017/2394).

[45] Cfr. art. 21 direttiva 2006/123: *i*) informazioni sulle norme applicabili, *ii*) informazioni sulle possibilità di ricorso disponibili, *iii*) mutua assistenza con le autorità di altri Stati membri per fornire le informazioni menzionate.

[46] Corsivo aggiunto.

[47] Corsivi aggiunti.

[48] V. *supra* in riferimento alle modifiche apportate dal regolamento n. 2018/302 alla normativa in materia di tutela dei consumatori vigente e di futura applicazione.

Nondimeno, è pur vero che la disciplina in oggetto andrebbe analizzata (anche) sotto la lente delle discipline di settore con cui entra in contatto quali le libertà sancite dai trattati e i principi del libero mercato che regolano il gioco della concorrenza nell'Unione. I primi, in ragione degli automatismi che ne derivano nella pratica e sui quali le pagine precedenti si sono già soffermate[49]. I secondi, in considerazione delle peculiari ricadute trasversali sull'intero mercato interno, ivi incluso quello digitale.

Al riguardo, è bene precisare che il nuovo regolamento prevale in caso di conflitto con le norme *antitrust* sebbene il testo in esame non incide sull'applicazione del diritto della concorrenza di cui agli articoli 101 e 102 TFUE e non copre le vendite attive e quelle passive[50]. Quest'ultima ipotesi richiede qualche riflessione in più, in quanto si tratta di pratiche generalmente considerate restrittive della concorrenza e non esentabili, di norma, dal divieto di cui all'art. 101, par. 1, TFUE. Residuerebbero dubbi sugli effetti anticoncorrenziali nel mercato interno connessi al *geo-blocking* nel caso di accordi esentati dal divieto di intese limitative della concorrenza o di restrizioni contrattuali non coperte dal medesimo divieto. Invero, in simili circostanze, il rischio che le restrizioni siano sfruttate per eludere il *geo-blocking*[51] è abbastanza concreto. Tuttavia, le perplessità sono dissipate dal secondo paragrafo dell'art. 6 laddove l'applicazione uniforme ed omogenea del diritto dell'Unione, che tenga cioè conto del diritto della concorrenza come del *geo-blocking*, impone di considerare nulle di diritto le disposizioni contrattuali che prescrivano ai professionisti l'obbligo di agire in violazione dei divieti stabiliti nel regolamento[52].

Ugualmente, è auspicabile che gli organismi nazionali responsabili dell'attuazione del regolamento diano soluzione alle questioni derivanti dall'intreccio dei divieti concorrenziali con quelli di discriminazioni geografiche in termini di "compromesso giuridico" o semplicemente di sistema, non essendo loro preclusa la possibilità di valutare la legittimità delle restrizioni alle vendite passive a norma del diritto *antitrust* nel quadro dell'applicazione del regolamento[53].

Ad ogni modo, la questione interessa il futuro più lontano del *geo-blocking* atteso che l'art. 6 non trova attuazione prima del 23 marzo 2020[54], quando anche il primo e sommario riesame del testo in parola sarà concluso e trasmesso alle istituzioni interessate. Saranno, quindi, gli anni a venire ad evidenziare (eventuali) ambiguità

[49] V. *supra*.

[50] Cfr. art. 6, par. 1 regolamento n. 2018/302 e considerando 34 regolamento n. 2018/302. L'art. 6 citato è applicabile a partire dal 23 marzo 2020. Nello specifico le disposizioni relative all'accesso a beni o servizi fanno salvi gli accordi che limitano le vendite attive ai sensi del regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione. V. *supra.*

[51] Ad esempio, le restrizioni contrattuali che impediscono a un professionista di rispondere agli ordini non sollecitati di singoli clienti per la vendita di beni, senza consegna, al di fuori del territorio assegnato al professionista dal contratto, per motivi legati alla nazionalità, alla residenza o allo stabilimento. Cfr. art. 6 e considerando 34 regolamento n. 2018/302.

[52] Art. 6, par. 2 regolamento n. 2018/302. Ad esempio, accesso alle interfacce *online*, ai beni o servizi e ai pagamenti.

[53] Come noto, la legittimità delle restrizioni alle vendite passive può essere esaminata da un'autorità garante della concorrenza nel quadro delle norme *antitrust*, oppure essere valutata nel corso di procedimenti giudiziari.

[54] Cfr. articoli 6 e 11 regolamento n. 2018/302, in base ai quali l'art. 6 si applica alle disposizioni degli accordi conclusi prima del 2 marzo 2018, che sono conformi all'art. 101 TFUE e a qualsiasi altra norma equivalente di diritto nazionale della concorrenza, a decorrere dal 23 marzo 2020.

e/o difficoltà applicative e la successiva revisione a distanza di cinque anni a permettere alla Commissione di elaborare le modifiche che si rendano necessarie in chiave concorrenziale[55].

Al contrario, le possibili zone d'ombra rilevabili con una certa immediatezza in fase di prima attuazione del regolamento, potrebbero essere portate all'attenzione del Parlamento europeo, del Consiglio e del Comitato economico e sociale europeo dalla Commissione in sede di iniziale valutazione dell'impatto complessivo delle nuove disposizioni sul mercato interno e sul commercio elettronico transfrontaliero, che sarà loro presentata entro il 23 marzo 2020 conformemente alla clausola di revisione del regolamento dopo il primo biennio di entrata in vigore[56].

Nulla esclude che l'istituzione, riferendo sulla valutazione del *geo-blocking*, presenti una proposta di modifica che tenga conto di molteplici aspetti. In primo luogo, delle connessioni con le discipline settoriali creatisi, nella prassi, nei primi anni di applicazione del divieto[57]. A seguire, degli effetti reali sul libero scambio in seno all'Unione come sulle discipline affini e/o vicine per ambito di applicazione. Parimenti, gli oneri amministrativi e finanziari che potrebbero gravare sui professionisti come le crescenti aspettative dei consumatori ben potrebbero venire in evidenza e indirizzare le rettifiche in un senso piuttosto che in un altro. In generale, è ragionevole ipotizzare, altresì, che la revisione sia elaborata in funzione degli sviluppi giuridici, economici e tecnologici.

È, pertanto, probabile che il *dossier* verta sulla portata dell'ambito di applicazione del divieto di discriminazioni ingiustificate in materia di accesso a beni o servizi. Al riguardo, saranno interessanti le considerazioni fatte dalla Commissione circa la possibilità di estendere il regolamento ai servizi prestati tramite mezzi elettronici – oggi esclusi (v. *supra*) – quali l'accesso a opere tutelate dal diritto d'autore o altri beni protetti, inclusa la vendita di opere tutelate dal diritto d'autore o altri beni immateriali protetti. E capire come ciò possa coniugarsi con la tutela del *copyright* e dell'obbligo del professionista di avere i necessari diritti per i territori interessati[58].

La prima stima potrà essere, inoltre, occasione per passare al vaglio anche altri settori non trattati dalla direttiva 2006/123/CE e che non rientrano (ad oggi) nell'ambito di applicazione del regolamento. L'analisi che ne deriverebbe, potrebbe considerare la possibilità di eliminare eventuali e residuali restrizioni ingiustificate basate sulla nazionalità, il luogo di residenza o di stabilimento. Nonché a confermare la continua e crescente attenzione dell'Unione per un settore in forte evoluzione quale il commercio elettronico in cui diritti, interessi e aspettative dei soggetti coinvolti assumono forma e natura peculiare e meritevole di tutela e garanzie in misura almeno uguale a quanto accade in contesti analoghi o in quelli tradizionalmente considerati. Invero, in seno all'Unione si è ben consci che le operazioni commerciali *online* richiedono discipline uniformi e omogene sull'intero territorio europeo, senza a nulla valere il carattere virtuale intrinseco. Indubbiamente, il mercato interno digitale rappresenta un settore in indiscussa e inarrestabile espansione che, in un futuro non troppo remoto, potrebbe

[55] Cfr. art. 9 regolamento n. 2018/302. Entro il 23 marzo 2020 e successivamente ogni cinque anni.
[56] Cfr. art. 9 regolamento n. 2018/302.
[57] Ad esempio, prestazione di servizi e *copyright*. V. *supra*.
[58] Cfr. art. 9, par. 2 regolamento n. 2018/302.

aprire scenari inesplorati e prospettive politiche e giuridiche ad oggi non vagliate dagli Stati membri nel contesto delle politiche di sviluppo ed integrazione dell'Unione.

D'altra parte, se è vero che il regolamento va salutato con grande favore, soprattutto se si considera la rilevanza del commercio elettronico per l'omogenea istaurazione del mercato interno, è pur vero che esso rappresenta soltanto un passo nella direzione di una rimodulazione omogenea e completa della materia. E che la riforma digitale non potrà prescindere dalla corretta attuazione della politica europea di realizzazione di un mercato interno libero, concorrenziale e sensibile alle prerogative dei consumatori finali. Come a dire che l'atto in parola è in grado di inaugurare in seno all'Unione una politica generalizzata di salvaguardia degli scambi nel territorio UE che abbracci il commercio elettronico UE, ma che, soprattutto, si preoccupi di accrescere il rispetto del diritto *antitrust*, la tutela dei consumatori e delle libertà fondamentali dell'Unione nei diversi ambiti del mercato interno mediante (anche) le note formule dell'armonizzazione o del riconoscimento reciproco.

In tale prospettiva, è auspicabile che il divieto di discriminazioni geografiche sia presto esteso alla più ampia tutela degli scambi UE, al fine di includervi, in maniera progressiva, i profili più sensibili della disciplina concorrenziale come della libera circolazione di merci e servizi e/o di altri settori ad oggi esclusi in tutto o in parte dal divieto di discriminazioni geografiche o semplicemente rinviati nel tempo a venire.

Abstract

Blocchi geografici ingiustificati

I blocchi geografici consistono in pratiche che impediscono ai consumatori di accedere o acquistare beni o servizi su un sito di un altro Stato membro. Al fine di rimuovere tali barriere, il 27 febbraio 2018, il Consiglio ha adottato il regolamento che vieta i blocchi geografici ingiustificati nel mercato interno. Il regolamento rimuove le discriminazioni basate sulla nazionalità del consumatore, il luogo di residenza, il luogo di stabilimento.

Unjustified Geo-blocking

Geo-blocking is a discriminatory practice that prevents online customers from accessing and purchasing products or services from a website based in another member State. In order to remove this barrier, on 27 February 2018, the Council adopted the regulation to ban unjustified geo-blocking in the internal market. The regulation removes discrimination based on customers' nationality, place of residence, place of establishment.

Emanuela Pistoia*

La scelta di Meseberg. Brevi note sulla rinuncia ad assorbire il MES nel quadro giuridico-istituzionale dell'Unione

Sommario: 1. La strada verso Meseberg. – 2. Da una procedura di adozione sbilanciata verso il metodo intergovernativo a una procedura puramente intergovernativa. – 3. La rinuncia ad affermare il principio di responsabilità democratica del meccanismo di stabilità. – 4. La rinuncia alla tutela giurisdizionale piena della Corte di giustizia. – 5. Un bilancio conclusivo.

1. Nelle ultime settimane, i riflettori sono stati puntati sulla conclusione del negoziato relativo al nuovo accordo istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità (MES). La chiusura era stata concordata per il Consiglio europeo del 13 dicembre; la firma era quindi programmata per il mese di gennaio, con le ratifiche a seguire. Le inquietudini sorte in seno al governo italiano (unitamente, forse, ad altri elementi) hanno reso opportuno un rinvio: con la consueta laconicità, all'approssimarsi della data concordata il presidente dell'Eurogruppo ha informato il presidente del Vertice Euro dell'avvenuto raggiungimento di un accordo di massima e della previsione circa la finalizzazione nel 2020 dell'accordo politico sull'aspetto più controverso del negoziato[1]. Il Vertice Euro ha preso atto, programmando di tornare sul *dossier* "al più tardi nel giugno del 2020"[2].

Come ben si sa, l'accordo in questione è una modifica al Trattato (TMES) che, a riempimento dello spazio appositamente delineato nell'art. 136, par. 3 TFUE, fu firmato il 2 febbraio 2012 per entrare in vigore il successivo 27 settembre, con parti contraenti i soli Stati dell'Eurozona[3]. Grazie alla modifica apportata nel 2011 con

* Professoressa associata di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo.

1 Lettera del Presidente dell'Eurogruppo, sig. Mario Centeno, al Presidente del Vertice Euro, sig. Charles Michel, del 5 dicembre 2019: consilium.europa.eu.

2 Dichiarazione del Vertice Euro, del 13 dicembre 2019: www.consilium.europa.eu.

3 Sugli aspetti giuridici di questo Trattato, si vedano senza pretese di esaustività: C. Ohler, *The European Stability Mechanism: The Long Road to Financial Stability in the Euro Area*, in *German Yearbook of International Law*, 2011, pp. 47-74; A. Gregorio Merino, *Legal Developments in the Economic and Monetary Union During the Debt Crisis: The Mechanisms of Financial Assistance*, in *Common Market Law Review*, 2012, pp. 1621-1623; J. V. Louis, *The Unexpected Revision of the Lisbon Treaty and the Establishment of a European Stability Mechanism*, in D. Ashiagbor et al. (eds.), *The European Union after the*

procedura semplificata, l'art. 136, par. 3 TFUE riconosce infatti la possibilità degli Stati membri la cui moneta è l'Euro di istituire un meccanismo di stabilità preposto alla salvaguardia della zona Euro nel suo insieme. La nuova disposizione stabilisce il vincolo di ancorare l'assistenza finanziaria prestata dal suddetto meccanismo "a una rigorosa condizionalità". La modifica suddetta fu deliberata nel pieno della crisi del debito sovrano diffusasi in Europa in quel periodo. Dinanzi alla necessità impellente di dotare l'Eurozona di una cassaforte capace di sostenere gli Stati in difficoltà, a tutela della moneta comune, fu scelto di lasciare tale onere agli Stati membri e di fissare al riguardo alcuni paletti. Il nuovo art. 136, par. 3 TFUE non costituisce infatti evidentemente una base giuridica, né d'altronde si sarebbe potuto procedere all'istituzione della medesima con la procedura semplificata *ex* art. 48, par. 6 TUE.

La riforma del MES era nell'aria da tempo, quale parte del progetto di sviluppare ulteriormente l'Unione economica e monetaria. In particolare, modifiche al MES erano prospettate già nel *Reflection Paper* pubblicato dalla Commissione nella primavera del 2017[4], come seguito del Libro bianco sul futuro dell'Europa[5]. L'individuazione di questa priorità risulta pienamente coerente con la collocazione dell'Unione economica e monetaria in tutti e quattro gli scenari in cui secondo il Libro Bianco l'integrazione europea avrebbe potuto proseguire il suo sviluppo, sia pure con modalità molto diverse per strumenti formali e selezione dei temi; inoltre, nell'unico scenario – il secondo – caratterizzato dal congelamento di ogni prospettiva di ulteriore integrazione ad eccezione dello zoccolo duro del mercato interno, l'integrità della moneta unica veniva considerata a rischio. In questo quadro, del MES il citato *Reflection Paper* lamentava la frettolosa istituzione su base intergovernativa e il carattere asimmetrico che la sua configurazione attuale conferisce alla *governance* dell'Eurozona[6]. Tra le modifiche all'UEM che interessano il MES, il *Reflection Paper* caldeggiava il suo utilizzo come rete di salvataggio del sistema bancario in caso di insufficienza del Fondo di Risoluzione Unico[7] e, nella prospettiva dell'ulteriore sviluppo del quadro istituzionale dell'UEM, la piena integrazione del Meccanismo nell'ordinamento dell'Unione attraverso la sua confluenza nel Ministero del Tesoro UE e il suo utilizzo come fondamento del futuro Fondo Monetario europeo (FME)[8].

Le idee esposte nel *Reflection Paper* sono quindi confluite nella *Roadmap* pubblicata dalla Commissione nel dicembre dello stesso anno. Riguardo al MES, questo documento prospettava precisamente l'utilizzo della sua consolidata struttura come base del FME, che avrebbe dovuto essere costituito nel quadro giuridico dell'integrazione europea. Ciò comportava pertanto l'assorbimento del MES nell'ordinamento UE, dovendosi il FME istituire attraverso un regolamento con base giuridica

Treaty of Lisbon, Cambridge, 2012, pp. 297-314; L. S. Rossi, *"Fiscal Compact" e Trattato sul Meccanismo di Stabilità: aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'UE*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2012, pp. 293-309; L. F. Pace, *Il regime giuridico dell'Euro. La nascita dell'Unione economica e monetaria, la sua crisi e la risposta dell'Unione europea*, Bari, 2018, pp. 68-75.

4 COM(2017) 291 def., del 31 maggio 2017, Documento di riflessione sull'approfondimento dell'Unione economica e monetaria.

5 Commissione europea, Libro bianco sul futuro dell'Europa, Riflessioni e scenari per l'UE a 27 verso il 2025, 1° marzo 2017.

6 In particolare, il grafico di p. 18 del *Documento di riflessione*.

7 *Reflection paper*, cit., p. 23.

8 *Reflection paper*, cit., pp. 32 e 34.def.

nell'art. 352 TFUE. La relativa proposta è stata presentata in modo contestuale[9]. Riguardo ai compiti, oltre a quelli già propri del MES il FME avrebbe dovuto operare da rete di salvataggio comune del Fondo di risoluzione unico, cioè a dire assumere un ruolo chiave nell'Unione bancaria, segnatamente nel suo secondo pilastro.

Il nuovo Trattato MES tralascia, come ben si evince dal *nomen*, l'istituzione del FME, ma recepisce appieno la scelta di attribuire al Meccanismo quel ruolo chiave nell'Unione bancaria ideato già un paio di anni prima. Sulla definizione di tale ruolo si è lavorato alacremente per oltre un anno e mezzo, come testimonia la considerazione dei progressi conseguiti in proposito dai Vertici Euro di giugno e dicembre 2018 e giugno 2019. Tutto ciò non costituisce una modifica agli orientamenti espressi nella *Roadmap* di dicembre 2017. Ne è piuttosto l'attuazione, attraverso la definizione di dettagli strategici per il corretto svolgimento del nuovo ruolo del MES/FME. Invece, rispetto a quella *Roadmap* lo strumento che finalmente si porta ora all'approvazione definitiva è radicalmente diverso nella forma, e di una diversità che contraddice addirittura quanto prospettato nella *Roadmap*: lo strumento in questione è infatti un nuovo Trattato, con l'effetto di trattenere il meccanismo fuori dal quadro istituzionale dell'Unione. Tutto ciò senza una parola di spiegazione, a tacere di eventuali giustificazioni.

La scelta di cambiare la veste formale delle modifiche al MES va rintracciata nella Dichiarazione franco-tedesca di Meseberg, del 19 giugno 2018. Tramite questa Dichiarazione, Francia e Germania si sono proposte come promotrici di un cambio di passo dell'andamento del processo di integrazione europea all'insegna dei valori originari, al fine di superare lo stallo in cui tale processo versa da alcuni anni. Tra le misure protese al rafforzamento dell'Unione economica e monetaria, quella Dichiarazione delinea alcune modifiche al MES, che sono precisamente quelle già individuate dalla Commissione nei documenti ricordati e già oggetto della proposta legislativa avanzata appena sei mesi e mezzo prima. La novità è per l'appunto la veste formale, che viene delineata nei termini seguenti:

"As a first step, we need to change the intergovernmental Treaty of the ESM […]. And in a second step, we can then ensure the incorporation of the ESM into EU law […]".

Le brevi note che seguono sono una riflessione intorno a questa scelta, con l'obiettivo di valutarne alcune implicazioni in chiave tecnico-giuridica. Si comincerà con considerazioni sulla procedura di adozione, doverose per la completezza del quadro d'insieme. I profili di maggiore interesse riguardano però le conseguenze prodotte dalla rinuncia alla *repatriation* del meccanismo sulla sua organizzazione e sul suo funzionamento. Queste sono molteplici. Quella cui si dedicherà più attenzione è la rinuncia completa a qualsivoglia forma di responsabilità verso il Parlamento europeo. Infatti, la costituzione di una tale responsabilità costituiva una delle tre motivazioni addotte dalla Commissione a favore dell'assorbimento del MES nel tessuto giuridico-istituzionale dell'Unione. Seguiranno alcune sintetiche considerazioni sulle implicazioni relative alla tutela giurisdizionale e, infine, un bilancio conclusivo

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

della scelta commentata. Non sarà invece oggetto di riflessione la *repatriation* di per sé, segnatamente l'adeguatezza della clausola di flessibilità come base giuridica del regolamento proposto (questione al momento apparentemente superata), e neppure le soluzioni pensate per attuarla, inclusa la compatibilità del nuovo accordo con i Trattati sull'Unione.

2. La scelta dell'art. 352 TFUE come base giuridica avrebbe richiesto il voto unanime del Consiglio previa approvazione del Parlamento europeo. Come si sa, la procedura legislativa speciale collegata alla clausola di flessibilità è infatti sbilanciata a favore dei governi degli Stati membri, e per giunta soggetta al veto di ciascuno, ma pur sempre avrebbe richiesto il concorso del Parlamento europeo attraverso un necessario voto positivo. Peraltro, sul filo dell'equilibrio istituzionale, il Parlamento europeo ha la tendenza a cercare di influenzare la definizione del contenuto degli atti legislativi per cui si richiederà la sua approvazione attraverso apposite risoluzioni adottate quando ancora l'esame preliminare del Consiglio sia in corso. Si veda, ad esempio, la prassi seguita riguardo all'istituzione della Procura europea[10]. Il peso, in questa procedura, della componente democratica dell'architettura istituzionale UE è insomma di tutto rilievo.

A seguito della scelta di Meseberg, invece, il Parlamento europeo è stato completamente esautorato dalla procedura di adozione del nuovo Trattato MES.

Il Parlamento aveva già intrapreso iniziative volte a valorizzare al massimo il suo ruolo di approvazione. Per esempio, il Presidente della Commissione per il controllo dei bilanci aveva chiesto alla Corte dei conti dell'Unione un parere sulla proposta di regolamento, con particolare riguardo a certi aspetti ritenuti di particolare importanza. Inoltre, coerentemente con la linea di tendenza appena ricordata, dopo la scelta di Meseberg e l'avvio dei seguiti della stessa nel quadro del Vertice Euro e dell'Eurogruppo nei termini visti, il Parlamento europeo ha adottato una risoluzione intitolata "Establishment of the European Monetary Fund" avente ad oggetto l'ormai inequivocabilmente accantonata proposta della Commissione[11]. Si tratta di una risoluzione fatta di singolari equilibrismi: da un lato guarda con favore alla proposta "to integrate the ESM into the EU legal order", peraltro a dispetto della data del tutto improbabile (14 marzo 2019); dall'altro lato, esprime giudizi costruttivi sui contenuti del nuovo Trattato formulando altresì proposte. Il Parlamento europeo ha così inviato ai governi un segnale di indisponibilità riguardo a farsi mettere nell'angolo nel processo decisionale finalizzato alla modifica delle regole di funzionamento del MES nonché, come si vedrà, in quello concernente l'esercizio delle sue competenze. Si tratta tuttavia di un segnale di segno squisitamente politico.

L'uso della clausola di flessibilità come base giuridica avrebbe anche comportato una valorizzazione del controllo dei Parlamenti nazionali riguardo al rispetto del principio di sussidiarietà (art. 352, par. 2 TFUE). Le spinte sovraniste che emergono

[10] La base giuridica (art. 86 TFUE) prevede al riguardo una procedura legislativa speciale caratterizzata dalla delibera del Consiglio all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo. Anticipando il momento dell'approvazione, il 12 marzo 2014 il Parlamento europeo ha adottato la Risoluzione sulla proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea, in cui ha preso posizione su tutte le questioni cruciali della proposta formulando altresì raccomandazioni su molti punti.

[11] Establishment of the European Monetary Fund – European Parliament Resolution of 14 March 2019 on the Proposal for a Council Regulation on the Establishment of the European Monetary Fund.

in tanti Paesi sarebbero così state convogliate in un dialogo volto a verificare la maggior efficienza di misure comuni rispetto a eventuali misure nazionali, senza che i Parlamenti nazionali potessero rivendicare la statalità delle scelte in termini assoluti. La modifica al MES attraverso un nuovo trattato internazionale chiama invece (di regola) i Parlamenti nazionali a esprimersi riguardo alla partecipazione dei relativi Stati allo strumento normativo *de quo*, eventualmente in concorso con altri organi statali. Ciò sulla carta consente alle spinte sovraniste di esprimersi in una direzione disgregatrice dell'Unione.

Tornando alle istituzioni dell'Unione, dall'accantonamento della procedura legislativa speciale è ancora derivata la rinuncia al contributo della Banca centrale europea (BCE). A norma degli articoli 127, par. 4 (in tema di politica monetaria) e 282, par. 5 TFUE, questa viene infatti consultata riguardo alle proposte di atti dell'Unione che rientrino nelle sue competenze. Prima della dichiarazione di Meseberg, la Banca aveva già adottato un parere sulla proposta della Commissione[12]. Peraltro, il testo del nuovo accordo risulta almeno parzialmente in linea con esso, anche se di tale allineamento non sono emerse le motivazioni.

Fin dalle prime battute che hanno seguito la scelta di Meseberg è infine emersa l'estromissione della Commissione dai lavori, perlomeno come istituzione *in nomine proprio*. La messa a punto del testo è infatti passata sotto il controllo del Vertice Euro (che comprende il Presidente della Commissione) e dell'Eurogruppo (alle cui riunioni la Commissione partecipa, essendo peraltro preparate dai suoi rappresentanti unitamente ai rappresentanti dei ministri responsabili delle finanze degli Stati membri dell'Eurozona[13]). In particolare, pochi giorni dopo l'incontro di Meseberg il Presidente dell'Eurogruppo ha indirizzato una lettera al Presidente del Vertice Euro al fine di impostare i lavori dei mesi successivi all'insegna di "the roadmap for the euro area presented by France and Germany"[14]. Come ricordato in precedenza, la Commissione aveva presentato una propria *Roadmap* appena sei mesi e mezzo prima. Nella lettera, riguardo al MES si annunciano i contenuti della riforma che lo riguarda con la specificazione che "[i]n a second step, and following agreeement at political level, we [cioè l'Eurogruppo] will prepare the necessary changes to the ESM Treaty and guidelines"[15].

Come riscontro immediato, il Vertice Euro del 29 giugno 2018 accoglieva "con favore i contributi nazionali, compreso quello presentato da Francia e Germania", approvando i contenuti della riforma del MES indicati nella lettera. Il Vertice dava quindi mandato all'Eurogruppo di preparare i termini di riferimento per il sostegno comune, nonché la lista di condizioni per l'ulteriore sviluppo del MES, entro il mese di dicembre 2018. Fosse proseguito l'*iter* di approvazione del regolamento proposto il precedente 6 dicembre, di tali termini di riferimento e di tale lista di condizioni si sarebbe ragionevolmente occupata la Commissione. A fronte della puntuale pre-

[12] Opinion of the European Central Bank of 11 April 2018 on a Proposal for a Regulation on the Establishment of the European Monetary Fund, (CON/2018/20).

[13] Si veda il Protocollo n. 14 sull'Eurogruppo, art. 1.

[14] Lettera del Presidente dell'Eurogruppo, sig. Mario Centeno, al Presidente del Vertice Euro, sig. Donald Tusk, del 25 giugno 2018: consilium.europa.eu.

[15] Enfasi aggiunta.

parazione dei contenuti richiesti[16], nella riunione del 14 dicembre 2018 il Vertice Euro ha quindi dato mandato all'Eurogruppo di preparare le necessarie modifiche al Trattato MES entro giugno 2019[17]. Con lettera del 15 giugno 2019, il Presidente Centeno ha informato il Presidente Tusk dell'adempimento di tali compiti, il cui esaurimento è stato previsto per dicembre dello stesso anno. Del prosieguo dei negoziati invece deciso nei giorni scorsi si è dato conto in apertura.

Il delicato lavoro di messa a punto del testo normativo riformato è stato così guidato dai ministri delle Finanze e dai Capi di Stato e di governo dell'Eurozona, che compongono rispettivamente l'Eurogruppo e il Vertice Euro. Inoltre, mentre l'Eurogruppo è notoriamente previsto nei Trattati istitutivi, segnatamente nell'art. 137 TFUE e nel Protocollo n. 14, del Vertice Euro si dice nel Trattato c.d. *Fiscal Compact*[18]. L'art. 12, par. 2 di quest'ultimo gli affida il mandato di discutere "questioni connesse alle competenze specifiche che le parti contraenti la cui moneta è l'Euro condividono in relazione alla moneta unica, altre questioni concernenti la *governance* della zona euro e le relative regole, e orientamenti strategici per la condotta delle politiche economiche per aumentare la convergenza nella zona euro". La predisposizione delle nuove regole è stata così, in un sol colpo, trasferita al metodo intergovernativo, "verticizzata" ed esternalizzata.

Vale la pena osservare che, ove fosse proseguito l'*iter* di approvazione del regolamento proposto dalla Commissione, i ministri delle Finanze dei Paesi dell'Eurozona avrebbero comunque svolto un ruolo chiave: nel prendere la decisione finale *ex* art. 352, par. 1 TFUE, il Consiglio avrebbe certamente operato nella formazione "ECOFIN", senza contare le discussioni che si sarebbero svolte nel quadro dell'Eurogruppo stesso come previsto nel relativo Protocollo (art. 1). Peraltro, la Commissione aveva impostato il processo decisionale in modo che l'unanimità necessaria all'approvazione del Consiglio avrebbe dovuto interessare i soli Stati la cui moneta è l'Euro, dando così vita a una forma atipica di integrazione differenziata[19]. Neppure è possibile registrare, quindi, che la trattazione del "*dossier* MES" da parte dei Ministri delle Finanze riuniti *qua* ECOFIN avrebbe avuto l'effetto di coinvolgere anche Stati non aventi l'Euro come moneta. Quanto ai Capi di Stato o di governo, che hanno guidato i negoziati *qua* Vertice Euro, il rilievo del MES/FME per il rafforzamento dell'Unione economica e monetaria è tale che il Consiglio europeo se ne sarebbe certamente occupato attraverso l'approvazione dei suoi caratteri essenziali: in fin dei conti, cioè, i Capi di Stato e di governo dell'Eurozona avrebbero comunque pilotato il processo decisionale. Il *côté* intergovernativo della procedura di approvazione del Trattato MES modificato è dunque dato non tanto dal ruolo preminente dell'Eurogruppo, del Vertice Euro e del Consiglio europeo,

[16] Il documento intitolato "Term Sheet on the European Stability Mechanism Reform" è datato 4 dicembre 2018.

[17] I passaggi ricordati (lettera di Centeno a Tusk del 25 giugno 2018, Dichiarazione del Vertice Euro del 29 giugno 2018 e ulteriore Dichiarazione di quest'ultimo, in data 14 dicembre 2018) sono richiamati nel par. 5A del nuovo Trattato MES.

[18] Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance*, firmato a Bruxelles il 2 marzo 2012 da tutti gli Stati membri tranne la Repubblica Ceca e il Regno Unito, e in vigore dal 1° gennaio 2013.

[19] Per ragioni di sintesi, ci si permette il rinvio a E. Pistoia, *Limiti all'integrazione differenziata nell'Unione europea*, Bari, 2018, pp. 58-60 e, sull'aspetto specifico della congruità dell'uso dell'art. 352 TFUE per l'adozione di misure aventi effetti per i soli Stati la cui moneta è l'Euro, pp. 62-63.

che comunque si avrebbe avuto, quanto dalla marginalizzazione della Commissione e dunque dell'interesse comunitario che alla Commissione è demandato perseguire, nonché dall'esautorazione del Parlamento europeo.

3. Si è già detto come l'istituzione di una responsabilità del meccanismo di assistenza finanziaria nei confronti del Parlamento europeo costituiva una delle tre motivazioni addotte dalla Commissione a favore del suo assorbimento nel tessuto giuridico-istituzionale dell'Unione. La proposta di regolamento istitutivo del FME dava così seguito all'appello all'unità, all'efficienza e alla responsabilità democratica lanciato dal presidente Juncker nel discorso sullo stato dell'Unione del 13 settembre 2017. Secondo la Commissione, questo appello ha particolare urgenza riguardo all'Unione economica e monetaria[20].

Per quanto attiene al profilo della responsabilità democratica tale appello non può che essere condiviso. Si consideri l'andamento divergente del principio democratico, quale affermato attraverso il Parlamento europeo, nel processo di integrazione: sempre più radicato nei procedimenti legislativi, con l'elevazione della codecisione a procedura legislativa ordinaria nel Trattato di Lisbona e con l'estensione di tale procedura a un novero sempre più ampio di misure; declinato al più nel principio deliberativo, nel coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri che in termini sostanziali hanno un impatto sulle persone fisiche e giuridiche non meno intenso degli atti legislativi dell'Unione, specie per gli Stati che adottano l'Euro[21]. Peraltro, si è sostenuto come gli atti di diritto derivato che hanno potenziato tale coordinamento rispetto a quanto stabilito nel TFUE, in particolare i regolamenti pertinenti al *Six Pack*, abbiano ulteriormente indebolito il ruolo del Parlamento europeo nel processo decisionale, in quanto ne hanno lasciati inalterati i poteri a fronte del rafforzamento dei poteri delle altre istituzioni politiche[22].

Negli strumenti che hanno segnato l'esternalizzazione di elementi chiave dell'Unione economica e monetaria quali appunto il Trattato sul MES e quello noto come *Fiscal Compact*, gli unici momenti di responsabilizzazione verso il Parlamento europeo sono previsti da questo secondo trattato, con riferimento al Vertice Euro. Il Trattato *Fiscal Compact* stabilisce l'obbligo del presidente del Vertice di riferire al Parlamento europeo dopo ogni riunione del Vertice medesimo. A ciò si aggiunge la possibilità che il presidente del Parlamento sia invitato dal Vertice per essere ascoltato (sembrerebbe, dalla pur scarna formulazione letterale della disposizione,

[20] Proposta di regolamento, cit., pp. 2 e 3.

[21] M. Starita, *Democratic Principles and the Economic Branch of the Economic and Monetary Union*, in L. Daniele, P. Simone, R. Cisotta (eds.), *Democracy in the EMU in the Aftermath of the Crisis*, Cham, 2017, pp. 21 e 22; M. Starita, Governance *economica europea e principi democratici dell'UE*, in M. E. Bartoloni, A. Caligiuri, B. Ubertazzi (a cura di), *L'Unione europea e la riforma del governo economico della zona Euro*, Napoli, 2013, pp. 48-50 e 53-54. Sul ruolo del Parlamento europeo nell'Unione economica e monetaria post-riforme, G. Fiengo, *Quale spazio per il principio democratico nella* governance *economica europea?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, p. 391 ss.; A. Oddenino, *Sovranità monetaria, ruolo della BCE e principio democratico nell'UE*, in O. Porchia (a cura di), Governance *economica europea*, Napoli, 2015, p. 81 ss.; F. Donati, *Crisi dell'euro,* governance *economica e democrazia nell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2013, p. 337 ss.; C. Fasone, *The Struggle of the European Parliament to Participate in the New Economic Governance*, 2012, *Working Paper, EUI RSCAS, 2012/45, EUDO - European Union Democracy Observatory*, in cadmus.eui.eu.

[22] M. Starita, Governance *economica europea*, cit., pp. 53 e 54.

solo per iniziativa del Vertice medesimo)[23]. Come già ricordato, il Vertice Euro ha il mandato di discutere questioni relative alla moneta unica e alla sua *governance*, nonché gli orientamenti strategici relativi alla condotta delle politiche economiche al fine di migliorare la loro convergenza negli Stati-euro. Ebbene, tali orientamenti strategici hanno la potenzialità di incidere anche sul funzionamento del MES, inclusi – seppure ovviamente a livello di linee direttrici applicabili alla generalità dei casi – i contenuti del protocollo d'intesa che la Commissione europea, in nome e per conto del MES, deve stipulare con lo Stato richiedente l'assistenza finanziaria ai fini della concessione della medesima (cioè a dire la condizionalità)[24]. Infatti, la concessione dell'assistenza finanziaria del MES è subordinata alla ratifica del Trattato *Fiscal Compact* da parte del richiedente e al rispetto dei requisiti del meccanismo di correzione finalizzato alla riduzione progressiva del disavanzo, verso l'obiettivo del pareggio di bilancio[25]. A sua volta, la condizionalità impiegata ai fini dell'assistenza finanziaria del MES deve essere pienamente conforme "alle misure di coordinamento delle politiche economiche previste dal TFUE, in particolare a qualsiasi atto legislativo dell'Unione europea, compresi pareri, avvertimenti, raccomandazioni o decisioni indirizzate al membro del MES interessato"[26]. Ancorché sempre al livello di orientamenti generali, anche le misure in questione possono essere discusse nel Vertice Euro, e come tali potrebbero pertanto risultare oggetto del dialogo con il Parlamento europeo nei termini stabiliti dal Trattato *Fiscal Compact*.

Considerazioni analoghe valgono per i regolamenti del c.d. *Six Pack*, i quali comportano precisamente l'adozione di quegli atti dell'Unione, variamente attinenti al coordinamento delle politiche economiche degli Stati, cui la condizionalità utilizzata per l'assistenza finanziaria del MES si deve adeguare. Anche riguardo all'attività di coordinamento disciplinata nei regolamenti suddetti il Parlamento ha un ruolo di controllo. In particolare, i regolamenti contengono clausole molto simili recanti l'intitolazione "dialogo economico"[27]. Si tratta della previsione di momenti di confronto tra il Parlamento europeo e principalmente Consiglio e Commissione, ma

[23] Ambedue le disposizioni sono contenute nell'art. 12, par. 5 del Trattato *Fiscal Compact*.

[24] Un protocollo d'intesa va stipulato qualunque strumenti di assistenza finanziaria del MES si attivi: il sostegno alla stabilità (art. 13 TMES), l'assistenza finanziaria precauzionale (art. 14 TMES), l'assistenza finanziaria per la ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie di uno Stato membro (art. 15 TMES), i prestiti (art. 16 TMES), il meccanismo di sostegno al mercato primario (art. 17 TMES), il meccanismo di sostegno al mercato secondario (art. 18 TMES).

[25] Si veda il terzultimo paragrafo del preambolo del Trattato *Fiscal Compact*.

[26] Art. 13, par. 3, co. 2 del TMES.

[27] Nel regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio, del 7 luglio 1997, per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche, come modificato dal regolamento (UE) n. 175/2011, si veda l'art. 2-*bis ter*; nel regolamento (CE) n. 1467/97 del Consiglio, del 7 luglio 1997, per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi, come modificato dal regolamento (UE) n. 1177/2011, si veda l'art. 2-*bis*; nel regolamento (UE) n. 1176/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici, si veda l'art. 14; nel regolamento (UE) n. 1173/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, relativo all'effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio nella zona euro, si veda l'art. 3; nel regolamento (UE) n. 1174/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, sulle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi nella zona euro, si veda l'art. 6. Sul "dialogo economico" v. S. De la Parra, *Economic Dialogue: An Effective Accountability Mechanism?*, in L. Daniele, P. Simone, R. Cisotta (eds.), *op. cit.*, pp. 101-119.

anche Consiglio europeo ed Eurogruppo. Il momento di confronto che costituisce la componente fondamentale del "dialogo economico" riguarda la commissione competente del Parlamento europeo e i presidenti di Consiglio e Commissione, e ove opportuno i presidenti di Consiglio europeo o Eurogruppo: la prima può invitare i secondi per discutere le decisioni prese. Talvolta la commissione del Parlamento europeo può dare la possibilità allo Stato membro interessato da tali decisioni di partecipare a uno scambio di opinioni. Questi momenti di confronto hanno una valenza diversa rispetto a quelli previsti con il Vertice Euro perché riguardano i contenuti delle specifiche misure adottate.

Sintetizzando, allo stato l'attività del MES non può dirsi del tutto estranea al dialogo economico con il Parlamento europeo. Le carenze sono però molteplici.

In primis, il MES non è direttamente coinvolto, nonostante sia il consiglio dei governatori a prendere le decisioni sulla concessione del sostegno alla stabilità da parte del Meccanismo, incluse le condizioni enunciate nel protocollo d'intesa (art. 5, par. 6, lett. f) del vigente Trattato MES), e sia il consiglio di amministrazione ad approvare gli aspetti finanziari di tale sostegno (art. 13, par. 5 del vigente Trattato MES). Tale struttura decisionale resta inalterata nel nuovo accordo[28].

Importanti aspetti dell'attività del MES restano poi esclusi dal dialogo in questione, con l'unica possibile eccezione della discussione generale che può avere luogo nel Vertice Euro: sembra infatti potersi ritenere che le "altre questioni concernenti la *governance* della zona Euro e le relative regole", di cui il Vertice si può occupare, virtualmente si espandano anche alle decisioni del MES pertinenti al proprio funzionamento. In ogni caso, il collegamento tra il Parlamento europeo e la *governance* dell'Euro *lato sensu* (il Vertice Euro è estraneo all'architettura istituzionale dell'Unione) è un dialogo valutabile come blando sotto vari aspetti. Da un lato, è privo di sbocchi o esiti, sotto qualsiasi forma. L'incidenza del Parlamento dipende dalla sensibilità del momento, vuoi dei governi vuoi della Commissione. Almeno per quanto riguarda il dialogo con il Vertice Euro, la trasparenza è solo parziale: l'ascolto del presidente del Parlamento europeo avviene a porte chiuse, le riunioni del Vertice Euro non essendo pubbliche. La rilevanza di questo aspetto non è trascurabile: in assenza di regole sugli esiti, la pubblicità della discussione costituisce una grande leva di pressione. Ne consegue che si fatica a descrivere il dialogo suddetto in termini di responsabilità politica delle istituzioni e degli organi che contribuiscono a definire la condizionalità del MES nei confronti del Parlamento europeo, sia pure in forma lieve[29].

---

[28] Riguardo alla firma del protocollo d'intesa, è interessante notare che l'art. 13, par. 4 del nuovo Accordo MES contiene una modifica al testo attuale: mentre per l'Accordo vigente firma solo la Commissione "in nome e per conto del MES", secondo il nuovo firmano sia la Commissione che il Direttore generale. La firma della Commissione è però sempre a nome del MES. Invece, nello Statuto del FME allegato alla proposta di regolamento, oltre alla firma della Commissione era già prevista la firma del Direttore generale, ma quella della Commissione *non* sarebbe stata in nome e per conto del Fondo: così l'art. 13, par. 4 dello Statuto.

[29] Nel senso che il Parlamento europeo non può esercitare propriamente un controllo sull'attività prevista negli accordi-satellite che caratterizzano l'Unione economica e monetaria, il che solleva importanti problemi di legittimità democratica, v. J.-P. Keppenne, *Institutional Report*, in U. Neergaard, C. Jacqueson, J. Hartig Danielsen (eds.), *The Economic and Monetary Union: Constitutional and Institutional Aspects of the Economic Governance within the EU. The XXVI FIDE Congress*, vol. 1, Copenhagen, 2014, p. 220.

Ancora, è esclusa la possibilità che il Parlamento europeo possa incidere sull'adozione di specifiche decisioni. Peraltro, allo stato attuale della normativa questa eventualità avrebbe per il MES rilievo solo indiretto: le decisioni aperte alla discussione *ex post* con il Parlamento non sono quelle relative all'assistenza finanziaria del MES e ai suoi termini, ma quelle che attengono al ciclo annuale di sorveglianza, al braccio preventivo degli squilibri macroeconomici e ai disavanzi eccessivi. Come già detto, a queste decisioni la condizionalità del MES si deve conformare.

Si è infine sottolineata la mancanza di trasparenza dell'operato del MES: caratteristica, questa, che lo esclude non solo dal controllo indiretto del Parlamento europeo, ma della società civile tutta, organizzata o meno[30].

Ebbene, la proposta di regolamento presentata dalla Commissione nel dicembre 2017 segnava un cambio di passo che la scelta di Meseberg ha fatto venire meno: il nuovo Trattato MES conserverà fedelmente l'assetto esistente.

Il cambio di passo stava principalmente nel fatto che l'art. 5 del regolamento avrebbe creato le regole di un dialogo diretto tra l'FME e il Parlamento europeo, che avrebbe avuto ad oggetto l'attività del nuovo Fondo. Lo svolgimento dei compiti di questo sarebbe stato oggetto di discussione certamente in linea generale. Nulla esclude, però, che la discussione si potesse concentrare su decisioni specifiche. L'audizione del direttore generale, che avrebbe potuto avere luogo sia su sua iniziativa che su richiesta del Parlamento, le interrogazioni con risposta scritta o orale, le discussioni orali riservate a porte chiuse tra il direttore generale e il presidente e i vicepresidenti delle competenti commissioni del PE, secondo l'art. 5 della proposta del regolamento avrebbero avuto come oggetto lo svolgimento dei compiti dell'FME. Nel caso delle discussioni orali riservate a porte chiuse, l'art 5, par. 5 specificava che tali compiti potevano comprendere "la valutazione dell'impatto sociale, l'attuazione del sostegno alla stabilità finanziaria e la concessione di linee di credito o la previsione di garanzie a sostegno del Comitato di risoluzione unico". Non solo, dunque, la formulazione delle disposizioni non sarebbe stata di ostacolo alla discussione di decisioni specifiche. In presenza di una discussione generale su base annuale, da sviluppare sulla base della relazione obbligatoriamente presentata dal FME al Parlamento (nonché al Consiglio e alla Commissione), è giocoforza che le altre occasioni suddette fossero utilizzate riguardo a situazioni o decisioni determinate. Eventuali incertezze interpretative avrebbe potuto essere superate grazie all'interpretazione sistematica dell'art. 5, nonché in base al principio dell'effetto utile.

Anche la moltiplicazione delle occasioni per sviluppare una discussione, nonché delle loro modalità di attivazione, avrebbe rappresentato un cambio di passo. La discussione di tenore necessariamente generale, cui sopra si è fatto cenno, corrispondeva alla relazione annuale (art. 5, par. 1). Le altre occasioni non avrebbero invece avuto una cadenza temporale.

L'elemento più significativo del cambio di passo appare però la cornice in cui tali discussioni si sarebbero sviluppate, la quale era così tracciata dall'art. 5, par. 1: "L'FME risponde al Parlamento europeo e al Consiglio dell'esercizio delle sue funzioni".

[30] P. Simone, *Respecting the Democratic Principle in ESM Activities Related to the Context of the Economic and Financial Crisis*, in L. Daniele, P. Simone, R. Cisotta (eds.), *op. cit.*, pp. 205-208.

Si tratta dell'enunciazione del principio di responsabilità, che avrebbe dovuto informare l'interpretazione delle regole specifiche prima riassunte e, più in generale, l'operato dell'FME. Non sembra azzardato affermare che, a livello di principi generali, la disposizione ricordata avrebbe costituito il perno della *repatriation* del meccanismo di stabilità già collocato al di fuori del quadro giuridico-istituzionale dell'Unione.

Nonostante la solenne enunciazione del principio di responsabilità, un elemento che non sarebbe mutato è la mancata determinazione degli esiti del dialogo suddetto. Solo riguardo alla responsabilità dell'FME verso il Consiglio la valutazione è diversa: basti pensare che, in attuazione della "dottrina *Meroni*", alcune decisioni del consiglio dei governatori e del consiglio di amministrazione sarebbero potute entrare in vigore solo previa approvazione di quest'istituzione (art. 3 della proposta di regolamento). Gli esiti della c.d. responsabilità democratica dell'FME avrebbero invece continuato a essere demandata alla sensibilità e alla fantasia degli interlocutori del momento. In particolare, nessun rilievo avrebbe potuto avere al riguardo il ruolo consultivo che il nuovo Statuto (allegato al regolamento proposto dalla Commissione) attribuiva al Parlamento europeo nella nomina del Direttore generale.

4. La *repatriation* del meccanismo di stabilità avrebbe avuto come conseguenza il suo pieno inserimento nel circuito della tutela giurisdizionale dell'Unione.

Nel quadro di una normalità di situazioni e di rapporti, tale conseguenza sembra invero di scarso rilievo per quanto attiene ai ricorsi sugli inadempimenti degli Stati. Il Trattato MES (sia quello attuale sia quello modificato) stabilisce infatti sanzioni a fronte dell'inadempimento di certi obblighi: tale è la sospensione dei diritti di voto, per l'intera durata dell'inadempienza, che scatta in caso di alcune condotte *ex* art. 4, par. 8 (stessa numerazione nell'accordo vigente e nel nuovo). In caso di mancato adeguamento di uno Stato beneficiario dell'assistenza finanziaria al relativo protocollo d'intesa, il meccanismo preposto è invece la condizionalità, il cui rispetto regola il pagamento delle *tranches* successive alla prima. Salvo per l'appunto situazioni estreme, la tutela giurisdizionale appare addirittura inadeguata.

Di tutt'altro rilievo per la legalità e l'equilibrio del sistema sarebbe stata la possibilità di sottoporre le decisioni del meccanismo di assistenza finanziaria al controllo di legittimità della Corte di giustizia, sulla base dell'art. 263, comma 1, ultima frase[31]. L'utilità avrebbe riguardato soprattutto le decisioni in cui la Commissione non è coinvolta, poiché la prassi ha già dimostrato come la Corte possa esercitare il controllo giurisdizionale sull'attività della Commissione collegata al MES[32]. Infatti, per la Corte quest'istituzione è vincolata al ruolo di custode dei Trattati sull'integrazione europea da questi stessi affidatole anche quando operi al di fuori del quadro normativo dell'Unione, come è, e probabilmente continuerà ad essere, riguardo

[31] In argomento v. F. Pennesi, *The Accountability of the European Stability Mechanism and the European Monetary Fund: Who Shouls Answer for Conditionality Measures?*, in *European Papers*, 2018, pp. 524-529; A. Poulou, *The Liability of the EU in the ESM Framework*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, p. 136.

[32] Sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2016, cause riunite da C-8/15 P a C-10/15 P, *Ledra Advertising*, punti 56-59. Non altrettanto la Corte ha statuito riguardo all'attività dell'Eurogruppo: sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2010, cause riunite da C-105/15 P a C-109/15 P, *Mallis*.

al MES. Anche nelle decisioni del MES in cui risulta coinvolta la Commissione (in particolare nella stipulazione del protocollo d'intesa necessario per l'erogazione dell'assistenza finanziaria a qualsiasi titolo), comunque, la *repatriation* avrebbe ampliato la tutela giurisdizionale: secondo la prassi citata, nell'assetto attuale (corrispondente a quello futuro, in caso di effettiva stipulazione del nuovo accordo) il controllo di legalità non può sfociare nell'annullamento di un atto della Commissione, poiché questo è estraneo all'ordinamento dell'Unione, ma solo in un'eventuale pronuncia sul risarcimento dei danni[33]. Questo limite influisce fortemente anche sulla legittimazione ad agire dinanzi alla Corte, limitata ai potenziali danneggiati.

Circa il ricorso per annullamento degli atti dell'FME relativi alla concessione dell'assistenza finanziaria, a ben vedere uno dei più interessanti effetti della *repatriation* sarebbe stato quello di istituire la legittimazione attiva, *ex* art. 263 TFUE, del Parlamento europeo. Infatti, tra gli altri ricorrenti privilegiati la Commissione e il Consiglio sarebbero stati direttamente coinvolti nella decisione di erogare l'assistenza finanziaria, in particolare nell'approvazione del protocollo d'intesa[34], che pertanto di regola non avrebbero impugnato. In una posizione analoga si sarebbero trovati la gran parte degli Stati membri, se non la totalità, poiché il consiglio dei governatori avrebbe adottato le decisioni sull'assistenza finanziaria con maggioranza qualificata rinforzata, pari all'85% dei voti espressi (art. 5, par. 7, lett. a) dello Statuto FME, allegato alla proposta di regolamento). Il Parlamento europeo avrebbe così potuto compensare la scarsa incidenza nel processo decisionale con l'attivazione della tutela giurisdizionale.

Ancora riguardo al ricorso per annullamento, un'altra importante annotazione riguarda in verità proprio la possibile iniziativa degli Stati membri. Sarebbero infatti stati legittimati attivi anche gli Stati non-Euro, ancorché non coinvolti nelle decisioni del consiglio dei governatori.

È infine appena il caso di citare le potenzialità del rinvio pregiudiziale, tanto per invalidità quanto per interpretazione. Eventuali nuovi casi di assistenza finanziaria avrebbero potuto beneficiare del dialogo della Corte di giustizia con le corti supreme o costituzionali degli Stati interessati riguardo ai contenuti dei protocolli d'intesa rilevanti e la loro conformità con la Carta dei diritti fondamentali e con i principi generali di diritto, piuttosto che con le costituzioni nazionali. Nei casi pregressi un dialogo siffatto non ha avuto *chance* di instaurazione, e questo ha certamente servito la causa delle critiche sovraniste al MES[35].

5. La scelta di Meseberg tocca corde profonde perché incide sul *fil rouge* che ha caratterizzato il processo di integrazione europea fin dal suo avvio: l'impostazione della cooperazione tra gli Stati secondo il c.d. metodo comunitario, così radicalmente diverso dal metodo classico, c.d. intergovernativo, da trasformare la cooperazione internazionale in cessione di sovranità. La scelta di Meseberg rivela una predilezione

[33] Sentenza *Ledra Advertising*, punto 55.

[34] Secondo lo Statuto dell'FME (allegato alla proposta di regolamento), la Commissione negozia e firma il protocollo; secondo l'art. 3 del regolamento il Consiglio approva la relativa decisione.

[35] Si veda, in particolar modo, la prassi della Corte costituzionale portoghese: v. per tutti, F. Pereira Coutinho, N. Piçarra, *Portugal: The Impact of European Integration and the Economic Crisis on the Identity of the Constitution*, in A. Albi, S. Bardutzky (eds.), *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law. National Reports*, The Hague, 2019, pp. 618-621.

per il metodo intergovernativo particolarmente significativa: in generale, perché il Trattato di Lisbona – il Trattato della "grande comunitarizzazione"! – sembrava essersela lasciata alle spalle; in particolare, perché costituisce un dietrofront rispetto alla diversa strada che già si era imboccata.

Il Trattato MES è però singolare perché, pur rappresentando la quintessenza della rinuncia al metodo comunitario, non corrisponde affatto all'accantonamento di tale metodo[36]. Esso infatti attribuisce un ruolo di primissimo rilievo alla Commissione; affida compiti alla BCE; non sacrifica completamente la tutela giurisdizionale della Corte di giustizia e fa salvo l'*acquis* del diritto dell'Unione attraverso una clausola di aderenza che peraltro la Corte di giustizia, limitatamente all'operato della Commissione, ha in effetti esteso alla Carta dei diritti fondamentali[37]. Proprio in questo, paradossalmente, è la sua insidia, unitamente al lasciapassare fornito ai "trattati satellite" dalla Corte di giustizia, con la sentenza *Pringle*[38]: i vincoli che intrattiene con l'ordinamento dell'Unione inducono a sottovalutare la sua discontinuità rispetto allo stesso. Sotto questo profilo, la proposta del Parlamento europeo di istituire un protocollo "for an interim Memorandum of Cooperation (MoC) between the ESM and Parliament" appare tanto opportuna quanto, appunto, insidiosa. Essa determinerebbe infatti l'affermazione della responsabilità democratica nell'Unione economica e monetaria, ma al di fuori della cornice normativa dell'UE, con conseguenze istituzionali imprevedibili. Le conseguenze politiche sarebbero invece certamente in una direzione di disgregazione, specie se il passare del tempo facesse in effetti venir meno il carattere transitorio del protocollo.

L'analisi svolta ha dimostrato che la preferenza verso il metodo intergovernativo espressa nella scelta di Meseberg penalizza soprattutto il principio democratico, poiché sacrifica del tutto il Parlamento europeo e relega i Parlamenti nazionali a un ruolo antagonista assai nocivo per il processo di integrazione, come la storia ha ripetutamente dimostrato. Sotto il profilo del principio democratico, infatti, il metodo comunitario avrebbe implicato la trattazione dei conflitti che oggi minacciano il progetto politico dell'integrazione europea nel quadro dell'istituzione democratica comune. Nella misura in cui tali conflitti si esprimano nei Parlamenti nazionali, il metodo comunitario avrebbe implicato inoltre la loro discussione entro una dinamica istituzionale regolata dal diritto dell'Unione, e dunque tale da rendere disponibili soluzioni interne all'ordinamento di quest'ultima.

Va riconosciuto tuttavia che le conseguenze suddette sarebbero derivate non dal metodo comunitario di per sé, ma dalle regole in cui esso aveva trovato espressione nella proposta di regolamento. Come si è visto, il "dialogo economico" in cui gli atti del *Six Pack* collocano il Parlamento europeo costituisce un'espressione assai più timida del principio democratico. Eppure, anche chi considera questa "timidezza" in violazione dei Trattati non prende analoga posizione per il meccanismo di stabilizzazione finanziaria dell'Unione istituito, prima del MES, sulla base dell'art. 122 TFUE. Questa disposizione relega il Parlamento europeo a semplice destinatario

[36] A proposito del TMES (nonché del Trattato *Fiscal Compact*) si è infatti parlato di "semi-intergovernmentalism": J.-P. Keppenne, *op. cit.*, p. 205; K. Lenaerts, *EMU and the European Union's Constitutional Framework*, in *European Law Review*, 2014, pp. 756-759.

[37] *Ledra Advertising*, punto 67.

[38] Sentenza della Corte di giustizia del 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Thomas Pringle* (v. *infra*, nota n. 42 e testo corrispondente).

di un'informativa sull'assistenza finanziaria accordata[39]. In altre parole, il metodo comunitario avrebbe parimenti potuto condurre a soluzioni meno generose verso il principio democratico, probabilmente con pochi problemi di incompatibilità rispetto ai Trattati vigenti.

Va inoltre riconosciuto che, anche solo limitatamente agli aspetti giuridico-istituzionali, la "comunitarizzazione" del meccanismo di assistenza finanziaria posto a protezione dell'Eurozona e dei suoi Stati parti non costituirebbe affatto la panacea per i problemi del suddetto meccanismo, nella sua configurazione tanto attuale quanto futura, e neppure per i problemi dell'Eurozona.

Le questioni più discusse attengono ai contenuti della condizionalità. Come ripetutamente sottolineato, però, questi si fondano sui contenuti della convergenza economica, in particolare sul programma di aggiustamento macroeconomico dello Stato beneficiario dell'assistenza, e dunque in gran parte non dipendono dal MES: questo elemento era assolutamente confermato nella proposta della Commissione[40]. Ebbene, volendo appunto considerare solo gli aspetti giuridico-istituzionali, si è appena ricordato che quei contenuti sono determinati con scarso riguardo per il principio democratico.

Questo dovrebbe pertanto trovare maggiore affermazione non solo e non tanto nel *modus operandi* del meccanismo di assistenza finanziaria, ma nelle procedure di convergenza economica che al momento sono appannaggio dei governi e della Commissione. Il "dialogo economico" è davvero insufficiente.

Con ulteriore riguardo al principio democratico, va infine sottolineato che il suo rafforzamento nelle decisioni relative all'Eurozona, *sub specie* dell'ampliamento dei poteri del Parlamento europeo, renderebbe urgente affrontare un tema finora non emerso a livello istituzionale. Ci si riferisce alla discussa legittimazione del Parlamento europeo al riguardo, vista l'asimmetria tra la sua composizione in termini di contingenti nazionali e i destinatari della sua attività pertinente all'Eurozona, dovuta all'integrazione differenziata che caratterizza l'Unione economica e monetaria.

Da ultimo, vale ancora la pena puntualizzare che la scelta di Meseberg non è criticabile in punto di diritto *ex se*. Per quanto si possano avere idee diverse in proposito[41], la Corte di giustizia ha molto chiaramente statuito che, nelle materie in cui residuano competenze rispetto all'UE, gli Stati sono liberi di operare tanto *uti singuli* quanto attraverso strumenti di cooperazione internazionale *inter se*, con i soli limiti della compatibilità con il diritto dell'Unione e del non porre ostacoli all'UE riguardo all'esercizio delle sue competenze[42]. Che l'istituzione di un meccanismo di stabilità dell'Eurozona sia rimasto alla competenza degli Stati non vi è dubbio, essendo questo "certificato" dall'art. 136, par. 3 TFUE nei termini ricordati nel

[39] M. Starita, Governance *economica europea*, cit., pp. 55-56.

[40] V. l'art. 13, par. 3, co. 2 dello Statuto allegato alla proposta di regolamento, che diversamente dalla corrispondente disposizione dell'attuale Trattato MES faceva esplicito riferimento al programma di aggiustamento macroeconomico applicabile ai membri dell'Eurozona in difficoltà, previsto nell'art. 7, par. 2, del regolamento 472/2013.

[41] Chi scrive le ha: si permetta il rinvio al mio *Limiti all'integrazione differenziata nell'Unione europea*, cit, pp. 161-164.

[42] Sentenza *Pringle*, spec. punti 101, 106, 109, 119. Su questi aspetti, come preannunciato nel paragrafo introduttivo, non ci si sofferma.

paragrafo introduttivo. La Corte ha pure chiarito che la rinuncia a usare la clausola di flessibilità non è sindacabile: questo è il senso dell'affermazione contenuta nella sentenza *Pringle* riguardo all'art. 352 TFUE[43].

Queste statuizioni valorizzano al massimo il ruolo del principio di attribuzione quale pietra angolare della perdurante natura di organizzazione internazionale dell'Unione. Esse sottendono infatti la qualità sovrana degli Stati, che hanno nell'Unione una delle varie *possibilità* di cooperare tra loro.

Soprattutto in questa prospettiva, la scelta di Meseberg è essa stessa rivelatrice di quella crisi politica del processo di integrazione che la Dichiarazione in cui è contenuta si propone di contrastare[44].

Abstract

La scelta di Meseberg. Brevi note sulla rinuncia ad assorbire il MES nel quadro giuridico-istituzionale dell'Unione

Nel dicembre 2017, la Commissione aveva presentato la proposta di un nuovo regolamento sull'istituzione del Fondo monetario europeo, che avrebbe realizzato l'assorbimento nel sistema normativo-istituzionale dell'Unione del Meccanismo europeo di stabilità (MES), già creato nel 2012 con un trattato tra gli Stati dell'Eurozona. L'articolo sviluppa alcune riflessioni intorno alla decisione di rinunciare a tale assorbimento, a favore della modifica del Trattato MES. Considera in primo luogo l'impatto di tale decisione sulla procedura di adozione delle modifiche al meccanismo di assistenza finanziaria ritenute necessarie. Si sofferma quindi sui cambiamenti che il regolamento proposto avrebbe apportato al ruolo del Parlamento europeo, cui invece il nuovo Trattato MES rinuncia. Esamina poi brevemente il diverso ruolo che la Corte di giustizia avrebbe potuto assumere se la proposta di regolamento avesse proseguito con successo il suo *iter*. Il bilancio finale riguarda l'effettivo valore aggiunto dell'uso del "metodo comunitario" nel meccanismo di assistenza finanziaria e nell'unione economica e monetaria nel suo insieme.

The Meseberg Choice. A Few Notes on the Decision to Turn Down the "Repatriation" of the ESM into the EU's Institutional Architecture

In December 2017, the Commission put forward a proposal for a regulation on the establishment of the European Monetary Fund, which would have accomplished the "repa-

[43] Sentenza *Pringle*, punto 67.

[44] Vero è che la Dichiarazione costituisce un documento politico, sul cui linguaggio sembra dunque inappropriato sviluppare un'analisi tecnico giuridica. Vistine i risvolti, sembra comunque utile osservare che il brano introduttivo, in cui si elencano gli attuali ostacoli al processo di integrazione, si conclude nel modo seguente: "France and Germany share the belief that the only appropriate answer to these challenges lies in the European *cooperation*" (enfasi aggiunta). *In cauda venenum?*

triation" of the European Stability Mechanism (ESM) set out in a Treaty between the Eurozone Member States in 2012. The article comments on the decision to turn down such "repatriation" and to make amendments to the EMS Treaty instead. It first looks at the impact of the new course of action on the decision-making procedure designed to accomplish changes to the mechanism of financial assistance. It then focuses on the changed role of the European Parliament laid down in the proposed regulation, which would be entirely cancelled in the amended Treaty. It makes a few remarks on the changes in the role of the Court of Justice that would have occurred following the repatriation. The final assessment covers the actual added value of the "Community method" with regard to the mechanism of financial assistance and the overall economic and monetary union.

Giuseppe Tesauro* e Patrizia De Pasquale**

Rapporti tra Corti e retroattività della *lex mitior*

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le sentenze "sovraniste" della Corte costituzionale. – 3. Un dialogo corretto tra giudice comune, Corte costituzionale e Corte di giustizia UE nella sentenza 63/2019 – 4. Il duplice fondamento del principio di retroattività favorevole. – 5. L'illegittimità costituzionale dell'art. 187 *bis* TUF. – 6. Un problema ancora aperto: *lex mitior* e *jus superveniens*.

1. La sentenza, resa dalla Corte costituzionale il 21 marzo scorso, n. 63, impone una riflessione aggiornata su due questioni che, da qualche tempo, impegnano tanto la dottrina quanto la giurisprudenza. Da un lato, infatti, la Corte ritorna opportunamente sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione europea e sul suo ruolo in caso di conflitto; dall'altro, affronta il tema spinoso delle sanzioni amministrative "punitive" e, superando un precedente orientamento, estende ad esse la garanzia della retroattività favorevole.

La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dalla Corte d'Appello di Milano, con riferimento all'art. 6, co. 2, del D. Lgs. 12 maggio 2015, n. 72, nella parte in cui ha modificato le sanzioni di cui all'art. 187 *bis* del TUF (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria). Tale disposizione, dando attuazione alla direttiva 2013/36/UE, aveva dichiarato inapplicabile la previsione di quintuplicazione delle sanzioni amministrative introdotta nel 2005 (c.d. dequintuplicazione), ripristinando la forbice edittale originaria, che prevedeva la sanzione pecuniaria da ventimila a tre milioni di euro, e confermando una lunga serie di modificazioni legislative.

La Corte di Appello aveva posto, altresì, in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo anche in relazione all'art. 7 della CEDU, questione di legittimità costituzionale della medesima disposizione nella parte in cui escludeva la retroattività della *lex mitior*, posticipandone l'efficacia. Più precisamente, il co. 2 dell'art. 6 del D. Lgs. 72/15 aveva introdotto una disposizione di diritto transitorio, stabilendo che le modifiche da esso apportate fossero applicabili alle violazioni commesse soltanto dopo l'entrata in vigore delle disposizioni adottate dalla Consob e dalla Banca d'Italia.

Seguendo un percorso argomentativo molto lineare, la Corte ha dichiarato illegittima la disposizione suddetta, nella parte in cui esclude l'applicazione retro-

* Presidente Emerito della Corte Costituzionale.
** Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università LUM "Jean Monnet".

attiva delle modifiche apportate dal co. 3 della stessa disposizione alle sanzioni amministrative previste per l'illecito di abuso di informazioni. La Consulta segue un *iter* logico induttivo. Affronta, anzitutto, la questione generale dei rapporti tra gli ordinamenti, interno e dell'Unione europea, e il suo ruolo di verifica dei possibili profili di contrasto tra la normativa interna e le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, come richiamata nell'ordinanza di rimessione, per poi soffermarsi sulla specifica questione della *lex mitior*.

2. Rispetto al primo profilo, chi aveva sperato che la discutibile e discussa sentenza "sovranista" della Corte costituzionale n. 269 del 2017 fosse destinata a rimanere isolata ed era rimasto in parte deluso dalla successiva sentenza n. 20/2019, di sicuro può tirare un sospiro di sollievo, leggendo la decisione della Corte oggetto delle presenti riflessioni. Per ben comprenderne la portata, occorre ricordare, sia pure molto brevemente, il percorso che la Corte costituzionale aveva compiuto prima di rivendicare la propria funzione di controllo accentrato anche sulla conformità "comunitaria" delle norme nazionali, cancellando così con poche righe, sul limitato ma rilevante tema del conflitto contestuale con la Costituzione e la Carta europea dei diritti fondamentali, una copiosa e consolidata giurisprudenza. Si trattava, più in generale, di un punto di arrivo a lungo meditato di un "dialogo" che per anni l'aveva vista contrapposta alla Corte di giustizia sui rimedi da adottare per risolvere almeno i problemi di incompatibilità tra una legge interna e una norma di diritto dell'Unione dotata di efficacia diretta[1].

Fino al Trattato di Lisbona, che ha riconosciuto alla Carta di Nizza un rango pari ai Trattati dell'Unione europea con il nome di Carta europea dei diritti fondamentali, era alla Corte di giustizia che eravamo debitori, in assenza di norme dedicate, per la tutela dei diritti fondamentali, anche a seguito dei "moniti" al riguardo proprio della Corte costituzionale italiana (già in *Acciaierie San Michele* del 1965[2]) oltre che di quella tedesca. La ricchissima giurisprudenza del giudice dell'Unione, anche per effetto del parallelo spostamento del baricentro dell'intero sistema delle libertà fondamentali di circolazione, dalle merci alle persone in quanto tali, è stata accettata dagli Stati membri, prima silenziosamente, poi introducendo nel Trattato di Maastricht la formula della sentenza della Corte di giustizia *Internationale Handelsgesellschaft*[3], secondo la quale i diritti fondamentali sono parte dei diritti che la Corte di giustizia è tenuta a tutelare. Posta con le modifiche di Lisbona alla pari dei Trattati, la Carta si è tuttavia vista espressamente stabilire i limiti della sua sfera di applicazione. Mentre prima di Lisbona i giudici richiamavano le norme della Carta di Nizza quasi come conforto spirituale in tutte le occasioni nelle quali riconoscevano un diritto fondamentale della persona, dopo Lisbona l'applicazione della Carta è stata limitata, per i giudici e le amministrazioni nazionali come per la Corte di giustizia, agli atti che rientrano nel suo "ambito di applicazione", così

1 Cfr., G. Tesauro, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. De Pasquale e F. Ferraro, Napoli, 2018, p. 231 ss..; G. Tesauro, *Costituzione e norme esterne*, in *Il diritto dell'Unione europea,* 2009, p. 195 ss. e in *Scritti in onore di L. Carlassare*, Napoli, 2009, p. 393 ss.

2 Corte costituzionale, sentenza del 16 dicembre 1965, n. 98.

3 Sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 1970, causa 11/70.

come sancito dall'art. 51[4]. Ed è significativo che in questa stessa disposizione, dopo il limite dell'"attuazione del diritto dell'Unione" per gli atti degli Stati membri, sia stato ripetuto l'ennesimo richiamo alla mancata estensione con la Carta di compiti e competenze dell'Unione.

Ciò nonostante, un certo numero di giudici nazionali, lettori troppo rapidi di norme esterne, hanno ritenuto di fare un'applicazione generale della Carta, fino a chiederne con rinvio pregiudiziale l'interpretazione alla Corte di giustizia per pretesi contrasti di norme puramente interne. Il giudice dell'Unione ha senza esitazione respinto come inammissibili tali rinvii, richiamando precisamente i limiti dell'attuale sfera di applicazione della Carta[5]. Peraltro, tale tentativo di applicazione generale della Carta, pur collegandosi alla tentazione di sempre del controllo indirettamente diffuso di legittimità anche costituzionale attraverso la via del rinvio pregiudiziale a Lussemburgo, considerata la non infrequente coincidenza in tema di tutela di diritti fondamentali tra le norme costituzionali e le norme della Carta, era non solo con tutta evidenza errato, ma è fortunatamente in tempi brevi rientrato a seguito della ricordata giurisprudenza della Corte di giustizia.

Tanto è stato tuttavia sufficiente perché la Corte costituzionale italiana reagisse sul tema della doppia pregiudizialità, di legittimità costituzionale e di compatibilità con il diritto dell'Unione europea, e più in generale, in tempi di "sovranismo" neppure tanto nascosto, sul rapporto tra i due ordinamenti.

Com'è fin troppo noto a chi ha memoria, tale rapporto, dopo qualche passaggio critico nel dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia, ad esempio con le decisioni delle due Corti sul caso *Costa c. ENEL*[6] degli anni sessanta, le decisioni degli anni settanta della Consulta *Frontini* e *Industrie Chimiche*[7], nonché la *Simmenthal*[8] del giudice dell'Unione, aveva trovato una stabilità, almeno sul piano pratico, con la sentenza *Granital* del 1984 della nostra Corte[9], rimasta incontestata fino agli anni più recenti. Con la *Simmenthal*, in particolare, la Corte di giustizia ammonì che l'uniformità e l'efficacia delle norme comunitarie risultavano pregiudicate ove non avessero ricevuto applicazione immediata. Ciò richiedeva, pertanto, l'applicazione delle norme comunitarie già da parte del giudice comune in caso di conflitto. La Corte costituzionale italiana, con la sentenza *Granital*, seppe sapientemente utilizzare l'art. 11 della Costituzione per risolvere almeno una metà del

---

4 Ma vedi, seppure in un senso meno esplicito, ma molto simile, la sentenza sopra citata *Internationale Handelsgesellshaft* del 1970 (nota precedente). In argomento, A. Tizzano, *L'application de la Charte de droits fondamentaux dans les Etats membres à la lumière de son Artoicle 51, paragraphe 1,* in *Il diritto dell'Unione europea*, 2014, p. 429 ss.; G. Tesauro, *The protection of fundamental Rights post-Lisbon*, in FIDE 2012, Congress Publications, p. 553 ss.

5 Tra le altre, v. le ordinanze della Corte di giustizia del 3 luglio 2014, causa C-92/14, *Tudoran* ECLI:EU:C:2014:2051, punti 44 e 45; del 12 novembre 2010, causa C-339/10, *Estov* ECLI:EU:C:2010:680, punti 12 e 13; del 1° marzo 2011, causa C-457/09, *Chartry* ECLI:EU:C:2011:101, punto 22; la sentenza dell'11 ottobre 2007, causa C-117/06, *Möllendorf e Möllendorf-Niehuus* ECLI:EU:C:2007:596, punto 78 e giurisprudenza ivi citata.

6 Corte costituzionale, sentenza del 7 marzo 1964, n. 14; sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1964, causa 6/64.

7 Corte costituzionale, sentenze del 27 dicembre 1973, n. 183 e del 30 ottobre 1975, n. 232, rispettivamente.

8 Sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1977, causa 106/77.

9 Corte costituzionale, sentenza dell'8 giugno 1984, n. 170.

problema, relativo alle norme dell'Unione provviste di effetto diretto. La delega di competenze in settori determinati attribuita all'Unione, correttamente compresa tra le organizzazioni internazionali che perseguono obiettivi di pace (si ricorda la Dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950), nel consentire alla Comunità di porre in essere atti incondizionati, pronti per l'applicazione e rispetto ai quali la posizione giuridica soggettiva dei singoli è tributaria diretta, determina secondo la Consulta l'incompetenza dell'ordinamento italiano e quindi "un passo indietro" rispetto all'applicazione della norma italiana contrastante nella fattispecie. Si eliminava così la necessità di sollevare la questione di legittimità costituzionale, che diventava inammissibile, e si attribuiva al giudice comune il potere-dovere di non applicare (o disapplicare, come si dice normalmente) la norma italiana. E se è vero che la non applicazione non equivale alla scomparsa della norma dall'ordinamento, è vero anche che la Corte costituzionale ha da tempo stabilito che l'interpretazione di una norma comunitaria da parte della Corte di giustizia vincola tutti i giudici, che abbiano o meno operato il rinvio, ed anche l'interpretazione resa in una procedura d'infrazione[10], sì che qualche possibile confusione è stata ridotta veramente al minimo, come dimostra la prassi ultratrentennale che ne è seguita.

La sentenza *Granital*, poi, ha anche lasciato lo spazio dovuto al conflitto con una norma dell'Unione priva di effetto diretto, trattandosi di norma esterna il cui ingresso nel nostro ordinamento è dovuto ad una legge ordinaria, sì che il contrasto con una norma successiva pone una questione di legittimità costituzionale della legge di adattamento, da demandare al giudice delle leggi. In definitiva, *Granital* fu accolta con soddisfazione, se non altro perché riusciva a conciliare, almeno sul piano pratico, la posizione monista della Corte di giustizia con quella dualista del nostro ordinamento e quindi della Corte costituzionale. E grandi inconvenienti non sono emersi.

Neppure la riformulazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione ha poi mutato di molto il quadro appena ricordato relativamente al rapporto con il diritto dell'Unione, le cui norme provviste di effetto diretto sono rimaste comprese nella delega di competenza normativa dell'art. 11 Cost., mentre il contrasto con le norme sprovviste di quell'effetto rientrano nello schema di incidente di costituzionalità della legge di adattamento, alla luce dell'art. 117, primo comma, al pari di tutti i conflitti con norme esterne convenzionali. Com'è noto, la nostra Corte costituzionale ha avuto occasione di precisare il proprio orientamento al riguardo con le sentenze quasi gemelle del 2007, nn. 348 e 349[11]. Punto rilevante è che la Corte ha escluso che la materia dei diritti fondamentali oggetto della CEDU implichi, al di là della delega di competenza alla Corte di Strasburgo limitata all'interpretazione delle sue disposizioni, una cessione o limitazione di sovranità ai sensi e con gli stessi effetti dell'art. 11 della Costituzione, ribadendo una giurisprudenza ben consolidata. In secondo luogo, la Corte ha con tutta evidenza anche negato, allo stato, la possibilità per il giudice comune di disapplicare la norma nazionale in contrasto con norme della CEDU, non potendosi a queste ultime attribuire effetto diritto "fino al punto da consentire al giudice la non applicazione della norma interna confliggente" (sent. 349/2007).

[10] Corte costituzionale, sentenze del 23 aprile 1985, n. 113 e dell'11 luglio 1989, n. 389.
[11] Corte costituzionale, sentenza del 24 ottobre 2007.

Ed è questa la differenza rispetto alle norme dell'Unione europea provviste di effetto diretto, non consentendolo né il loro carattere né la struttura e gli obiettivi della Convenzione complessivamente considerata. Il giudice costituzionale ha sul punto utilizzato con ogni evidenza, in particolare con il richiamo alla "struttura e agli obiettivi" del contesto in cui le norme della CEDU si collocano rispetto a quelle dell'Unione, il criterio utilizzato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea fin dalla *Van Gend en Loos*[12] e mai contestato (si ricordi anche la giurisprudenza della Cassazione italiana sulle norme GATT).

In breve conclusione, quando il contrasto delle norme nazionali con norme esterne non provviste di effetto diretto non sia sanabile in via interpretativa, il giudice comune non potrà risolvere il conflitto autonomamente. Non potrà evidentemente applicare la norma nazionale, dato che la premessa è la sua incompatibilità con la norma convenzionale; né potrà, in luogo della norma nazionale, applicare la norma esterna, ma dovrà necessariamente sollevare la questione di legittimità costituzionale rispetto all'art. 117, primo comma.

Vero è che la Consulta aveva già con tutta evidenza voluto negare la possibilità di estendere oltre misura, cioè al di là dell'ipotesi di contrasto con le norme dell'Unione provviste di effetto diretto, dei Trattati (compresa oggi la Carta dei diritti fondamentali) o di diritto derivato, la competenza del giudice comune a disapplicare la norma italiana. Non era mancata, infatti, l'attenzione sul rischio, che l'attribuzione al giudice comune di un generale potere di disapplicare la norma interna contrastante con quella convenzionale esterna in materie di valenza costituzionale possa tradursi – in difetto dell'ipotesi di incompetenza dell'ordinamento limitato al contrasto con le norme dell'Unione con effetto diretto – in un controllo, indiretto ma diffuso, di costituzionalità. Ed è precisamente questo rischio che la Consulta aveva voluto evitare con la ricordata giurisprudenza degli anni ottanta e che invece è all'origine della sentenza n. 269/2017[13], nella quale la Corte ha mostrato un orientamento del tutto diverso, in particolare rispetto alla giurisprudenza in tema di doppia pregiudizialità, ma con conseguenze almeno opinabili anche più generali, come si è accennato.

Anzitutto, tale nuovo orientamento, dopo una conferma di stile dei principi del diritto dell'Unione dell'effetto diretto e del primato, nonché della Carta dei diritti fondamentali come parte integrante di quel diritto, è sviluppato in un *obiter dictum* (punto 5.2 in diritto) non richiesto, eccentrico rispetto alla causa e alla decisione, sì che appare una forzatura artificiosa rispetto alle restanti motivazioni della sentenza[14]. La premessa è che "Una precisazione si impone alla luce delle trasformazioni che

[12] Sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, causa 26/62, ECLI:EU:C:1963:1.

[13] Corte costituzionale, sentenza del 14 dicembre 2017. Su tale orientamento innovativo, più ampiamente, v., sul sito della Corte costituzionale, A. Barbera, *La Carta dei diritti: per un dialogo tra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, Relazione all'incontro di studio tra i Tribunali e le Corti costituzionali di Spagna, Portogallo, Francia e Italia, Siviglia 26-28 ottobre 2017.

[14] In argomento, L. S. Rossi, *La sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana: obiter creativi (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea, www.federalismi.it*, 2018. Sulle successive decisioni della Corte di Cassazione, prima conformi poi sempre meno, correttamente: S. Vannuccini, *Quis interpretabitur nei casi di doppia pregiudiziabilità? La precisazione della Corte costituzionale nella sentenza 269/2017 e le* reazioni *della Corte di Cassazione,* in *La Comunità internazionale*, 2019, p. 55. ss., sp. 66 ss., ivi anche i numerosi commenti alla decisione, in gran parte di costituzionalisti. Nel senso della non precettività della cosa detta incidentalmente dal Giudice delle leggi nella sentenza in discorso, Cassazione, 12018/2018, par. 13 e 12945 par. 9.

hanno riguardato il diritto dell'Unione europea e il sistema dei rapporti con gli ordinamenti nazionali dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona". Quali siano tali trasformazioni non è detto, né risulta in altro modo, se si eccettua la parificazione al rango dei Trattati della Carta di Nizza: per il resto, Lisbona, fino a prova del contrario, non ha inciso più di tanto sul rapporto tra diritto interno e i Trattati, sì che il rapporto con la Carta di sicuro non presenta diversità, se non per una sfera di applicazione stabilita esplicitamente in quanto pari a quella dei Trattati, dunque ridotta, come prima precisato. In breve, effetto diretto e primato, per quanto di ragione, restano quelli che erano prima di Lisbona, così come i principi della giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di diritti fondamentali trascritti nella Carta restano quelli di prima. Pertanto, non è affatto una novità che quei principi "intersecano in larga misura i principi garantiti dalla Costituzione" italiana e che, di conseguenza, "la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione".

Sulla premessa dell'asserita novità di Lisbona, la Consulta trae poi alcune conseguenze. La prima è che le violazioni dei diritti della persona necessitano sempre di un intervento *erga omnes* da parte della stessa Corte costituzionale, chiamata a valutare sulla base "dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei", in modo da assicurare che i diritti garantiti dalla Carta "siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni". Al riguardo, va ribadito che la necessità dell'intervento *erga omnes* anche relativamente ai casi di possibile e legittima disapplicazione della norma da parte del giudice comune, aveva già trovato soluzione nella giurisprudenza della stessa Corte con le sentenze n. 113 del 1985 e n. 389 del 1989, prima ricordate. Non si riescono, pertanto, a vedere ragioni nuove per buttare nel cestino la giurisprudenza *Simmenthal* e quella successiva di tutti gli Stati membri. Inoltre, il parametro di una norma dell'Unione, quando fosse rilevante, non può servire alla Corte costituzionale se non per chiedere al riguardo l'interpretazione della Corte di giustizia, che sola si è vista attribuire dagli Stati membri già con il Trattato originario il potere – e con esso il dovere, si badi – di interpretare le norme dell'Unione (attuale art. 19 del TUE), pena un difetto di quell'uniformità di interpretazione nell'intera Unione che rappresenta la funzione principale e ineliminabile del rinvio pregiudiziale. Diversamente, si rischierebbe un'interpretazione diversa per ogni Stato membro.

La seconda conseguenza è, secondo la Corte, che laddove una legge fosse oggetto di dubbi di legittimità tanto in riferimento alla Costituzione italiana, quanto in relazione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione in ambito di rilevanza europea, si dovrebbe sollevare la questione di legittimità costituzionale. Tuttavia, resterebbe ferma, secondo la Consulta alla stregua della sentenza *Melki*[15] della Corte di giustizia, la facoltà dei giudici comuni di interrogare, ove necessario, la Corte di giustizia in via pregiudiziale e, all'occorrenza, "disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell'Unione". Vale appena opporre che gli incisi "al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale" e "per altri profili", svuotano

[15] Sentenza della Corte di giustizia del 22 giugno 2010, causa C-188/10, ECLI:EU:C:2010:363.

quasi del tutto la libertà del giudice di operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, libertà che è l'elemento principale dell'istituto del rinvio pregiudiziale e base del sistema complessivo di controllo giurisdizionale disegnato dai Trattati dell'Unione fin dalle origini. Tra l'altro, resta da vedere quale rinvio pregiudiziale sia dato al giudice comune di fare quando la Corte costituzionale avesse dichiarato l'illegittimità della legge nazionale, per ciò stesso eliminandola dall'ordinamento. A voler tacere, infine, dell'obbligo del giudice comune, quando solleva una questione di legittimità costituzionale, di rappresentare la rilevanza almeno plausibile della questione, in principio da escludere quando il giudice rimettente dubitasse della compatibilità comunitaria di quella legge, dunque della sua applicabilità[16].

Non molto diversa è la posizione, sostenuta dal giudice costituzionale nella sentenza 20/2019[17], ove si pronuncia sui principi della direttiva controversa in ragione dei manifesti legami con quelli enunciati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, che intersecano, a loro volta, principi e diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione. E ribadisce l'opportunità che il sindacato accentrato di legittimità costituzionale permetta alla Corte costituzionale di giudicare alla luce di parametri costituzionali interni e anche di quelli europei, secondo l'ordine più idoneo alla soluzione della controversia.

Anche questa sentenza ha suscitato più di una perplessità, nonostante il riconoscimento di stile del valore aggiunto della giurisprudenza del giudice dell'Unione[18], soprattutto perché, ancora una volta, non tiene conto che l'interpretazione e l'applicazione della Carta riposano su un sistema giurisdizionale complesso, incentrato sul rinvio pregiudiziale. E per quanto il suo contenuto possa assomigliare, anche sino a sovrapporsi, a quello di una Costituzione nazionale, la Carta rimane pur sempre una fonte distinta e autonoma, né la sua interpretazione può essere "attratta" dalle Corti costituzionali degli Stati membri nella sfera di competenze di queste ultime. Il giudice competente ad interpretare la Carta rimane la Corte di giustizia dell'Unione europea e nessuna Corte costituzionale può di conseguenza avocare a sé tale potere, invocando in astratto le proprie tradizioni costituzionali e senza operare un rinvio pregiudiziale d'interpretazione a Lussemburgo.

Va tuttavia salutato con favore che nella sentenza n. 20/2019 sia stato almeno restituito al giudice comune il potere di operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia non soltanto "per altri profili" rispetto a quelli valutati dal giudice costituzionale, come nel precedente sopra ricordato.

3. Con l'ultima sentenza, la Consulta sembra riportare ordine e offrire maggiori certezze rispetto alle incertezze che i due precedenti ricordati avevano determinato. Insomma, la Corte fa un passo indietro e restituisce il dialogo con la Corte UE agli schemi ed ai criteri definiti dalle sentenze *Granital* e *Simmenthal,* nonché alle

16 G. Tesauro, *Costituzione e norme esterne,* cit.

17 Corte costituzionale, sentenza del 23 gennaio 2019, n. 20, punto 2.

18 Cfr., tra gli altri, C. Schepisi, *La Corte costituzionale e il dopo Taricco. Un altro colpo al primato e all'efficacia diretta?,* in *Il diritto dell'Unione europea. Osservatorio europeo*, dicembre 2017, pp. 1-18; V. Piccone, *A prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di "sutura" post Corte costituzionale n. 269/2017*, in *Rivista di diritti comparati*, 2018, pp. 298-329.

meno remote decisioni della Corte di giustizia di trasparente reazione alla sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana[19].

Infatti, la decisione del 21-27 marzo u.s. ribadisce sì che, nelle ipotesi di doppia pregiudizialità non può essere ad essa "precluso l'esame nel merito delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento sia a parametri interni, anche mediati alla normativa interposta convenzionale, sia – per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma Cost. – alle norme corrispondenti della Carta che tutelano, nella sostanza, i medesimi diritti". Ma subito dopo, aggiunge che la sua competenza non esclude quella del giudice comune di sollevare questione di pregiudizialità e precisa che tale possibilità sussiste anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale e (ove mai se ne fosse dubitato) che il giudice può disapplicare la norma interna in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta.

Ancorché la Consulta dichiari di porsi nel solco tracciato dalla sentenza n. 269/2017, è evidente il significativo distacco rispetto a quel precedente. Infatti, non soltanto viene meno l'accentramento di giudizio rivendicato in quella sede, ma soprattutto al giudice comune si riconosce il potere di disapplicare la norma nazionale in contrasto con la norma dell'Unione dotata di effetto diretto; e, in caso di dubbio, di rinviare in prima battuta alla Corte di giustizia o anche dopo aver rimesso la questione alla Corte costituzionale.

Al riguardo, la Consulta chiarisce che, qualora investita dal giudice comune dovesse decidere per l'illegittimità costituzionale della disposizione ritenuta in contrasto con la Carta, la conseguenza sarebbe "l'eliminazione dall'ordinamento, con effetti *erga omnes*, di tale disposizione". In questo caso e soltanto in questo caso – è fin troppo ovvio – il giudice *a quo* non potrà più promuovere rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Qualora, invece, il giudice rimettente dovesse chiedere la verifica di costituzionalità di una disposizione, manifestando un dubbio quanto alla corretta interpretazione di norme dell'Unione e un contrasto con queste ultime, la questione pregiudiziale di legittimità costituzionale sarebbe inammissibile, in quanto il dubbio sulla compatibilità della norma nazionale rispetto al diritto dell'Unione andrebbe risolto immediatamente con l'ausilio della Corte di giustizia, prima che sia sollevata la questione di legittimità costituzionale, pena l'irrilevanza della questione stessa[20].

4. Altrettanto importante è la seconda parte della sentenza, nella quale la Consulta, esaminando nel merito la questione sottopostole, riporta al centro dell'attenzione del dibattito scientifico il principio di retroattività della legge penale più favorevole. Principio che, negli ultimi anni, è stato oggetto di importanti pronunce, sia della medesima Corte sia delle Corti europee, che ne hanno affrontato gli aspetti

[19] Sentenze della Corte di giustizia del 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starnet* ECLI:EU:C:2017:985; del 24 ottobre 2018, causa C-234/17, *XC e a. c. Austria* ECLI:EU:C:2018:853, punti 42-45; del 10 dicembre 2018, causa C-621/18, *Wightman* ECLI:EU:C:2018:999. La Cassazione non ha mancato di rilevare il contrasto tra la sentenza 269/2017 della Corte costituzionale con tale giurisprudenza della Corte di giustizia, di poco successiva. V. Cassazione, sentenza del 21 febbraio 2018, n. 4223, par. 4, sulla quale V. Piccone, *op. cit*, p. 203 ss. Esplicito il rifiuto di seguire la 269/17 in Cassazione, sentenze 12108 del 17 maggio 2018, parr. 12-14 e 12945 del 24 maggio 2018, parr. 8-10.

[20] Corte costituzionale, sentenza del 18 luglio 2014, n. 216; G. Tesauro, *Costituzione e norme esterne*, cit., p. 195 ss.

cruciali, quali le questioni che ne definiscono il *fondamento, il rango, i limiti* e la *portata*. Ma che, soprattutto, hanno dato luogo ad un ripensamento sui suoi caratteri più controversi.

Come è noto, l'assenza di un espresso riconoscimento del principio in parola nella Carta costituzionale, quantunque non abbia impedito di attribuirgli rilevanza costituzionale, ne ha condizionato l'individuazione del parametro-fonte e, di conseguenza, la portata. Specificamente, è stato ritenuto – e la stessa Consulta lo riafferma nella sentenza *de qua* – che esso ha sì fondamento nella Costituzione, ma non nell'art. 25, co. 2, bensì nell'art. 3, rappresentando un corollario del principio di eguaglianza. Infatti, tale disposizione, vietando ogni forma di irragionevole discriminazione tra situazioni eguali, non può che ricomprendere anche la retroattività della *lex mitior* ed assicurarne l'efficacia vincolante nei confronti del *legislatore*. Infatti, il trattamento sanzionatorio per i medesimi fatti deve essere eguale, "a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice"[21]. Ciò proprio perché l'applicazione automatica ed inderogabile di un trattamento penale non più in vigore a condotte ad esso ascrivibili porrebbe in grave rischio l'eguaglianza assicurata dall'art. 3 Cost.

Sulla questione del rango da attribuire alla retroattività favorevole è significativamente intervenuto anche il diritto internazionale e dell'Unione europea; peraltro, i *dicta* della Corte di Lussemburgo e di quella di Strasburgo sono stati recepiti ed utilizzati dalla Consulta come criteri-guida dell'interpretazione del principio nell'ordinamento italiano.

In particolare, si ricorda che la Corte di giustizia, già da tempo, ne ha sottolineato la valenza costituzionale, affermando che il "principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite, (…) fa parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (…) e deve essere considerato come parte integrante dei principi generali del diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario"[22]. Attualmente, esso trova espressa previsione nell'art. 49, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: "Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima". Tale disposizione ricalca, anche nel tenore letterale, l'art. 15 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, in vigore dal 1976.

Nella CEDU, il principio della retroattività favorevole è stato invece desunto in via interpretativa dall'art. 7. Infatti, nella sentenza *Scoppola*[23], la Corte EDU ha ritenuto che tale disposizione non sancisce soltanto il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, bensì, implicitamente, anche quello della retroattività della legge penale meno severa[24].

---

[21] Corte costituzionale, sentenza del 23 novembre 2006, n. 394.

[22] Sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, *El Dridi* ECLI:EU:C:2011:268. V. anche sentenza del 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.* ECLI:EU:C:2005:270, punti 67-69, nonché del 11 marzo 2008, causa C-420/06, *Jager* ECLI:EU:C:2008:152, punto 59.

[23] Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, n. 10249/03.

[24] Cfr. V. Maiello, *Il rango della retroattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 1614 ss. V. anche Corte

Nella sentenza in esame, dopo aver richiamato il duplice fondamento del principio, la Consulta dichiara che la *ratio* della regola è "identificabile in sostanza nel diritto dell'autore del reato ad essere giudicato, e se del caso punito, in base all'apprezzamento attuale dell'ordinamento relativo al disvalore del fatto da lui realizzato, anziché in base all'apprezzamento sotteso alla legge in vigore al momento della sua commissione". Pur tuttavia, avendo collocato il principio di retroattività *in mitius* tra i corollari dell'eguaglianza/ragionevolezza, i giudici costituzionali non hanno potuto connotarlo in termini di garanzia rigida, ma semplicemente di principio "tendenziale", suscettibile cioè di deroghe, in presenza – ovviamente – di motivi ragionevoli. In buona sostanza, la deroga deve risultare giustificata dalla necessità di tutelare interessi dotati di pari rilevanza, sulla base di un sindacato positivo di ragionevolezza.

5. Il *quid novi* della decisione risiede però nell'ampio respiro europeista delle argomentazioni a sostegno della decisione ed anche nella definitiva estensione della retroattività della legge più favorevole alle sanzioni amministrative pecuniarie che hanno carattere punitivo. Invero, i giudici costituzionali danno attuazione, elaborandola in maniera più sofisticata e precisa, la soluzione a cui erano pervenuti già nella sentenza n. 193/2016, dove avevano affermato che il principio della retroattività della *lex mitior* fosse applicabile a "singole e specifiche discipline sanzionatorie" ed in particolare a "quelle che, pur qualificandosi come amministrative ai sensi dell'ordinamento interno", fossero qualificabili come "punitive" alla luce dei noti criteri *Engel*[25].

In tale ottica, dopo aver ribadito che le disposizioni della CEDU possono essere applicate anche nei casi in cui non sono state già oggetto di pronunce della Corte EDU[26], la Consulta ha scrutinato l'art. 187 *bis* TUF sulla base del "complesso dei principi enucleati dalla Corte di Strasburgo" ed altresì della giurisprudenza della Corte di giustizia. Anzi, a ben vedere, essa ha ripreso le motivazioni espresse da quest'ultima, in due recenti pronunce aventi ad oggetto l'art. 187 *bis* TUF, per sostenere la qualificazione "penale" della sanzione controversa. Precisamente, i giudici di Lussemburgo hanno ricordato che, sebbene nel diritto nazionale il procedimento che ha condotto all'irrogazione della sanzione sia qualificato come procedimento amministrativo, la natura penale di questa deve essere dedotta alla luce degli altri due criteri *Engel*. E che entrambi risultano soddisfatti, giacché la sanzione non ha soltanto lo scopo di risarcire il danno causato dall'illecito, ma persegue anche una finalità repressiva, prevedendo che chiunque abbia commesso manipolazioni del mercato sia punito con una sanzione amministrativa pecuniaria da ventimila a cinque milioni di euro, sanzione che in talune circostanze può essere aumentata fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall'illecito; e proprio l'onerosità della sanzione rispetto

costituzionale, sentenza del 23 novembre 2006, n. 393.

[25] Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza dell'8 giugno 1976, n. 5100/71, *Engel e altri c. Paesi Bassi.* P. De Pasquale, *Il divieto di* ne bis in idem *ed i reati tributari*, in G. Caggiano (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, 2018, p. 294 ss.

[26] Corte costituzionale, sentenza del 7 aprile 2017, n. 68. Cfr., per un commento, F. Viganò, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative "punitive*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 aprile 2017.

al prodotto o al profitto conseguito con le manipolazioni di mercato le conferiscono un grado di gravità molto elevato[27].

La Consulta fa sue tali valutazioni e, evidenziando che la sanzione in esame eccede il valore del profitto conseguito dall'autore dell'illecito, peraltro oggetto di separata confisca, ne sottolinea la carica afflittiva e la finalità di deterrenza: in breve, la natura di sanzione punitiva. Di conseguenza, estende a tale sanzione la garanzia della retroattività favorevole, anche perché – giustamente osserva – il vincolo dell'eguaglianza/ragionevolezza (art. 3 Cost.) rende inammissibile continuare a sanzionare un fatto che nell'ordinamento giuridico ha perso il proprio carattere di illiceità, o a punirlo sulla base di una misura divenuta eccessiva e perciò sproporzionata. In queste ipotesi, le sanzioni sarebbero cioè illegittime, salvo che non esista una positiva giustificazione nel riconoscimento di controinteressi di pari valenza costituzionale idonei a bilanciare la deroga al vincolo dell'art. 3 Cost.[28].

Invero, la declaratoria di illegittimità costituzionale poggia sulla valutazione finale operata dalla Consulta in merito alla resistenza delle deroghe al vaglio della ragionevolezza. Eliminando ogni possibile dubbio, la Corte sostiene che, tutt'al più, il sospetto di irragionevolezza riguarda "la mancata generalizzata previsione della retroattività delle modifiche sanzionatorie *in melius* (…)". E controinteressi che possano giustificarla – aggiunge – non sono ravvisabili nell'"esigenza di «evitare ripercussioni negative su procedimenti sanzionatori in corso», posto che l'influenza della *lex mitior* sui procedimenti sanzionatori non ancora conclusi al momento della sua entrata in vigore è la conseguenza necessaria del principio di retroattività della *lex mitior* stessa".

La Corte costituzionale conclude dichiarando, in via consequenziale, l'illegittimità costituzionale della disciplina transitoria dettata dall'art. 6, co. 2, D.lgs. 72/2015, nella parte in cui esclude l'applicazione retroattiva del trattamento nuovo e più favorevole all'illecito di abuso di informazioni privilegiate.

6. Non vi è dubbio che la pronuncia segni un mutamento di rotta, reso evidente dalla circostanza che, per la prima volta, viene adottato un dispositivo di accoglimento che amplia la sfera di efficacia retroattiva di una *lex mitior*, attraverso una ricostruzione fedele all'approccio sostanzialista della Corte EDU e di quella di Lussemburgo. Peraltro, se si considera che – sulla scorta della giurisprudenza di Strasburgo – è sufficiente che sia presente anche uno solo dei criteri *Engel* per attrarre la sanzione nella sfera delle garanzie penalistiche e che, in generale, ai sensi della legge 689/1981, le sanzioni amministrative hanno natura e funzione eminentemente afflittiva[29], è facile ipotizzare che la retroattività delle legge favorevole sia una garanzia da riconoscere a tutte le sanzioni amministrative pecuniarie, ma altresì a quelle interdittive ed a quelle accessorie.

La svolta della Consulta avrebbe potuto essere, però, ancora più significativa, se soltanto essa avesse fatto un ulteriore passo in avanti e avesse rinviato gli atti al

[27] Sentenze della Corte di giustizia del 20 marzo 2018, cause riunite C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e altri* ECLI:EU:C:2018:192, punto 38; C-537/16, *Garlsson Real Estate SA* ECLI:EU:C:2018:193, punto 28 e seguenti.

[28] M. Scoletta, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo,* 2 aprile 2019.

[29] Cfr., ad esempio, E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, p. 362 ss.

giudice rimettente per il vaglio di rilevanza dello *jus superveniens,* quantunque – va detto – la conclusione nel merito sarebbe rimasta inalterata. Infatti, va rammentato che, l'art. 4, co. 9 del D.Lgs. 107/2018, recante norme di adeguamento al regolamento 596/2014, relativo agli abusi di mercato, ha modificato per l'ennesima volta il trattamento sanzionatorio previsto per tale illecito, tenendo fermo il minimo edittale di ventimila euro, ma innalzando il massimo da tre a cinque milioni di euro, salva la possibilità di ulteriori aumenti, ai sensi del co. 5 dell'art. 187 *bis* TUF.

Nello specifico, la Corte costituzionale ha lapidariamente constatato che la nuova disciplina – non prevedendo nulla in merito alla sua applicazione nel tempo – può valere soltanto per il futuro.

Nondimeno, così facendo, ha applicato sì correttamente l'art. 11 delle Preleggi che, come noto, non riconosce alcun effetto retroattivo alle leggi, ma ha manifestato poca coerenza con quanto stabilito subito dopo. Invero, se – come detto – essa ha voluto affermare l'estensione della garanzia della retroattività della *lex mitior*, nel pieno rispetto dei *dicta* delle Corti europee, è pur vero che la stringata motivazione a quest'ultimo riguardo della Corte suscita più di una perplessità. Soprattutto perché nella sentenza *Scoppola*, il giudice di Strasburgo aveva chiarito che, "se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato". Sicché sarebbe stato più coerente valutare l'art. 187 *bis* TUF anche alla luce della novella del 2018 o quantomeno farvi riferimento, anche se – nella fattispecie – la determinazione del *quantum* di sanzione pecuniaria non sarebbe mutata, giacché tanto nella legge del 2015 quanto in quella del 2018 il minimo edittale è fissato a ventimila euro: la differenza si registra soltanto con riguardo al massimo, la prima prevedendolo in tre milioni, la seconda in cinque milioni.

D'altro canto, l'imbarazzo della Corte è comprensibile, considerato l'assordante silenzio del legislatore sul punto; tuttavia, i numerosi pregi della decisione rischiano di essere messi in ombra dalle ricadute di questa mancanza di ulteriore precisazione e dalla prevedibile nuova questione di legittimità costituzionale, che potrà essere sollevata in relazione agli illeciti amministrativi di abuso di mercato commessi tra il 2005 e il 2015 e non sanzionati con il minimo edittale.

Ma tant'è, si ribadisce, i nodi possono essere sciolti anche a piccoli passi.

Abstract

Rapporti tra Corti e retroattività della *lex mitior*

La sentenza n. 63/2019 della Corte costituzionale offre due profili di riflessione. Da un lato, la Consulta restituisce il dialogo con la Corte UE agli schemi ed ai criteri definiti dalle sentenze *Granital* e *Simmenthal* e dalla giurisprudenza "di reazione" alla sentenza 269/2017. Dall'altro lato, la Corte affronta (nuovamente) il tema spinoso delle sanzioni amministrative "punitive" e, superando un precedente orientamento, estende ad esse la garanzia della retroattività favorevole. Per la prima volta, infatti, viene adottato un dispositivo di accoglimento che amplia la sfera di efficacia retroattiva di una *lex mitior*, attraverso una ricostruzione fedele all'approccio sostanzialista della Corte EDU e di quella di Lussemburgo.

Relationship between Courts and Retroactivity of the *Lex Mitior*

The Constitutional Court's judgment no. 63/2019 offers two opportunities for reflection. In particular, the *Consulta* returns the dialogue with the ECJ to the schemes and to the criteria defined by *Granital* and *Simmenthal* rulings and by the case law reacting against the judgement no. 269/2017. Additionally, the Court also (and again) addresses the thorny issue of "punitive" administrative sanctions and, overcoming a previous orientation, extends to them the guarantee of the favourable retroactivity. For the first time, in fact, it adopted a device of ruling that extends the sphere of retroactive effectiveness of a *lex mitior*, through a reconstruction faithful to the substantive approach of the European Court of Human Rights and of the Court of Justice.

Sezione IV

Note e commenti

Flavia Caloprisco*

La Corte di giustizia si esprime sulla portata territoriale dell'obbligo di deindicizzare i dati personali *online*

Sommario: 1. Due sentenze della Corte di giustizia apparentemente contraddittorie. – 2. L'affermazione giurisprudenziale del diritto all'oblio. – 3. La portata territoriale del diritto all'oblio e il ruolo dei motori di ricerca. – 4. La portata territoriale del controllo contenutistico da parte di un *social network* nel caso di diffamazione *online*. – 5. Considerazioni conclusive.

1. In due decisioni a breve distanza di tempo[1], la Corte di giustizia si è espressa sulla portata territoriale del diritto alla cancellazione/deindicizzazione o diritto "all'oblio"[2] e del controllo contenutistico da parte di un *host provider* in caso di diffamazione *online*[3].

Le due sentenze meritano di essere analizzate in parallelo non soltanto perché la questione sull'estensione territoriale del diritto dell'Unione europea al di là dei propri confini è centrale nell'era digitale. Anche perché le due pronunce appaiono, a prima vista, contrastanti tanto da far parlare di "schizzofrenia giudiziale"[4].

Nella prima sentenza, la Corte di giustizia rileva che il gestore di un motore di ricerca non ha un obbligo derivante dal diritto dell'Unione di effettuare la deindicizzazione in tutte le sue versioni (nazionali e non). Tuttavia, una rimozione, dotata di efficacia *a livello globale* non è in sè vietata, poichè spetta agli Stati membri (tramite l'autorità giudiziaria o l'autorità indipendente di controllo) l'onere di effettuare un bilanciamento tra il diritto alla protezione dei dati personali e il diritto alla libertà d'informazione.

---

* Dottore di ricerca con doppio titolo Université Paris-est e Università Roma Tre.

1 Sentenze della Corte di giustizia del 24 Septembre 2019, causa C-507/17, *Google-CNIL*, ECLI:EU:C:2019:772, e del 3 ottobre 2019, causa C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland*, ECLI:EU:C:2019:821.

2 Art. 17, Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati ("GDPR").

3 Art. 15, Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno ("Direttiva sul commercio elettronico").

4 Per un primo commento, v. O. Pollicino, *L'autunno caldo della Corte di Giustizia in tema di diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi.it*, 2019;

Nella seconda sentenza, la Corte afferma che, tanto in relazione a contenuti diffamatori identici, quanto a contenuti equivalenti rispetto a quelli identificati, la portata dell'ingiunzione di rimozione rivolta all'*host provider* ha natura globale. La Corte specifica che spetta però agli Stati membri di effettuare un bilanciamento con il diritto internazionale.

Nel contesto aterritoriale di *Internet*, anche in assenza di specificazioni del legislatore europeo, va garantito che l'identità personale dell'interessato risulti fedelmente rappresentata nel suo dinamismo[5]. Il concetto di identità digitale[6] tiene conto della declinazione dell'identità personale su Internet, variabile nello spazio e nel tempo, come dimostra la vicenda giuridica del diritto all'oblio[7]. A tal proposito, in dottrina si è parlato di identità personale in riferimento al "complesso delle risultanze anagrafiche, che servono a identificare il soggetto nei suoi rapporti con i poteri pubblici e a distinguerlo dagli altri consociati"[8]. Quanto all'identità digitale, essa è riconducibile all' "identità in rete o virtuale" e all'"insieme delle informazioni reperibili in rete nei riguardi del soggetto interessato"[9]. Sul piano sostanziale, concorre alla costruzione dell'identità personale, riconosciuta ormai tra i diritti fondamentali[10].

2. L'intervento della Corte era molto attesa dal momento che dopo cinque anni dalla sentenza *Google Spain*[11] - nella quale aveva affermato l'esistenza di un diritto all'oblio[12] in base alle disposizioni degli articoli 12, lett. *a*), e 14, paragrafo 1, lett. *b*), della Direttiva 95/46[13] ("Direttiva") - doveva fare chiarezza sulle implicazioni a livello territoriale del diritto all'oblio dopo l'entrata in vigore del GDPR. Tale diritto consente a una persona fisica di ottenere la cancellazione dall'elenco dei risultati, visualizzati a seguito di una ricerca effettuata con il suo nome su un motore di ricerca, che riconducano a pagine web contenenti informazioni che lo riguardano e che superino l'interesse del pubblico all'accesso alle stesse. Tale diritto può essere inteso

5 M. Zanichelli, *Il diritto all'oblio tra privacy e identità digitale*, in *Informatica e diritto,* 2016, p. 9 ss.

6 Sul concetto di identità digitale si veda la proposta di risoluzione del Parlamento europeo n. B8-0236/2019 sul "riconoscimento dell'identità digitale universale: un diritto fondamentale per tutti i cittadini europei". Nella proposta di risoluzione si invita la Commissione a proporre un atto legislativo che riconosca il diritto all'identità digitale e ne specifichi il contenuto, i limiti e le garanzie, nonché le modalità di interazione con altri diritti fondamentali.

7 M. L. Daga, *Diritto all'oblio: tra diritto alla riservatezza e diritto all'identità personale*, in *Danno e responsabilità*, 2014, p. 274 ss.

8 G. Resta, *Identità personale e identità digitale,* in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2017, p. 511 ss., spec. p. 512.

9 G. Resta, *op.cit*., p. 514.

10 R. Cafari Panico, *L'identità digitale quale diritto del cittadino dell'Unione,* in *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 815 ss.

11 Sentenza della Corte di giustizia del 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain,* ECLI:EU:C:2014:317.

12 In dottrina, sul diritto all'oblio si vedano: G. Finocchiaro, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, *in Il diritto all'oblio dopo la sentenza Google Spain*, RomaTre Press; T. Auletta, *Diritto alla riservatezza e* «droit à l'oubli», in G. Alpa, M. Bessone, L. Boneschi, G. Caiazza (a cura di), *L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, 1983, pp. 127 e ss.; G. B. Ferri, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Rivista di diritto civile*, 1990, pp. 801 e ss.; M. Mezzanotte, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della* privacy *storica*, Napoli, 2009.

13 Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

come l'ultimo baluardo per la protezione dei propri dati personali dal momento che consente di rimuovere le informazioni non solo in caso di trattamento illecito ma anche qualora il trattamento risulti lecito ma non adeguato e pertinente rispetto alle finalità. In tale sentenza i giudici di Lussemburgo hanno infatti affermato che anche nel caso in cui il trattamento di dati personali effettuato dal motore di ricerca sia lecito, l'individuo può rivolgersi direttamente al gestore del motore di ricerca quale titolare del trattamento per vedere riconosciuto il proprio diritto all'oblio ed ottenere così la rimozione del dato contestato. Naturalmente a seguito della dimostrazione della sua inadeguatezza, non pertinenza o eccessività rispetto alle finalità.

Tale diritto deve essere oggetto di bilanciamento con altri diritti, come quello a ricevere informazioni. In *Google Spain*, la Corte di giustizia fornisce alcune indicazioni per procedere al suddetto bilanciamento. In linea generale il diritto alla protezione dei dati personali deve prevalere; salvo che si tratti di soggetti che ricoprano un ruolo pubblico e l'ingerenza nei suoi diritti fondamentali sia giustificata dall'interesse preponderante del pubblico ad avere accesso all'informazione.

Questo diritto di origine pretoria è stato successivamente codificato dal diritto positivo e iscritto all'art. 17, GDPR, rubricato "diritto alla cancellazione" ("diritto all'oblio"). Purtuttavia la sentenza *Google Spain* aveva lasciato molti dubbi[14] relativamente all'applicazione territoriale del diritto all'oblio. A tal proposito, *l'Advisory Council* nominato dallo stesso *Google*[15], aveva proposto di limitare l'ordine di rimozione all'interno dei confini degli Stati membri.

In un suo parere il *Working Party* 29[16] aveva invece ritenuto opportuno che il diritto all'oblio dovesse estendersi a livello mondiale.

A tal proposito va rilevato che il ricorso a tali misure, barriere e tecniche quali il *geo blocking*, può comunque essere raggirato utilizzando le tecnologie di "navigazione privata" e "VPN".

3. Nella sentenza *Google-CNIL*[17], la Corte di giustizia ha definito la portata territoriale del diritto all'oblio[18], stabilendo che il gestore di un motore di ricerca,

[14] F. Pizzetti, *La decisione della Corte di giustizia sul caso Google Spain: più problemi che soluzioni*, in *federalismi.it*.

[15] Si veda il sito *web* The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten disponibile all'indirizzo: *archive.google.com/advisorycouncil/*

[16] Si tratta di un organismo consultivo indipendente, composto, tra gli altri, da un rappresentante delle varie Autorità garanti nazionali (oggi sostituito dal Comitato europeo per la protezione dei dati), *Working Party Opinion*, 26 novembre 2015: "In order to give full effect to the data subject's rights as defined in the Court's ruling, de-listing decisions must be implemented in such a way that they guarantee the effective and complete protection of data subjects' rights and that EU law cannot be circumvented. In that sense, limiting de-listing to EU domains on the grounds that users tend to access search engines via their national domains cannot be considered a sufficient mean to satisfactorily guarantee the rights of data subjects according to the ruling. In practice, this means that in any case de-listing should also be effective on all relevant domains, including.com".

[17] Sentenza della Corte di giustizia del 24 settembre 2019, causa C-507/17, *Google Inc c. Commision nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL), ECLI:EU:C:2019:772.

[18] Il diritto all'oblio assume molteplici significati. Il primo, consiste nel diritto a non vedere ripubblicate notizie già legittimamente pubblicate, quando sia trascorso un notevole lasso di tempo e non ci sia un interesse attuale alla ripubblicazione della notizia. Il secondo, è il diritto alla contestualizzazione delle informazioni. Il terzo, quello affermato dal regolamento europeo 679/2019 e anticipato nel caso *Google Spain*, è il diritto alla cancellazione dei dati personali qualora ricorrano determinate circostanze.

allorquando accolga una domanda di deindicizzazione, è tenuto a effettuarla nelle versioni nazionali del motore e, se necessario, in combinazione con misure che permettano effettivamente di impedire agli utenti di avere accesso ai risultati in parola, a prescindeere dalla versione nazionale del motore di ricerca utilizzata[19] (c.d. "blocco geografico").

La controversia era nata in quanto l'autorità di controllo francese, la *Commission National Informatique et Libertés* ("CNIL") aveva diffidato *Google Inc.* - alla quale è poi succeduta *Google LLC* ("Google") - ad applicare le richieste di deindicizzazione[20] a tutte le versioni del motore di ricerca. Google aveva rifiutato di ottemperare e si era limitata a sopprimere i soli risultati del motore di ricerca il cui nome di dominio corrispondeva a uno Stato membro. In conseguenza del rifiuto, la CNIL, con delibera del 10 marzo 2016, aveva irrogato una sanzione pecuniaria[21]. Con ricorso proposto dinanzi al Conseil d'État, Google aveva chiesto l'annullamento della suddetta delibera. La CNIL sosteneva che affinché il diritto all'oblio sia effettivo, il motore di ricerca deve eliminare l'elenco dei risultati in maniera globale (*ivi* compresa la versione google.com). Pertanto, la rimozione dei collegamenti solo dalla versione francese (google.fr) del motore di ricerca ovvero dalle versioni degli altri Stati membri dell'Unione non era giudicata sufficiente a garantire all'individuo la protezione della *privacy*.

A sua difesa, Google sosteneva che la CNIL avesse interpretato erroneamente le disposizioni del diritto dell'Unione sul diritto all'oblio in quanto tale diritto non comporta necessariamente che i collegamenti debbano essere soppressi nelle estensioni nazionali del motore di ricerca. Ciò violerebbe gli *international law's principles of courtesy and non interference* in violazione della libertà d'espressione e d'informazione, garantita dall'art. 11 della Carta[22].

La Corte di giustizia era dunque chiamata a interpretare *inter alia* i limiti territoriali del diritto all'oblio. In particolare, si chiedeva di chiarire se il diritto dell'Unione consenta di ordinare a un motore di ricerca una rimozione con efficacia a livello mondiale.

Nella sentenza in oggetto la Corte di giustizia ha seguito le conclusioni dell'avvocato generale Szpunar[23] e respinto un'interpretazione teleologica del diritto

---

19 La Corte di giustizia richiama per analogia le sentenze *VUPC Telekabel Wien*, causa C-314/12, del 27 marzo 2014, punto 62, ECLI:EU:C:2014:192 e *Mc Fadden*, causa C484/14, del 15 settembre 2016, punto 96, ECLI:EU:C:2016:689.

20 Si tratta di una misura diretta ad applicare il diritto all'oblio grazie all'eliminazione dei *link* verso pagine *Internet* dall'elenco dei risultati visualizzato in esito ad una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona fisica.

21 CNIL, 10 marzo 2016, decisione n. 2016-054.

22 Si veda il punto 38 della decisione.

23 Nelle sue conclusioni l'Avvocato generale aveva sottolineato che: "ove si ammettesse una deindicizzazione mondiale, le autorità dell'Unione europea non sarebbero in grado di definire e determinare il diritto a ricevere informazioni, e ancor meno di effettuarne un bilanciamento con gli altri diritti fondamentali della protezione dei dati e alla vita privata. Ciò a maggior ragione in quanto siffatto interesse del pubblico ad avere accesso ad un'informazione varierà necessariamente da uno Stato terzo all'altro, secondo la sua ubicazione geografica. Nel caso in cui fosse possibile procedere ad una deindicizzazione su scala mondiale, sussisterebbe il rischio che sia impedito di aver accesso alle informazioni a soggetti che si trovano in Stati terzi e che, per reciprocità, gli Stati terzi impediscano di aver accesso alle informazioni a soggetti che si trovano negli Stati membri dell'Unione".

all'oblio privilegiando un'interpretazione più rigorosa e letterale dell'intenzione del legislatore; si è così discostata notevolmente dalla precedente e audace decisione *Google Spain*: "In particolare, dal tenore letterale delle disposizioni degli articoli 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della Direttiva 95/46 o dell'articolo 17 del regolamento 2016/679 non risulta affatto che il legislatore dell'Unione abbia scelto […] di attribuire ai diritti sanciti da tali disposizioni una portata che vada oltre il territorio degli Stati membri e che abbia inteso imporre a un operatore che, come Google, rientra nell'ambito di applicazione della direttiva o del regolamento suddetti, un obbligo di deindicizzazione riguardante anche le versioni nazionali del suo motore di ricerca che non corrispondono agli Stati membri"[24].

La Corte ha rilevato che in un mondo globalizzato l'indicizzazione di una ricerca che rinvia a informazioni che riguardano una persona fisica il cui centro di interessi si trova nell'Unione, può produrre effetti immediati e sostanziali sulla stessa; ciò detto, una deindicizzazione a livello mondiale è la più idonea a conseguire l'obiettivo di protezione dei dati perseguito dal diritto dell'Unione. Tuttavia non tutti gli stati terzi riconoscono il diritto all'oblio o comunque adottano un approccio diverso per la sua tutela[25]. Lo stesso avvocato generale aveva sottolineato che Internet è per sua natura mondiale e proprio da ciò si desume l'impossibilità di "trovare analogie e compiere raffronti"[26].

La Corte ricorda che il diritto alla protezione dei dati personali non è una prerogativa assoluta ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e deve essere contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità[27]. Pertanto il gestore di un motore di ricerca, allorquando accoglie una domanda di deindicizzazione, è tenuto a effettuarla nelle versioni corrispondenti agli Stati membri e, se necessario, in combinazione con misure che impediscono agli utenti di Internet di accedere, ai *link* di cui trattasi indipendentemente dalla versione nazionale del motore di ricerca utilizzata (c.d. "blocco geografico").

Anche se in linea di principio la Corte ha limitato l'effetto della deindicizzazione ai risultati di ricerca corrispondenti agli Stati membri, ha inoltre affermato che sebbene il diritto dell'Unione non imponga una deindicizzazione su scala mondiale nemmeno la proibisce. Spetta quindi all'autorità di controllo nazionale - e quindi nel caso *de quo* alla CNIL - o all'autorità giudiziaria di uno Stato membro, la competenza a effettuare, un bilanciamento rispetto agli standard nazionali di protezione dei diritti fondamentali, e se del caso richiedere al gestore del motore di ricerca di deindicizzare i risultati su tutte le sue versioni[28].

Si è detto che la Corte richiede che i motori di ricerca adottino misure efficaci per impedire, o almeno scoraggiare seriamente, un utente a accedere a collegamenti deindicizzati[29]. Pertanto nulla osta a che la richiesta di deindicizzazione venga rico-

[24] Si veda il punto 62 della decisione.

[25] Per un approfondimento sullo stato dell'arte del diritto all'oblio nel modo si veda O. Tambou, S. Bourton (sous la direction de), *Le droit à l'oubli en Europe et au-delà/ The Right to be Forgotten in Europe and Beyond*, 2018, Luxembourg, Blog droit européen, Collection Open Access Book.

[26] Si veda il punto 62 delle conclusioni dell'Avvocato generale.

[27] Si veda il punto 60 della decisione.

[28] Si veda il punto 72 della decisione.

[29] A tal proposito l'Avvocato generale nelle sue conclusioni sottolinea che: "una volta che sia stato accertato il diritto a una deindicizzazione all'interno dell'Unione, il gestore di un motore di ricerca

nosciuta in uno Stato membro e non in un altro. Tanto più che ai sensi del GDPR spetta a questi ultimi prevedere, per il trattamento a fini esclusivamente giornalistici o di espressione artistica o letteraria, le esenzioni e le deroghe necessarie per conciliare tali diritti con, in particolare, la libertà di informazione[30].

Sul punto si è peraltro espresso il Garante per la *privacy* italiano denunciando l'aspetto "anacronositico della barriera territoriale" imposta dalla Corte[31]. Tuttavia i giudici di Lussemburgo non hanno affatto escluso una deindicizzazione a tutte le estensioni anche *extra* Unione europea del motore di ricerca. La Corte ha rimesso agli Stati membri il compito di operare il giusto bilanciamento tra libertà d'informazione e protezione dei dati personali adottando misure destinate anche ad avere effetti extraterritoriali. Il diritto all'oblio diventa allora lo strumento attraverso il quale garantire la propria identità digitale nel cyberspazio.

4. Alla sentenza *Google-CNIL* sembra contrapporsi la parallela sentenza *Eva Glawischnig-Piesczek-Facebook* [32], nella quale la Corte ha stabilito che la direttiva sul commercio elettronico non osta a che un prestatore di servizi di *hosting*, come *Facebook,* venga ingiunto di rimuovere commenti identici e a certe condizioni, equivalenti a un commento precedentemente dichiarato illecito e che tale ingiunzione produca effetti a livello mondiale nell'ambito del diritto internazionale di cui spetta agli Stati membri tener conto.

Il caso era nato da una campagna diffamatoria contro Eva Glawischnig-Piesczekan, membro del partito verde austriaco che chiedeva al giudice nazionale di emettere un'ordinanza cautelare nei confronti di Facebook per porre fine alla pubblicazione di un commento diffamatorio. La ricorrente presentava reclamo al *social network* chiedendo la rimozione di tali contenuti e di quelli equivalenti. Se da un lato Facebook rimuoveva i contenuti espressamente indicati, dall'altro si rifiutava di fare lo stesso per quelli di natura equivalente non indicati, in quanto, così facendo avrebbe agito in violazione dell'art. 15 della direttiva sul commercio elettronico a norma del quale l'*host provider* non ha alcun obbligo di monitoraggio preventivo rispetto a quanto ospitato sulle sue pagine.

La questione veniva esaminata dall'Oberster Gerichtshof (Corte Suprema austriaca) e rimessa al giudice europeo per dipanare alcuni dubbi relativi alla compatibilità di tale ingiunzione con la direttiva sul commercio elettronico. In primo luogo veniva chiesto: *i)* se un'ingiunzione di una corte nazionale nei confronti del *social network* di rimuovere le informazioni da esso ospitate con contenuto equivalente a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita fosse compatibile con la direttiva sul commercio elettronico; in secondo luogo, *ii)* se tale ingiunzione di rimozione dovesse avere estensione mondiale o limitata all'interno degli Stati membri.

---

deve adottare tutte le misure a sua disposizione per garantire una deindicizzazione efficace e completa, a livello del territorio dell'Unione europea, incluso mediante la cosiddetta tecnica del 'blocco geografico' a partire da un indirizzo IP che è reputato essere ubicato all'interno di uno degli Stati membri, e ciò indipendentemente dal nome di dominio utilizzato dall'utente Internet che effettua la ricerca".

30 Si veda l'art. 9 della direttiva 95/46 e l'articolo 85 del regolamento 2016/679.

31 Intervista al Presidente Antonello Soro reperibile sul sito istituzionale del Garante per la privacy.

32 Sentenza *Eva Glawischnig-Piesczek*.

Relativamente alla prima questione, l'avvocato generale Szpunar[33] riteneva che la direttiva sul commercio elettronico non osta a che un *social network*, quale Facebook, in qualità di *host provider* sia ingiunto di rimuovere tutte le informazioni identiche - riprodotte manualmente da altri utenti oppure in maniera automatizzata - in quanto tale rimozione non necessita di un "filtraggio attivo e non automatico"[34]. Su questo punto la Corte di giustizia dopo aver ricordato i principi cardine della direttiva sul commercio elettronico, ossia l'impossibilità di imporre a un servizio di *hosting* un obbligo generale di sorveglianza e/o di ricerca attiva di informazioni, concorda con l'avvocato generale e rileva come "non si può ritenere che l'ingiunzione emessa ponga a carico del prestatore di servizi di *hosting* un obbligo di sorveglianza, in via generale, sulle informazioni da esso memorizzate, né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite, ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2000/31"[35].

Relativamente poi alla rimozione dei contenuti equivalenti e cioè a quelle espressioni che "veicolano un messaggio il cui contenuto rimane, in sostanza, invariato e quindi diverge molto poco da quello che ha dato luogo all'accertamento d'illiceità"[36] la Corte, in linea con quanto argomentato dall'Avvocato generale, ne ammette la rimozione al fine di garantire il ricorrente dal rischio di dover esperire diverse azioni giudiziarie[37]. La Corte però chiarisce che le informazioni equivalenti "contengano elementi specifici debitamente individuati dall'autore dell'ingiunzione, quali il nome della persona interessata dalla violazione precedentemente accertata, le circostanze in cui è stata accertata tale violazione nonché un contenuto equivalente a quello dichiarato illecito. Differenze nella formulazione di tale contenuto equivalente rispetto al contenuto dichiarato illecito non devono, ad ogni modo, essere tali da costringere il prestatore di servizi di *hosting* ad effettuare una valutazione autonoma di tale contenuto"[38]. Così facendo, i giudici di Lussemburgo sembrerebbero legittimare la rimozione dei contenuti equivalenti pubblicati da terzi a due condizioni: *i)* che siano le corti di merito ad individuare i termini integranti una "equivalenza"; *ii)* che non vi siano obblighi in capo a un servizio di *hosting* a provvedere autonomamente a questo tipo di valutazioni.

Non si può non rilevare che l'Avvocato generale si riferiva direttamente all'art. 11 della Carta e alla necessità di garantire il giusto equilibrio con la libertà d'espressione *online*[39]. Su questo punto invece la Corte, pur impedendo un intervento autonomo del servizio di *hosting* nel decidere quali informazioni vanno rimosse, non fa alcun riferimento alla necessità di tutela della libertà di espressione *online*.

---

33 Conclusioni dell'avvocato generale Maciej Szpunar alla causa *Eva Glawischnig-Piesczek*.

34 Si veda il punto 56 delle conclusioni dell'avvocato generale di cui *supra*.

35 Si veda il punto 37 della decisione.

36 Si veda il punto 39 della decisione.

37 Si veda il punto 41 della decisione: "Diversamente infatti, e come sottolineato dal giudice del rinvio, gli effetti inerenti a un'ingiunzione del genere potrebbero facilmente essere elusi tramite la memorizzazione di messaggi appena diversi da quelli dichiarati illeciti in precedenza, il che potrebbe condurre l'interessato a dover moltiplicare le procedure al fine di ottenere la cessazione dei comportamenti illeciti di cui è vittima".

38 Si veda il punto 45 della decisione.

39 Si veda il punto 74 delle conclusioni dell'Avvocato generale.

Con riferimento alla seconda questione la Corte segue il *reasoning* dell'Avvocato generale e rileva che la direttiva sul commercio elettronico non osta a una portata globale di un'ingiunzione di rimozione ma che spetta agli Stati membri garantire che i provvedimenti da essi adottati e che producono effetti a livello mondiale tengano debitamente conto delle norme applicabili a livello internazionale[40]. In conclusione si deve rilevare che contrariamente a quanto statuito per il diritto all'oblio, l'affidamento del bilanciamento fra libertà di espressione e diffamazione, nonchè la decisione sull'opportunità di una rimozione su scala globale di un contenuto diffamatorio è in questo caso rimessa a un giudice e non a un operatore privato[41]. Inoltre emerge l'atteggiamento prudente della Corte nell'estendere gli effetti della propria legislazione extra Unione europea lasciando la competanza agli Stati membri seppur nel rispetto del diritto internazionale.

5. Google e i sostenitori della libertà di espressione hanno rivendicato la decisione *Google-CNIL* come una loro vittoria. Tuttavia un'analisi più approfondita della sentenza rileva un approccio più sfumato[42]. L'applicazione del diritto all'oblio su scala mondiale, difatti, non è stata vietata dai giudici di Lussemburgo ma spetta a ciascun Stato membro effettuare il bilanciamento degli interessi in gioco e richiedere se del caso al gestore del motore di ricerca di effettuare una deindicizzazione su scala globale. L'esercizio del diritto all'oblio mediante la deindicizzazione dall'insieme da tutte le versioni del motore di ricerca quindi può essere ottenuta a livello nazionale dalle singole autorità di controllo o dall'autorità giudiziaria sulla base degli standard nazionali di protezione dei diritti fondamentali.

D'altra parte la decisione può essere vista anche come un passo indietro rispetto alla progressiva estensione degli standard di protezione dell'Unione oltre il suo territorio. La sentenza è quindi in parte condivisibile poichè limita la balcanizzazione[43] del diritto dell'Unione in ambito digitale ma è evidente anche che si discosta dalle ultime pronunce della Corte che avevano consentito di "esportare" il modello di protezione europeo sull'altra sponda dell'Atlantico[44].

Non sembra però che tale decisione abbia definitivamente chiarito il problema interpretativo. Infatti andrebbe letta parallemente alla sentenza di segno opposto della Corte di giustizia del 3 ottobre scorso[45] di cui sopra nella quale è stabilito che la direttiva sul commercio elettronico non osta alla rimozione di commenti diffamatori (identici ed equivalenti) e che tale ingiunzione produce effetti a livello mondiale.

A sostegno di questa seconda decisione si deve tenere conto che il legislatore nel garantire un diritto effettivo alla protezione dei dati ha previsto un campo d'appli-

---

40 Si vedano i punti 50 e 51 della decisione.

41 Quella della rimozione di contenuti è stato, peraltro, un tema molte volte evidenziato dalla dottrina rispetto al diritto all'oblio: O. Pollicino, *Google rischia di «vestire» un ruolo para- costituzionale*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 maggio 2014.

42 M. Samonte, *Google v CNIL Case C-507/17: The Territorial Scope of the Right to be Forgotten Under EU Law*, in *European blog*, 29 ottobre 2019.

43 O. Pollicino, *L'autunno caldo della Corte di Giustizia*, cit.

44 Si vedano le sentenze *Google Spain*; *Schrems* (6 ottobre 2015, causa C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650); nonché il parere della Corte di giustizia del 26 luglio 2017, 1/15, sull'accordo PNR con il Canada.

45 Sentenza *Eva Glawischnig-Piesczek*.

cazione del GDPR particolarmente ampio[46] in quanto l'applicazione del diritto in parola mal si attaglia proprio per la natura aterritoriale del dato stesso ad un concetto quale la sovranità, legata fortemente a confini fisici. A norma dell'art. 3 GDPR, infatti, anche se il titolare del trattamento è stabilito al di fuori dell'Unione, la disciplina europea è comunque applicabile quando le attività dello stesso riguardano l'offerta di beni o la prestazione di servizi ai residenti nell'Unione o il controllo del loro comportamento[47]. Pertanto la decisione *Google-CNIL* potrebbe aver limitato l'ambito territoriale del diritto all'oblio, ma sicuramente non ha limitato quello del GDPR. Resta da vedere gli effetti di questa sentenza sulla possibile e auspicabile regolamentazione a livello internazionale del diritto all'oblio idonea ad armonizzare il diritto alla protezione dei dati *online*[48].

Peraltro il caso *Google-CNIL* lascia aperte ancora parecchie questioni legate all'ambito di applicazione materiale del diritto all'oblio. In un mondo in cui la tecnologia è notevolmente più invasiva rispetto al passato il quadro giuridico e assiologico, è cambiato; si è passati da un rapporto verticale tra il soggetto pubblico e il cittadino a un rapporto orizzontale dove è il soggetto privato che consente al cittadino di esercitare i propri diritti – in questo caso il motore di ricerca Google – investito di un ruolo para-costituzionale[49] decide sulle istanze avanzate dall'interessato relativamente all'applicazione del diritto all'oblio[50]. Il pericolo è di avere implicitamente assegnato a Google – che in Europa ha il monopolio come motore di ricerca – il potere di decidere quali contenuti rendere fruibili e quali rimuovere operando quel bilanciamento di interessi che viene teorizzato dalla stessa Corte tra diritto alla *privacy* e diritto ad essere informati. In questa quadro, non si può non sottilineare la mancaza di trasparenza e di imparzialità nel processo decisionale di Google guidato più dagli interessi economici legati all'accesso alle informazioni[51] che al rispetto della riservatezza dell'individuo e della sua identità digitale.

---

[46] L'art. 3 del regolamento 2016/679, intitolato "Ambito di applicazione territoriale", è formulato come segue: "1. Il presente regolamento si applica al trattamento dei dati personali effettuato nell'ambito delle attività di uno stabilimento da parte di un titolare del trattamento o di un responsabile del trattamento nell'Unione, indipendentemente dal fatto che il trattamento sia effettuato o meno nell'Unione. 2. Il presente regolamento si applica al trattamento dei dati personali di interessati che si trovano nell'Unione, effettuato da un titolare del trattamento o da un responsabile del trattamento che non è stabilito nell'Unione, quando le attività di trattamento riguardano a) l'offerta di beni o la prestazione di servizi ai suddetti interessati nell'Unione, indipendentemente dall'obbligatorietà di un pagamento dell'interessato; oppure b) il monitoraggio del loro comportamento nella misura in cui tale comportamento ha luogo all'interno dell'Unione. 3. Il presente regolamento si applica al trattamento dei dati personali effettuato da un titolare del trattamento che non è stabilito nell'Unione, ma in un luogo soggetto al diritto di uno Stato membro in virtù del diritto internazionale pubblico".
A tal proposito si vedano le Linee guida adottate dal Comitato Europeo per la Protezione dei Dati ("European Data Protection Board" – "EDPB") nel corso della sua 15esima sessione plenaria (12-13 novembre 2019) precedentemente sottoposte a consultazione pubblica e disponibile *on line*.

[47] G. Caggiano, *L'interpretazione del criterio di collegamento del "contesto delle attività di stabilimento" dei responsabili del trattamento dei dati personali.*, in *Il diritto all'oblio su internet dopo la sentenza Google Spain, RomaTre press,* 2015.

[48] M. Samonte, *op. cit*.

[49] O. Pollicino, *Google rischia di rivestire un ruolo para-costituzionale, op. cit*.

[50] Si veda il modulo *on line* predisposto da Google per richiedere l'esercizio del diritto all'oblio: support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch

[51] O. Tambou, *Rapport du comité Google: exercice d'autorégulation d'un droit à l'oubli*, in *Dalloz actualité*, 2015.

In un *cyberspazio* senza frontiere geografiche, le nozioni tradizionali di territorio e sovranità nazionale non possono operare efficacemente. Di conseguenza, la questione di come rendere effettivo il diritto alla protezione dei dati su internet è una sfida cruciale per l'Unione europea al fine di applicare i propri valori e promuovere il rispetto di tale diritto fondamentale sancito nella Carta nonchè del diritto all'identità personale e digitale[52].

Infine il secondo caso esaminato amplia il ruolo dei servizi di *hosting* con la possibilità di richiedere a essi interventi massivi e generali circa la rimozione di contenuti illeciti su scala globale.

Infatti fino alla pronuncia della Corte dello scorso ottobre, affinché una piattaforma potesse beneficiare di un'eccezione di responsabilità doveva essere considerata un mero fornitore di *hosting* ricoprendo un ruolo passivo: pur offrendo uno spazio per l'interazione e la produzione di contenuti la piattaforma non doveva avere conoscenza dei contenuti diffusi attraverso il suo servizio. L'obbligo di rimozione dei contenuti illeciti sorgeva solo al momento in cui la piattaforma veniva a conoscenza di un'attività illegale. Pertanto gli Stati membri non dovevano imporre un obbligo generale di monitoraggio ai servizi di *hosting*.

Tuttavia, l'uso pervasivo di algoritmi ha scosso i principi di questa costruzione e come si è visto i giudici di Lussemburgo hanno affinato le loro capacità creative per mantenere l'esenzione di filtraggio attivo e non automatico[53]. La Corte ha ribadito che non è possibile imporre a Facebook un obbligo di vigilanza generale ma ha anche ritenuto che un *host provider* possa collaborare attivamente all'identificazione e alla cancellazione di contenuti equivalenti al contenuto illegale originale; a condizione che l'autorità giudiziaria abbia fornito gli elementi necessari per questa analisi in modo da non costringere la piattaforma a un apprezzamento autonomo e non automatizzato dei messaggi.

In particolare è stato rilevato che esiste il rischio di una rimozione arbitraria dei contenuti, anche quando le decisioni sono individuate dall'autorità giudiziaria e lasciate all'esecuzione automatizzata dell'algoritmo poiché è difficile valutare quali e quanti contenuti siano stati effettivamente eliminati, né i criteri su cui è basata la rimozione[54]. A tal proposito in dottrina si è parlato di censura funzionale[55] poichè seppure è possibile richiedere al *social network* di rimuovere contenuti identici tra-

---

52 G. Resta, *op. cit.*, p. 511 ss.

53 Si veda il punto 37 della decisione: "Ciò premesso, al fine di poter ottenere dal prestatore di servizi di hosting di cui trattasi che egli impedisca qualsiasi ulteriore danno agli interessi in causa, è legittimo che il giudice competente possa esigere da tale prestatore di servizi di hosting di bloccare l'accesso alle informazioni memorizzate, il cui contenuto sia identico a quello precedentemente dichiarato illecito, o di rimuovere tali informazioni, qualunque sia l'autore della richiesta di memorizzazione delle medesime. Orbene, tenuto conto, in particolare, di tale identità di contenuto delle informazioni di cui trattasi, non si può ritenere che l'ingiunzione all'uopo emessa ponga a carico del prestatore di servizi di hosting un obbligo di sorveglianza, in via generale, sulle informazioni da esso memorizzate, né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite, ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2000/31".

54 M. Maroni, E. Brogi, *Eva Glawischnig-Piesczek V Facebook Ireland Limited: a New Layer of Neutrality*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Centre for Media Pluralism and Media Freedom (CMPF), 2019.

55 M. Monti, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, *in Rivista italiana di informatica e diritto,* n. 1, 2019, p. 35 ss.

mite procedimenti automatizzati e contenuti equivalenti a quelli illeciti, una volta che gli stessi siano stati individuati a priori dall'autorità giudiziaria o amministrativa, non si può evincere facilmente la logica sottesa a tale rimozione automatizzata e attualmente non esistono procedure di ricorso contro le decisioni di Facebook[56].

Anche in questo caso come in quello precedente si rischia di attribuire a un operatore privato un ruolo para-costituzionale aggiungendo un tassello al processo di privatizzazione della "giustizia digitale"[57].

Abstract

La Corte di giustizia si esprime sulla portata territoriale dell'obbligo di deindicizzare i dati personali *online*

In due sentenze quasi contestuali la Corte di giustizia interviene per tutelare i diritti fondamentali su Internet e pone l'accento sulla dimensione territoriale.

Nella prima sentenza la Corte di giustizia fissa i limiti della portata territoriale del diritto all'oblio inventato dai giudici di Lussemburgo nel 2014 con la sentenza *Google Spain* e poi codificato nell'art. 17 del GDPR. Il gestore di un motore di ricerca non ha un obbligo derivante dal diritto dell'Unione di effettuare la deindicizzazione in tutte le sue versioni (nazionali e non). Tuttavia, una rimozione, dotata di efficacia a livello globale non è in sé vietata, poiché spetta agli Stati membri l'onere di effettuare un bilanciamento tra il diritto alla protezione dei dati personali e il diritto alla libertà d'informazione.

Nella seconda sentenza la Corte di giustizia ha chiarito che la direttiva 2000/31/CE non osta alla rimozione su scala mondiale di un contenuto dai servizi di *hosting*, fatto salvo quanto previsto dalle norme internazionali vigenti. È lecito per un'autorità giudiziaria o amministrativa in base alla direttiva in parola richiedere la rimozione seriale di contenuti a un *host provider* qualora essi siano identici o equivalenti ad un contenuto ritenuto illecito dalle stesse autorità. L'autorità nazionale deve individuare i contenuti equivalenti da rimuovere senza che l'*host provider* effettui una valutazione autonoma e in modo che lo stesso possa procedere ad una rimozione dei contenuti mediante procedure automatizzate, senza dover porre in essere procedure di sorveglianza generalizzata o attiva.

[56] A tal proposito si segnala la creazione da parte di Facebook di un *Indipendent Oversight Board*, una sorta di consiglio globale di supervisione che si autodefinisce indipendente e che dovrà statuire sul tema del bilanciamento tra libertà d'espressione e tutela della riservatezza ecc.

[57] O. Pollicino, *L'autunno caldo della Corte di Giustizia*, *op. cit*.

The Court of Justice expresses its opinion on the territorial scope of the obligation to deindex personal data online

In two almost contextual law cases, the Court of Justice intervenes to protect fundamental rights on the internet and emphasizes the territorial dimension.

In the first judgment, the Court of Justice sets the limits of the territorial scope of the right to be forgotten invented by the judges of Luxembourg in 2014 with the *Google Spain* ruling and then codifiedin art. 17, GDPR. A search engine does not have an obligation deriving from european Union law to carry out de-indexing in all its versions (national and non-national). However, a removal, globally effective is not in itself prohibited, since it is the responsibility of the Member States to balance the right to privacy and the right to freedom of information.

In the second judgment, the Court of Justice clarified that Directive 2000/31/EC does not prevent the removal of content from hosting services worldwide, without prejudice to the provisions of international standards. According to the directive it is lawful for a judicial or administrative authority to request the serial removal of contents from a host provider if they are identical or equivalent to the content deemed illegal by the same authorities.

The national authority should identify the equivalent contents to be removed without the intervention of the host provider to carrying out an independent evaluation and so the same can remove the contents through automated procedures, without having to put in place generalized or active surveillance procedures.

Andrea Circolo*

Accertamento o annullamento? La prima volta della Corte sull'art. 14, par. 2 statuto SEBC e BCE: il caso *Rimšēvičs*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. I fatti di causa e la qualificazione del ricorso. – 3. La soluzione della Corte: il ricorso per annullamento. – 4. Questioni relative alla ricevibilità, alla competenza ed al merito. – 5. Il ricorso per inadempimento: un rimedio sostenibile? – 6. Segue: la formulazione letterale dell'art. 14, par. 2, statuto SEBC. – 7. Conclusioni.

1. La vicenda affrontata nella pronuncia in esame merita particolare attenzione da parte degli studiosi del diritto dell'Unione, in quanto costituisce un *unicum* che non trova precedenti nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Quest'ultima, infatti, è stata investita per la prima volta di un ricorso in forza della competenza riconosciutale dall'art. 14, par. 2, co. 2 del Protocollo (4) allegato ai Trattati sullo statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea (d'ora in poi "statuto SEBC"). Tale disposizione, introdotta dal Trattato di Maastricht, permette alla Corte di conoscere delle decisioni che sollevano dall'incarico i governatori delle banche centrali degli Stati membri, su iniziativa dei governatori stessi o del consiglio direttivo della BCE[1].

Si tratta dell'unica ipotesi in cui un atto interno può essere sindacato direttamente dinanzi alla Corte di giustizia, nonché impugnato da un organo dell'Unione (il consiglio direttivo della Banca centrale europea). Sicché, l'interesse della questione si giustifica non solo sulla base della peculiarità della fattispecie, bensì anche della sua "delicatezza" in termini di rapporto tra ordinamenti. In un sistema giuridico integrato come quello tra gli Stati membri e l'Unione, che fonda la sua coerenza sul rigoroso rispetto del principio di attribuzione, il rimedio riconosciuto dallo

* Dottorando di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università degli studi di Napoli "Parthenope".

1 Tale disposizione prevede che "Un governatore può essere sollevato dall'incarico solo se non soddisfa più alle condizioni richieste per l'espletamento delle sue funzioni o si è reso colpevole di gravi mancanze. Una decisione in questo senso può essere portata dinanzi alla Corte di giustizia dal governatore interessato o dal consiglio direttivo, per violazione del trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa all'applicazione del medesimo. Tali ricorsi devono essere proposti nel termine di due mesi, secondo i casi, dalla pubblicazione della decisione, dalla sua notificazione al ricorrente ovvero, in mancanza, dal giorno in cui il ricorrente ne ha avuto conoscenza".

statuto SEBC appare come una singolare interferenza dell'Unione in una situazione, all'apparenza, puramente interna[2].

In verità, la competenza della Corte è legittimata dal fatto che i governatori delle banche centrali degli Stati membri la cui moneta è l'euro rivestono, allo stesso tempo, il ruolo di governatori nazionali delle banche centrali di appartenenza e di membri di un organo di un'istituzione dell'Unione, ossia del consiglio direttivo della BCE. La circostanza che essi sono nominati a livello nazionale e la possibilità che a sollevarli dall'incarico sono gli Stati membri devono comunque fare i conti con il "doppio cappello"[3] indossato dai governatori, dal momento che il consiglio direttivo è il principale organo decisionale della BCE e dell'Eurosistema, che svolge un ruolo cruciale nel processo di vigilanza prudenziale delle società bancarie dell'Unione. Il ricorso tende perciò a garantire l'indipendenza dei governatori delle BCN che, al pari di quella della BCE, necessita di una protezione particolare, in quanto la loro azione costituisce una condizione essenziale della stabilità dei prezzi, obiettivo principale della politica economica e monetaria dell'Unione[4].

L'azione offerta dall'art. 14.2 statuto SEBC, tuttavia, non si preoccupa di inquadrare esplicitamente tale mezzo di ricorso in una delle altre azioni ordinariamente esperibili dinanzi alla Corte. La specialità del ricorso in oggetto, la *lacuna legis* e l'assenza di una precedente prassi in materia impongono perciò un approfondimento al fine di chiarire gli effetti derivanti dalla pronuncia del giudice dell'Unione[5].

2. Venendo al caso di specie, con i ricorsi riuniti C-202 e 238/18[6], la Banca centrale europea[7] e il sig. Ilmārs Rimšēvičs impugnavano dinanzi alla Corte di giu-

[2] Cfr. G. Tesauro, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. De Pasquale e F. Ferraro, Napoli, 2018, p. 296.

[3] La Corte lo definisce "*status* ibrido" (punto 70; il corsivo è dell'autore).

[4] V. art. 3, paragrafi 3 e 4, TUE e art. 130 TFUE. In questo senso, v. anche il paragrafo 150 dell'*opinion* dell'Avv. gen. Jacobs alla causa *Commissione/BCE* (sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 2003, causa C-11/00): "L'indipendenza in tal modo sancita non è di per sé un fine; essa è stata conferita [alla BCE] per uno scopo preciso. Proteggendo il processo decisionale della BCE da pressioni politiche nel breve periodo, il principio dell'indipendenza è inteso a consentire (…) l'obiettivo della stabilità dei prezzi".

[5] Nell'analisi del ricorso è apparso opportuno invertire l'ordine argomentativo prospettato dalla Corte, rimandando l'analisi della ricevibilità (e del merito) ad un momento successivo a quello della valutazione della natura del ricorso. È quest'ultima infatti la questione più controversa la cui diversa soluzione incide maggiormente sulla tutela specifica del ricorrente. Correttamente la Corte ha valutato anzitutto la ricevibilità della domanda. Ragioni di linearità processuale spingevano infatti i giudici di Lussemburgo a considerare solo successivamente gli aspetti attinenti alla qualificazione del ricorso, che d'altronde incidono sulle modalità di conclusione del giudizio. Stesse ragioni alle quali, tuttavia, un approfondimento scientifico non è legato.

[6] In virtù della natura straordinaria della controversia, le cause sono state sottoposte al procedimento accelerato ai sensi dell'articolo 133 del regolamento di procedura. La trattazione sommaria del ricorso segue alla sua richiesta da parte della BCE, assieme a quella di adozione di misure cautelari. Con l'ordinanza del 20 luglio 2018 (causa C-232/18 R), il vicepresidente della Corte ha ordinato alla Lettonia di sospendere, fino all'emanazione della sentenza definitiva, i provvedimenti provvisori emessi nei confronti del sig. Rimšēvičs nella misura in cui gli impedivano di nominare un supplente quale membro del consiglio direttivo della BCE.

[7] Anche se l'art. 14.2 statuto SEBC fa riferimento al "consiglio direttivo", il ricorso è stato correttamente introdotto dalla BCE in quanto istituzione dell'Unione e non dall'organo specifico. Solo da una lettura arida, e non orientata, della norma può desumersi il riconoscimento di un potere di legittimazione attiva

stizia la decisione con la quale il *Korupcijas novēršanas un apkarošanas birojs* (l'Ufficio lettone per la prevenzione e la lotta alla corruzione, anche detto KNAB) vietava al governatore della *Latvijas Banka* (Banca centrale di Lettonia) di esercitare le sue funzioni, sollevandolo provvisoriamente dal suo incarico. In particolare, Rimšēvičs veniva arrestato a seguito delle indagini condotte dal KNAB, dalle quali emergeva che egli avrebbe accettato una tangente, in qualità di governatore della Banca centrale di Lettonia, al fine di favorire l'attività e la posizione di una banca privata lettone[8].

È vero che i ricorsi erano diretti verso la stessa misura, ma le loro richieste non coincidevano. Mentre il governatore lettone mirava alla dichiarazione di illegittimità della misura, e dunque all'ottenimento di una sentenza di annullamento, la Banca centrale europea richiedeva, più prudentemente, la sola dichiarazione della violazione commessa da parte della Repubblica di Lettonia, che si avvicinava, nella sostanza, ad una sentenza di mero accertamento, come quella a conclusione di un ricorso per infrazione.

Il chiarimento del Tribunale lussemburghese in merito ai rimedi esperibili non rappresenta un mero esercizio teorico, ma ha delle notevoli implicazioni pratiche. Infatti, se la Corte avesse sposato la linea dell'annullamento, Rimšēvičs avrebbe riacquisito la sua posizione di governatore della Banca centrale lettone immediatamente dopo la pronuncia della sentenza da parte della Corte. Diversamente, se i giudici di Lussemburgo avessero ritenuto tale azione non corrispondente negli effetti ad un ricorso per annullamento, ma avente lo scopo di dichiarare unicamente l'incompatibilità con l'*acquis* della decisione del KNAB, il governatore avrebbe dovuto attendere l'adozione da parte della Lettonia di ogni misura necessaria a dare piena esecuzione alla sentenza della Corte.

È evidente come l'una o l'altra interpretazione incidano, e non di poco, sul grado di tutela specifica riconosciuta al ricorrente, giacché la reintegra garantita dall'annullamento della misura è senza dubbio più immediata del rimedio assicurato dal solo accertamento della violazione.

In realtà, entrambe le soluzioni sollevano, in linea di principio, alcune criticità. Infatti, l'art. 263 TFUE riserva la possibilità di azionare il ricorso di annullamento

---

o passiva processuale del consiglio direttivo. La disposizione infatti non intende attribuire al consiglio direttivo il diritto di ricorrere alla Corte in tale ipotesi, bensì, nell'operare il richiamo, allude alla titolarità della competenza interna alla BCE sull'assunzione della decisione. D'altronde, tale fenomeno giuridico non è nuovo al diritto dell'Unione: si pensi alle occasioni in cui il Consiglio, nell'espletamento della sua funzione decisionale, si limiti unicamente ad approvare le proposte sui cui il COREPER, organo riconducibile al Consiglio stesso, abbia in precedenza raggiunto una posizione unanime. In tal caso, l'atto in questione resta giuridicamente imputabile solamente al Consiglio e non al Comitato dei rappresentanti permanenti (così, la sentenza della Corte di giustizia del 19 marzo 1996, causa C-25/94, *Commissione/Consiglio*).

[8] Si tratta della banca lettone Trasta Komercbanka. Tra l'altro, diversi sono i ricorsi pendenti o trattati dinanzi sia al Tribunale dell'Unione che alla Corte aventi ad oggetto la revoca della licenza bancaria di tale istituto di credito: v. ordinanza del Tribunale dell'Unione 12 settembre 2017, causa T-247/16, *Trasta Komercbanka e a./BCE* (anche nota come *Fursin*), e relative impugnazioni, ancora pendenti, avverso detta ordinanza (Corte di giustizia, cause riunite C-663 e 665/17 P, *Commissione e BCE/Trasta Komercbanka e a.*); Tribunale dell'Unione, causa T-698/16, *Trasta Komercbanka e a./BCE*, ancora pendente dinanzi al Tribunale.

solo contro atti posti in essere da istituzioni o organi dell'Unione[9]; mentre un ricorso per infrazione può essere attivato solamente dalla Commissione o dagli Stati membri.

3. Alla luce di tali osservazioni, non resta che verificare quale sia stata la linea argomentativa scelta in concreto dalla Corte. La soluzione giunge al termine di un processo ermeneutico che, correttamente, non si arresta alla lettura della disposizione, ma bada anche alla genesi storica, alla *ratio* e al contesto in cui è inserita la norma[10]. Differentemente dall'Avvocato generale, che nelle sue conclusioni considerava l'azione di cui all'art. 14 alla stregua di un ricorso per inadempimento[11], la Corte ha optato per la qualificazione come ricorso di annullamento.

In primo luogo, con riferimento al dato testuale, i giudici della *Cvria* hanno addotto diversi motivi a sostegno della conclusione raggiunta. Invero, come accade per il ricorso per annullamento, la Corte ha fatto notare che il ricorso *ex* art. 14.2 statuto SEBC è azionabile da un singolo (nella fattispecie, contro una decisione) nel termine di due mesi. Si noti che entrambi i ricorsi fanno valere la "violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione"[12], ma è in relazione all'approccio sistematico e teleologico che emergono le principali differenze.

La Corte ha riconosciuto anzitutto che il ricorso SEBC "deroga alla ripartizione generale delle competenze tra il giudice nazionale e il giudice dell'Unione come prevista dai Trattati", giacché attribuisce esplicitamente ad essa il sindacato di legittimità su un atto di diritto nazionale (punto 69)[13].

Ciò è evidentemente motivato dalla finalità della norma. Il giudice di Lussemburgo ha giustamente rilevato che la specificità del ricorso si ricollega alla volontà di garantire l'indipendenza funzionale dei governatori. E che l'assenza prolungata di questi dai lavori del consiglio direttivo della BCE rischia di comprometterne seriamente il suo funzionamento.

Nel tentativo, poi, di rafforzare il percorso argomentativo, i medesimi giudici hanno fatto notare il "numero fortemente ridotto delle persone che possono avvalersene" (punto 71). Sul punto, appare opportuno precisare che tale osservazione, seppure ripresa quasi *ad abundantiam,* non sembra poter essere un fattore risolutivo nella scelta di un diverso regime giuridico applicabile. Invero, il numero estremamente ridotto dei potenziali ricorrenti non può essere determinante nella scelta del livello di incisività della tutela giurisdizionale.

---

[9] *Case-law* inaugurato dalla sentenza *AETS* (sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione/Consiglio*, punto 42). Recentemente, v. la sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 2015, causa C-28/12, *Commissione e Parlamento/Consiglio*, punto 4.

[10] In questo senso, da ultimo, la sentenza della Corte di giustizia del 15 novembre 2018, causa C-330/17, *Verbraucherzentrale Baden-Württemberg/Germanwings*, punto 23: "(…) Ai fini dell'interpretazione di una disposizione dell'Unione si deve tener conto non soltanto del tenore letterale della stessa, ma anche degli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte, nonché della genesi di tale normativa".

[11] Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 19 dicembre 2018, cause riunite C-202 e 238/18.

[12] Nell'ottica della valutazione quale ricorso di annullamento, giustamente la disposizione non fa riferimento all'incompetenza, alla violazione delle forme sostanziali e allo sviamento di potere. Queste infatti sono circostanze che non rilevano minimamente in rapporto al caso di specie, ossia il sollevamento dei governatori delle banche centrali nazionali.

[13] Sui confini della giurisdizione della Corte, v. il richiamo alla risalente pronuncia *Humblet/Belgio* (sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 1960, causa 6/60).

Nondimeno, suscita più di una riflessione l'argomento conclusivo, che risulta essere il più decisivo. Secondo la Corte soltanto l'interpretazione quale ricorso di annullamento, eventualmente accompagnato da provvedimenti di natura cautelare[14], riesce a sostenere a pieno il raggiungimento dello scopo prefissato dalla norma, ovvero l'immediata tutela del governatore rimosso. Inoltre, la Corte ha aggiunto che lo stesso livello di tutela non può essere garantito dal ricorso per inadempimento, dal momento che la sentenza di mero accertamento rimanderebbe l'esecuzione della stessa al tempestivo intervento delle autorità interne.

4. La qualificazione del ricorso in oggetto ha costituito certamente la questione più controversa. Ma, non meno degne di considerazione sono le valutazioni vertenti sulla ricevibilità del ricorso, sulla competenza della Corte in senso lato e sul merito della questione.

Per prima cosa, la Lettonia lamentava l'irricevibilità del ricorso per due ordini di motivi; innanzitutto perché la Corte avrebbe dovuto esaminare la legittimità e la proporzionalità delle misure adottate dall'autorità nazionale incaricata dell'indagine, in violazione delle prescrizioni di cui all'art. 276 TFUE; in secondo luogo, perché l'art. 14.2 statuto SEBC fa riferimento solo ai casi di rimozione definitiva e non di sollevamento temporaneo, come nel caso di specie, dei governatori delle banche centrali nazionali.

La Corte ha respinto, a giusta ragione, entrambi i motivi, ritenendo ricevibile l'azione.

In relazione al primo punto, secondo la Lettonia la valutazione degli elementi che giustificano l'imposizione di misure cautelari nell'ambito di un procedimento penale rientrerebbe solo nella competenza delle autorità nazionali. Tali elementi, alla base della decisione di rimozione, sarebbero perciò coperti dal segreto investigativo, ai sensi dell'art. 375, par. 1 del codice di procedura penale lettone e, per questo motivo, non potrebbero essere comunicati a soggetti terzi al procedimento penale, quale, per l'appunto, il giudice dell'Unione.

Quest'ultimo ha rammentato che la limitazione della competenza in materia penale dell'Unione non è assoluta, in quanto la disciplina degli Stati membri deve pur sempre essere esercitata nel rispetto del diritto dell'Unione[15]. Pertanto, il codice di procedura penale lettone non può ostacolare la competenza attribuita alla Corte dall'articolo 14.2 statuto SEBC. Dal momento che, se la Corte non potesse conoscere dei motivi addotti a giustificazione dell'adozione della misura di rimozione, non avrebbe gli elementi per valutare la legittimità o meno di tale decisione.

[14] Il TFUE stabilisce che l'introduzione del ricorso dinanzi al giudice dell'Unione non produce alcun effetto sospensivo (art. 278); tuttavia, è possibile domandare alla Corte la sospensione dell'atto impugnato in via cautelare. La Corte può altresì ordinare le misure provvisorie, diverse dalla sospensione, che ritiene opportune (art. 279). La richiesta di misure provvisorie presuppone che il ricorso sia già stato precedentemente azionato o ciò avvenga contestualmente alla domanda cautelare. Sul punto è il presidente della Corte a statuire, rimettendo la decisione al *plenum* solo in casi eccezionali. L'ordinanza, che può essere anticipata da una breve udienza interlocutoria, è impugnabile dinanzi alla Corte.

[15] Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Cowan*, punto 19; del 19 gennaio 1999, causa C-348/96, *Calfa*, punto 17; del 15 settembre 2011, causa C-347/09, *Dickinger e Ömer*, punto 31.

Per di più, l'art. 276 TFUE limita la competenza della Corte in materia penale solo con riferimento alle disposizioni di cui ai capi 4 e 5 del titolo V della terza parte del TFUE[16]. Giacché il ricorso di specie, come visto, è collocato nello statuto SEBC, e non in questa parte del TFUE, le misure di interesse non rientrano né nella cooperazione giudiziaria fra gli Stati membri in materia penale, né nella loro cooperazione di polizia.

Riguardo alla natura temporanea o definitiva della rimozione, sebbene possa sembrare che l'espressione "sollevare dall'incarico" di cui all'art. 14 faccia rientrare nell'ambito di applicabilità della disposizione esclusivamente le sospensioni definitive, in verità, così interpretata, la disposizione sarebbe svuotata di ogni utilità giuridica, in evidente violazione del principio dell'effetto utile. Ha giustamente fatto rilevare il sig. Rimšēvičs, nelle sue memorie, che una lettura di questo genere sottrarrebbe al sindacato della Corte l'eventualità che il sollevamento sia formalmente temporaneo, ma definitivo nella sostanza, valorizzando in questo modo l'abuso del diritto[17]. Potrebbe accadere infatti che le misure cautelari interne, che giustificano la sospensione temporanea, vengano costantemente reiterate fino alla naturale scadenza del mandato. Il discorso è valido anzitutto per il governatore lettone, il cui mandato scade nel dicembre 2019, visto che l'art. 389 del codice di procedura penale lettone stabilisce in 22 mesi la durata massima di una misura cautelare, reiterazioni comprese. Ma in altri ordinamenti, tale termine perentorio potrebbe essere anche più ampio, rendendo ancor più concreto il rischio che tale ipotesi si verifichi.

In relazione alla competenza della Corte, legittimamente il ricorso è stato introdotto direttamente dinanzi ad essa e non davanti al Tribunale dell'Unione. A supporto di tale inferenza, il ragionamento si basa ancora una volta su un argomento sistematico[18].

L'attribuzione diretta alla Corte della competenza a conoscere del ricorso trova legittimazione e, quindi, giustificazione alla luce della rilevanza costituzionale della questione, nonché della necessità di dirimere con celerità la controversia. Infatti, se il doppio grado di giurisdizione rimane "un segno di civiltà giuridica di non poco

[16] Come noto, con il Trattato di Lisbona la Corte di giustizia ha acquisito una competenza generale in relazione al diritto dell'Unione europea. Tuttavia, il Trattato conserva ancora "retaggi" della oramai abolita struttura "a pilastri". L'art. 276 TFUE stabilisce infatti che, nei settori della cooperazione di polizia e giudiziaria e in materia penale, la Corte "non è competente a esaminare la validità o la proporzionalità di operazioni condotte dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione della legge di uno Stato membro o l'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna".

[17] Per una recente affermazione in giurisprudenza, v. la sentenza della Corte di giustizia del 6 febbraio 2018, causa C-359/16, *Altun e a.*, punto 49: "Il principio di divieto della frode e dell'abuso di diritto (…) costituisce un principio generale del diritto dell'Unione che i soggetti dell'ordinamento sono tenuti a rispettare. L'applicazione della normativa dell'Unione non può, infatti, essere estesa sino a comprendere le operazioni effettuate allo scopo di beneficiare fraudolentemente o abusivamente dei vantaggi previsti dal diritto dell'Unione".

[18] L'Avv. gen. aggiungeva anche un argomento di natura testuale. Ai sensi dell'art. 19 TUE, i termini "Tribunale" e "Corte di giustizia" indicano i due organi giurisdizionali che costituiscono l'istituzione "Corte di giustizia dell'Unione europea": "Poiché l'articolo 14.2 dello statuto del SEBC e della BCE fa riferimento alla 'Corte di giustizia' (…) lo statuto del SEBC e la BCE è in sintonia con tale terminologia, giacché i suoi articoli 35 e 36 si riferiscono, per i procedimenti della BCE dinanzi ai giudici dell'Unione diversi dal procedimento previsto all'articolo 14.2 di detto statuto o da altri procedimenti specifici, alla "Corte di giustizia dell'Unione europea" (punti 69 e 70).

rilievo"[19], esso non costituisce un principio fondamentale proprio del diritto processuale dell'Unione[20].

Esaminando poi il merito della questione, l'apprezzamento richiesto alla Corte verteva sull'occasione che una delle condizioni alternative disposte dall'art. 14, par. 2, statuto SEBC fosse soddisfatta. La disposizione stabilisce infatti che la decisione di sollevare il governatore di una banca centrale nazionale risulta legittima "solo se non soddisfa più alle condizioni richieste per l'espletamento delle sue funzioni o si è reso colpevole di gravi mancanze".

L'accusa mossa al governatore, ovvero il reato di corruzione, avrebbe certamente, qualora sussistente, soddisfatto entrambe le condizioni di cui all'art. 14. Infatti, non vi è dubbio che il reato di corruzione giurisdizionalmente accertato non può che far venir meno i requisiti minimi e necessari in capo alla figura di un governatore di una banca centrale nazionale, quali indipendenza, imparzialità, onorabilità, etc.

È bene precisare che alla Corte non spettava sostituirsi al giudice nazionale sul giudizio di responsabilità penale del governatore. Il suo compito era, invece, accertare se la misura interdittiva assunta dalle autorità nazionali si giustificasse alla luce di una sentenza di condanna[21] o quantomeno poggiasse su un solido impianto probatorio.

La Corte ha anzitutto rilevato l'assenza di una sentenza di merito sul punto, non potendosi assolutamente equiparare alla stessa la decisione del KNAB che, per quanto possa effettivamente configurarsi terzo e imparziale, resta pur sempre un organo del potere esecutivo e, dunque, non può essere assimilato ad un organo giurisdizionale indipendente.

Successivamente ha anche constatato che la Lettonia non è stata in grado di fornire alcuna prova in ordine alle accuse di corruzione alla base della decisione di rimozione[22], nonostante fosse stata sollecitata alla sua produzione in giudizio.

[19] G. Tesauro, *op. cit.*, p. 325.

[20] Si pensi a quando può accadere che un ricorso avente ad oggetto la stessa controversia sia contemporaneamente sottoposto sia alla Corte che al Tribunale (ad es., una decisione della Commissione in tema di aiuti di Stato alle imprese può essere impugnata sia dagli Stati membri davanti alla Corte che dalle singole imprese interessate dinanzi al Tribunale. Come ha riportato autorevole dottrina, sul punto l'art. 54, comma 3 dello statuto della Corte consente tre soluzioni alternative: 1) il Tribunale sospende il giudizio dinanzi a sé stesso e attende la pronuncia della Corte; soluzione che rispetta il doppio grado di giudizio ma che rischia però di pregiudicare il ruolo del Tribunale e delle parti almeno sotto il profilo della decisione sulla questione di diritto, che verrebbe assicurata prima dalla Corte, tra l'altro in un processo in cui la parte privata non potrebbe in alcun modo intervenire; 2) la Corte sospende il giudizio che pende dinanzi a sé stessa, facendo sì che lo stesso continui precedentemente dinanzi al Tribunale. Questa soluzione garantisce la sopravvivenza del doppio grado ma non valorizza né la celerità né l'economia processuale; 3) il Tribunale può scegliere di spogliarsi definitivamente della causa, declinando la propria competenza e lasciare che sia la sola Corte a decidere. In questo caso, anche il processo azionato dal privato sarebbe dalla Corte, ma solo e soltanto da questa, con conseguente sacrificio del doppio grado di giudizio che la previa decisione del Tribunale assicura. Così, G. Tesauro, *op. cit.*, p. 326.

[21] Il giudice dell'Unione non è comunque vincolato all'accertamento effettuato da una sentenza nazionale. Nel giudizio dinanzi alla Corte, la sentenza possiede sì un forte valore probatorio, che può tuttavia essere rovesciato qualora il reo sia in grado di dimostrare che, a motivo della sua situazione personale o della carenza di imparzialità del giudice interno, tale accertamento sia erroneo. Se tali elementi invece non sono addotti, in nome del principio della fiducia reciproca, la Corte si associa alla valutazione delle prove posta in essere dall'autorità giurisdizionale nazionale.

[22] Per giunta, emerge dai fatti di causa che la banca privata lettone che avrebbe goduto dei favoritismi contestati al governatore ha cessato la sua attività nel 2016; che il governatore non dispone di poteri

Perciò, la Corte ha concluso, affermando che la decisione è contraria al diritto dell'Unione, e precisamente all'art. 14, par. 2, statuto SEBC, dal momento che non è stato dimostrato il venir meno delle condizioni essenziali all'esercizio delle funzioni del governatore né alcuna grave mancanza di cui si sarebbe reso colpevole il governatore Rimšēvičs.

5. Sembra opportuno ora soffermarsi sulla qualificazione circa la natura del ricorso, vista la diversa posizione assunta dall'Avv. gen. e dalla Corte. La tesi promossa dall'Avvocato generale Kokott[23] prevedeva infatti l'equiparazione del ricorso di cui all'art. 14, par. 2, statuto SEBC al ricorso per infrazione[24]. È utile domandarsi se questa avesse potuto essere una valida soluzione, rispetto a quella adottata dalla Corte, in quanto, più rispettosa in termini di interferenza tra ordinamenti, avrebbe potuto garantire il medesimo risultato e sarebbe stata in grado di assicurare, in misura maggiore, l'applicazione di princìpi quali quelli di proporzionalità e dell'effetto utile.

Infatti, se è vero che riconoscere in capo alla Corte il potere di annullare una decisione interna come quella *de qua* "[è] un'arma estremamente efficace"[25], lo è

che possano concretamente permettergli di favorire un singolo istituto di credito; che le decisioni della banca centrale sono assunte collegialmente; che la vigilanza sulle banche lettoni non rientra nella competenza della banca nazionale bensì in quella della Commissione dei mercati finanziari e dei capitali (art. 2, par. 1 del *Finanšu un kapitāla tirgus komisijas likums* – legge relativa alla Commissione dei mercati finanziari e dei capitali; v. par. 80 concl. Avv. gen.).

[23] Intrigante appare la ricostruzione logico-giuridica promossa dall'Avv. gen. (punti 52-62 delle conclusioni). Quest'ultimo fa riferimento all'esistenza di due sfere interconnesse ma separate, che contraddistinguono il sistema dei mezzi di ricorso dinanzi al giudice dell'Unione. La prima è quella delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione, i cui atti sono soggetti al sindacato di legittimità della Corte. Una volta esercitato il potere di annullamento, "l'ordinamento giuridico dell'Unione risulta direttamente modificato: l'atto annullato cessa immediatamente di produrre effetti" (par. 54). Al contrario, nella seconda sfera, che è quella degli Stati membri e dei loro organi e delle loro istituzioni, "il giudice dell'Unione non interviene dando forma direttamente all'ordinamento giuridico nazionale, ma si limita ad accertare l'incompatibilità di un atto o di una situazione giuridica di diritto nazionale con il diritto dell'Unione e con gli obblighi incombenti allo Stato membro di cui trattasi in forza dei Trattati" (par. 55, prima frase). Il differente intervento del giudice è il riflesso della diversità sistemica delle due sfere: "mentre il giudice dell'Unione fa direttamente parte della prima e vi interviene in quanto istituzione dell'Unione, esso resta al di fuori della seconda, la quale è, per ciascuno Stato membro, un sistema proprio, nel quale gli organi nazionali, inclusi i giudici, si fanno carico dell'applicazione delle sue sentenze" (par. 55, seconda frase). Alla luce di quanto esposto, l'Avv. gen. arguisce che, nel caso di specie, è la seconda sfera a dover prevalere sulla prima, dal momento che la Corte si trova di fronte ad un atto di diritto interno. Spetta perciò all'azione degli Stati membri far sì che l'ordinamento giuridico nazionale si conformi alle prescrizioni dettate dal giudice dell'Unione.

[24] In dottrina, verso l'allineamento del ricorso in esame a quello per inadempimento, v. E. Pagano, *Commento all'art. 131 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed., spec. p. 1002: "Per assicurare l'osservanza di quest'ultimo obbligo, lo stesso art. 14, par. 2, prevede che l'interessato o il consiglio direttivo della BCE possano proporre ricorso alla Corte di giustizia per violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione. Quanto poi all'inottemperanza della decisione della Corte in caso di accoglimento del ricorso, si può ipotizzare il meccanismo della procedura di infrazione *ex* art. 258 ss. TFUE contro lo Stato, ove si ritenga che la sentenza sia soltanto di accertamento della violazione commessa. Se, però, si potesse affermare che essa comporta l'annullamento dell'atto di revoca del mandato indebitamente disposto dallo Stato, si potrebbe riconoscerle un effetto diretto nell'ordinamento nazionale, con tutte le relative conseguenze. Attese le specificità dei rapporti tra banche centrali nazionali e BCE all'interno del SEBC, questa seconda soluzione non è sembrata del tutto infondata".

[25] Conclusioni dell'Avv. gen. Kokott alla causa in oggetto, par. 59.

altrettanto il fatto che siffatto annullamento realizza una profonda immistione nell'ordinamento giuridico nazionale, e precisamente nell'ambito della sua autonomia procedurale, che non ha pari nei Trattati. Non pare azzardato affermare, quindi, che tale qualificazione, nel pieno rispetto degli artt. 4, par. 1 e 5, paragrafi 1 e 2, TUE, avrebbe dovuto essere espressamente regolata.

Peraltro, se si considera che gli Stati membri sono obbligati, ai sensi dell'art. 258 e ss. TFUE, a conformarsi alle sentenze dichiarative della Corte, la sentenza di annullamento non rappresenta l'unico strumento in grado di garantire l'immediata efficacia della tutela. Infatti, quand'anche gli Stati decidessero di perpetrare comportamenti illegittimi, oltre alle esose sanzioni pecuniarie che ne deriverebbero in sede contenziosa[26], è oramai pacifico che la Corte possa adottare misure cautelari, ai sensi dell'art. 279 TFUE, anche all'esito di una procedura di infrazione[27]. L'ordinanza cautelare della Corte, nella misura in cui ingiunge allo Stato membro un certo comportamento (come l'immediata sospensione di un atto nazionale), riuscirebbe così a colmare la distanza di tutela dovuta al carattere meramente dichiarativo della sentenza di accertamento e avvicinerebbe tale pronuncia, nel risultato, a quella di annullamento[28]. Misure cautelari che si rivelerebbero addirittura più efficaci, almeno nell'immediato, della sentenza definitiva di accertamento.

Si può ipotizzare che quanto disposto dalla misura cautelare, che ha efficacia fino alla pronuncia della sentenza di merito, possa cadere nel nulla nel momento in cui lo Stato membro, all'esito della pronuncia di infrazione, non sia più giuridicamente vincolato dalla stessa e ritardi nel dare esecuzione alla sentenza. Purtuttavia, a parte l'evidente violazione, in tal caso, del principio di leale cooperazione che tutti i soggetti devono rispettare ai sensi dell'art. 4, par. 3, TUE nelle situazioni ricadenti nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione, nulla osta a che la misura cautelare sia nuovamente predisposta in sede di nuovo ricorso per inadempimento, questa volta ai sensi dell'art. 260 TFUE.

Rimarrebbe in sostanza scoperta la tutela giuridica per il periodo che intercorre dal momento della sentenza *ex* art. 258 TFUE all'introduzione del nuovo giudizio

[26] Si tratta della somma forfettaria e della penalità previste all'art. 260 TFUE. Sul punto, autorevole dottrina ha giustamente precisato che la somma forfettaria e la penalità (di mora) possono essere inflitte anche congiuntamente, qualora la violazione sia considerata di una certa gravità. Difatti, mentre la somma forfettaria consiste nel pagamento di una somma di denaro fissa e *una tantum*, legata all'inesecuzione della prima sentenza dichiarativa, la penalità di mora risulta essere più incisiva giacché stabilisce una somma da pagare per ogni giorno di inadempimento della seconda sentenza, quella "sulla violazione della violazione", fino al rientro della violazione. V. U. Villani, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, V ed., Bari, 2017, pp. 352-354.

[27] In questo senso, G. Tesauro, *op. cit.*, p. 348: "Si è così superata qualche perplessità iniziale, dovuta alla circostanza che tali misure si risolvono in un ordine di sospendere l'applicazione di una legge o di un atto amministrativo nazionali. E la Corte ha anche sospeso l'applicazione di una normativa nazionale *inaudita altera parte*, in attesa dell'ordinanza conclusiva del procedimento cautelare". Sulla prima affermazione della giurisprudenza, v. l'ordinanza della Corte di giustizia del 21 maggio 1977, 31 e 53/77 R, *Commissione/Regno Unito*. V. anche l'ordinanza della Corte di giustizia del 30 luglio 2003, causa C-320/03 R, *Commissione/Austria*.

[28] Il provvedimento cautelare ha il pregio di anticipare gli effetti della sentenza definitiva. Ciò scongiura il pericolo che l'efficacia e l'utilità della sentenza siano pregiudicate dal tempo che occorre a rendere la stessa. Per questo motivo, stringenti condizioni devono essere soddisfatte per il suo ottenimento: la strumentalità rispetto al giudizio principale, il *fumus boni iuris*, il *periculum in mora*, il bilanciamento degli interessi contrapposti.

di infrazione, e per tutti gli intervalli successivi. C'è però da far presente che lo Stato membro in questione potrebbe comunque adottare un comportamento antigiuridico e contrario alle pronunce della Corte (ordinanza o sentenza) di annullamento o di accertamento. Bisogna infatti tenere a mente che la pronuncia della Corte è questa volta, in via del tutto eccezionale, adottata nei confronti di un atto nazionale. Di regola, infatti, la sentenza di annullamento della Corte implica, per l'istituzione (dell'Unione) che aveva emanato l'atto dichiarato nullo, l'obbligo di prendere ogni misura utile a darvi piena esecuzione, tra le quali la riadozione dell'atto stesso. Nel caso di specie, invece, la restaurazione della situazione giuridica preesistente, che segue alla dichiarazione di illegittimità della decisione, avviene pur sempre ad opera dello Stato membro, dal momento che attiene al (ri)esercizio di una competenza che resta di natura interna.

L'ordinanza cautelare avrebbe quindi lo scopo di ripristinare la situazione giuridica precedente la decisione nazionale impugnata. Situazione giuridica che lo Stato, in evidente violazione della sentenza appena emanata e più in generale del diritto dell'Unione, dovrebbe, per la seconda volta, rovesciare, con il rischio di una nuova e più onerosa soccombenza nel giudizio *ex* art. 260 TFUE. Oltretutto, come messo in luce da autorevole dottrina, la prassi "non conosce casi di inosservanza di ordinanze cautelari della Corte"[29].

Ad ogni modo, si potrebbe anche pensare che la Corte statuisca in via cautelare che venga nominato un soggetto supplente, come del resto è avvenuto nel giudizio in esame. Questo resterebbe in carica, in virtù della misura cautelare, durante le more del processo e, materialmente, fino all'esecuzione della sentenza. Così facendo, il regolare svolgimento dei lavori del SEBC sarebbe in ogni caso garantito a tutti gli effetti. Non accadrebbe altrettanto per la tutela individuale del governatore rimosso; ma, come più volte sottolineato dalla Corte stessa, la specialità del ricorso è tesa primariamente ad assicurare il regolare proseguirsi dell'attività del SEBC e della BCE, e non la tutela reintegratoria del governatore. Tutela che potrebbe comunque ottenere in un secondo momento, assieme al risarcimento dei danni per violazione del diritto dell'Unione, dinanzi al proprio giudice interno[30].

D'altro canto, a conforto di tale approdo, si aggiungerebbe l'ulteriore argomentazione sistematica per la quale, tutte le volte in cui la Corte è competente a pronunciarsi costitutivamente sulla rimozione (e non sulla legittimità di una rimozione eterodiretta) di un membro di un organo dell'Unione, titolare del potere di nomina degli stessi è proprio un organo dell'Unione, e non un'autorità nazionale, come nel caso di specie[31].

[29] G. Tesauro, *op. cit.*, p. 349.

[30] "(…) sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro. (…) Ne consegue che il principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è inerente al sistema del Trattato": sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 1991, cause riunite C-6 e 9/90, punti 33-35.

[31] La Corte è titolare del potere di destituire, rimuovere o dichiarare dimissionari i membri di: Commissione (art. 247 TFUE, su istanza del Consiglio o della Commissione stessa); Corte stessa (art. 6, co. 1 dello statuto della Corte di giustizia, previo giudizio unanime dei giudici e degli avvocati generali della Corte); Corte dei conti dell'Unione (art. 286, par. 6, TFUE, dietro richiesta della Corte dei conti stessa); comitato esecutivo (si badi, non il consiglio direttivo) della BCE (art. 11, par. 4 dello statuto

Da ultimo, occorre evidenziare che non sembra ipotizzabile un cumulo delle due azioni. La procedura di infrazione ha ad oggetto un atto o comportamento degli Stati membri, a differenza del ricorso di annullamento che riguarda un atto dell'Unione. A parte questa notazione, un ricorso per inadempimento contestuale a quello per annullamento finirebbe per dimostrarsi, in ogni caso, carente di interesse. Infatti, se la sentenza della Corte propendesse per l'annullamento dell'atto nazionale, il ricorso per infrazione non avrebbe più senso, venendo a cadere la misura che giustificava l'attivazione di ambo i ricorsi; se la pronuncia fosse invece nel senso di una conferma della legittimità della misura, il ricorso per inadempimento non potrebbe essere portato avanti, venendo meno la violazione agli obblighi derivanti dai Trattati.

6. Tale operazione ermeneutica si è ritenuta necessaria dal momento che il testo dell'articolo non precisa la natura del mezzo di ricorso di cui all'art.14, par. 2 statuto SEBC. Ciò nonostante, diversi argomenti testuali o ricavabili dalla genesi della disposizione sono stati individuati dalla Corte a sostegno della qualificazione proposta. Questi non ci sembrano però decisivi.

Come si è detto, è vero che nella maggior parte (ma non tutte) delle versioni linguistiche dell'art. 14, par. 2, statuto SEBC è presente la dicitura "per violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa all'applicazione dei medesimi" che è pressoché identica a quella dell'art. 263 TFUE. In aggiunta, prendendo a regola la versione francese del testo, nell'art. 14.2 statuto SEBC è previsto un ricorso "*contre*" la decisione, così come l'art. 263, comma 4 TFUE conosce di un ricorso "*contre les actes*".

Nondimeno, come fatto notare dall'Avv. Gen., va pure riconosciuto che, al momento della prima stesura dello statuto, questo è stato redatto unicamente in lingua inglese[32]. Ed è proprio in questa versione che non si fa riferimento ad alcun termine simile a "*contre*" (eventualmente "*against*"), bensì è riportata la perifrasi "*may be referred to the Court*", decisamente più generica e meno chiarificatoria. Mentre, se si legge la versione inglese dell'art. 263, co. 4, TFUE, ritroviamo proprio il termine "*against*"[33].

Ulteriormente, in relazione al primo argomento, l'inserimento della perifrasi sopra riportata è avvenuto solo in un secondo momento, segnatamente al momento della redazione definitiva[34]. Essa non può che considerarsi un mero tentativo di maggiore chiarezza testuale, il quale, evidentemente, non ha sortito gli effetti sperati. Altrimenti, se ciò corrispondesse al proposito di qualificare il ricorso quale azione di annullamento, nei lavori allegati allo statuto sarebbero rinvenibili le discussioni che certamente avrebbe generato la volontà di qualificare lo stesso in un modo piuttosto che nell'altro, con tutte le conseguenze del caso. Discussioni che, invece, sono del tutto assenti. Ancora, se la volontà fosse stata quella di parificare il "ricorso

SEBC e BCE, su istanza del consiglio direttivo o del comitato esecutivo); Mediatore europeo (organo unipersonale – art. 228, par. 2, TFUE, su domanda del Parlamento europeo).

[32] Punti 42-48 delle sue conclusioni; v. la proposta dei governatori delle banche centrali del 27 novembre 1990, n. 1669/1670.

[33] "Any natural or legal person may, under the conditions laid down in the first and second paragraphs, institute proceedings against an act (…)".

[34] V. la proposta della presidenza della CIG sull'Unione economica e monetaria del 28 ottobre 1991, n. 3738/91.

dei governatori" a quello di annullamento, non si spiega l'assenza di una disposizione equivalente all'art. 264 TFUE, che stabilisce che il giudice dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato, qualora sia ritenuto illegittimo[35].

Gli argomenti a favore dell'una o dell'altra tesi e la poca chiarezza del dettato legislativo spingono perciò a mettere da parte gli argomenti testuali e ad affidarsi unicamente alle interpretazioni sistematiche e teleologiche.

7. In conclusione, la configurabilità del ricorso in questione alla stregua di quello per inadempimento appare certamente un'opzione seducente. È indubbio infatti che una qualificazione di tal genere si presenta più prudente in termini di rapporto tra ordinamenti, giacché la sentenza di mero accertamento è meno invasiva rispetto alla sentenza di annullamento. Non possono perciò essere bollate come irragionevoli le perplessità che restano in relazione al sindacato di legittimità di un atto interno che, come detto, potevano essere fugate da una dichiarazione di incompatibilità. Sarebbe sì rimasta la singolarità di un ricorso del tutto estraneo alle logiche comuni all'ordinamento giuridico dell'Unione, ma mitigata dalla necessità di un'azione interna all'esito del ricorso stesso.

Tuttavia, il punto d'arrivo raggiunto dalla Corte resta l'epilogo senz'altro preferibile[36].

Prima di tutto, nell'ottica del principio di attribuzione e del riparto di competenze, bisogna partire dal presupposto che il ricorso di specie è pur sempre inserito nei Trattati, e segnatamente nello Statuto SEBC e BCE accluso al TFUE.

Nel predisporre tale mezzo *sui generis* nella normativa primaria, gli Stati membri hanno "volutamente" spezzato, seppur limitatamente a tale ipotesi eccezionale, il binomio competenza-giurisdizione che accompagna da sempre la relazione tra i due ordinamenti. Infatti, la Corte si è pronunciata per la prima volta nei confronti di un atto di natura interna, che è espressione dell'esercizio di una competenza propria degli Stati membri e sulla cui legittimità può pronunciarsi, di regola, il solo giudice interno. Ecco che la scelta di dichiarare la misura "illegittima" anziché "incompatibile" prefigura fuor di dubbio una conclusione meno diplomatica. Ma pur sempre totalmente in linea con la lettera e lo scopo dei Trattati.

Come se non bastasse, la specialità che contraddistingue il ricorso in questione si motiva alla luce della più generale specialità dell'intero sistema dell'Unione economica e monetaria. Invero, non bisogna dimenticare anzitutto che la politica monetaria costituisce una competenza esclusiva dell'Unione.

Inoltre, seppur in grado, a prima vista, di salvaguardare la posizione giuridica del governatore illegittimamente rimosso, il ricorso per inadempimento non riesce, in definitiva, a superare in maniera decisiva il *test* di proporzionalità, in termini di necessità, né si presenta più capace di valorizzare l'effetto utile della disposizione in oggetto.

---

[35] Nello stesso senso le conclusioni Kokott, punti 48-51.

[36] In dottrina, in linea con il percorso argomentativo prescelto dalla Corte, v. J. V. Louis, *L'Union européenne et sa monnaie*, in J. Mégret, *Politique economiques et sociales*, Bruxelles, 2009, p. 175 e ss.; per commenti recenti, v. M. Ortino, *La garanzia dell'indipendenza della BCE e dei governatori delle banche centrali nazionali in una recente sentenza della Corte di giustizia*, in *Papers di diritto europeo*, n. 2, 2019, p. 5; R. Smits, *ECJ annuls a national measure against an independent central banker*, in *European Law Blog*, 5 marzo 2019, già in *The European Central Bank – Institutional Aspects* (*PhD thesis*), 1997.

La sentenza di annullamento dimostra infatti di essere la soluzione più "proporzionata" rispetto al caso di specie, giacché la più idonea a realizzare l'utilità e la finalità della disposizione, ovvero l'immediata tutela del ruolo del governatore. I giudici di Lussemburgo hanno indubbiamente optato per un percorso giuridico più certo ed efficace. Il ragionamento della Corte non fa infatti alcun affidamento ad argomenti metagiuridici, quali la solerzia di uno Stato membro nell'adempimento al dettame del giudice dell'Unione. Del resto, autore della decisione censurata è un organo parte dello "Stato apparato": non sarebbe di certo la prima volta in cui lo stesso Stato membro si manifesti poi volutamente inerte e restio ad adeguarsi alle prescrizioni di una pronuncia meramente dichiarativa della Corte.

Ad onor del vero, la sentenza della Corte ha comunque sorpreso, se non altro per concisione e stringatezza. Una questione così controversa e priva di precedenti avrebbe meritato qualche considerazione in più a giustificazione dell'*iter* logico-argomentativo prescelto. La Corte avrebbe quantomeno dovuto approfondire tanto la parte *construens* della propria ricostruzione quanto la parte *destruens* di quella, all'opposto, offerta dall'Avvocato generale. Del resto, di altro avviso è stata proprio quest'ultimo, che ha colto la portata del ricorso e ha riservato allo stesso quasi il doppio dei paragrafi dedicati dalla *Cvria*.

Alla base della sinteticità della Corte sembra esserci una precisa scelta di fondo, che è stata influenzata anche dalla facile risoluzione della controversia nel merito. Vale a dire che il giudice dell'Unione ha preferito mostrarsi laconico ed evitare argomentazioni scomode, quali quelle che attengono ai rapporti tra ordinamento dell'Unione e ordinamento nazionale. *Tam dixit quam voluit*.

Abstract

Accertamento o annullamento? La prima volta della Corte sull'art. 14, par. 2 statuto SEBC e BCE: il caso *Rimšēvičs*

Nel caso *Rimšēvičs*, la Corte affronta per la prima volta un ricorso vertente sull'art. 14, par. 2 dello statuto della SEBC e della BCE, che permette alla stessa di conoscere delle decisioni che sollevano dall'incarico i governatori delle banche centrali degli Stati membri. Si tratta dell'unica ipotesi in cui un atto interno può essere sindacato direttamente dinanzi alla Corte di giustizia, nonché impugnato da un organo dell'Unione (il consiglio direttivo della BCE). Appare interessante verificare in che modo la Corte, nel silenzio normativo, ha qualificato tale speciale rimedio. La scelta per l'allineamento al ricorso per annullamento o a quello per inadempimento non costituisce un mero esercizio accademico, bensì ha una notevole ricaduta pratica in termini di effettività e immediatezza della tutela giurisdizionale offerta al ricorrente.

Declaration or annullment? The Court's first time on Art. 14, para. 2 ESCB and ECB Statute: the *Rimšēvičs* case

In the *Rimšēvičs* case, the Court brought for the first time an action concerning Art. 14, para. 2 of the Statute of the ESCB and of the ECB, which allows the Court to be referred of the decisions which relieve from office the governors of the central banks of the Member States. This is the only case where an internal act can be reviewed directly before the Court of Justice and challenged by a Union body (the Governing Council of the ECB). It is interesting to see how the Court, in the legislative silence, has qualified this special remedy. The choice of alignment with the action for annulment or the action for failure to fulfil obligations does not constitute a mere academic exercise, but has a considerable practical impact in terms of effectiveness and immediacy of the judicial protection granted to the applicant.

Angela Correra*

La notifica del recesso dall'Unione non incide sulla qualifica di Stato competente ai sensi del regolamento Dublino III

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il contesto nel quale è stata adottata la decisione della Corte di Giustizia. – 3. L'operatività della clausola di sovranità e le altre questioni controverse. – 4. Alcune riflessioni conclusive.

1. Il 23 gennaio 2019 la Corte di Giustizia dell'Unione europea è stata chiamata a pronunciarsi in ordine alla complessa questione dei criteri e dei meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale (C-661/17). L'intervento dei giudici europei è stato domandato dalla *High Court* irlandese in relazione alla controversia tra tre cittadini di un Paese terzo e *l'International Protection Appeals Tribunal* (IPAT, Irlanda), avente ad oggetto la decisione di trasferimento adottata nei loro confronti nel contesto del regolamento c.d. Dublino III. In particolare, nel gennaio 2017 l'IPAT, nel confermare la decisione del Commissario per i Rifugiati irlandese di trasferire i ricorrenti verso il Regno Unito, quale Paese competente per la presa in carico delle domande di asilo da loro proposte, ha dichiarato la propria incompetenza ad esercitare il potere discrezionale conferito dall'articolo 17 del suddetto regolamento[1], in forza del quale ogni Stato membro *può* procedere all'esame di una domanda di protezione internazionale, ancorché non gli competa in applicazione dei criteri ivi previsti. I ricorrenti hanno contestato la decisione dell'IPAT, fondando le proprie ragioni sulla operatività della clausola di sovranità e su motivi legati al recesso del Regno Unito dall'Unione. Dal suo canto, la *High Court*, considerando le implicazioni che potrebbe avere per il sistema di Dublino il recesso del Regno Unito dall'Unione, ha sospeso il procedimento ed ha domandato alla Corte di Giustizia chiarimenti in merito all'interpretazione dell'articolo 17 citato con riguardo a diversi profili di rilievo.

* Dottoranda di ricerca in diritto dell'Unione europea, Università Parthenope, Napoli.

1 La *clausola di sovranità* era già prevista nella Convenzione di Dublino del 1990 e nell'art. 3, par. 2 del regolamento (CE) n. 343/2003, in forza del quale "ciascuno Stato membro può esaminare una domanda d'asilo presentata da un cittadino di un paese terzo, anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel presente regolamento".

2. Invero, l'intervento della Corte riveste particolare interesse, non solo per le connessioni delle questioni proposte con l'attualissima vicenda della *Brexit*, ma anche perché si inserisce nel più ampio dibattito sulle criticità del sistema comune europeo di asilo (cd. CEAS) e, in particolare, delle disposizioni del regolamento Dublino III[2]. Sono note, infatti, le difficoltà applicative di quel sistema che nella pratica si è tradotto in un grave affievolimento dei diritti fondamentali dei migranti[3]. Ad onta dell'affermazione contenuta nell'art. 80 TFUE, sotto la pressione dell'ondata migratoria che dal 2015 ha interessato il territorio europeo, i Governi degli Stati membri si sono dimostrati tutt'altro che inclini alla solidarietà e alla fiducia reciproca e la risposta europea alla *mass migration* è risultata per molti versi inefficace. Da una parte, le divergenze tra prassi e normative nazionali e, dall'altra parte, la rigidità della tecnica di determinazione dello Stato membro competente – da individuarsi, secondo la regola generale, nello Stato di primo ingresso del richiedente protezione internazionale[4] – hanno messo in luce le profonde difficoltà attuative del regolamento Dublino III, la cui impostazione di fondo ha generato, come noto, un'iniqua ripartizione dei richiedenti asilo sul territorio dell'Unione, facendo gravare solo su un numero limitato di Stati membri (quelli geograficamente collocati alle frontiere esterne di primo ingresso, *in primis,* l'Italia e la Grecia), la gestione del maggior parte delle richieste. Ne è derivata un'applicazione politicamente pretestuosa della disciplina europea in materia di asilo[5] e l'assunzione di posizioni spesso antitetiche[6] soprattutto da parte di quegli Stati membri che hanno reagito alla crisi ripristinando i controlli alle frontiere interne, mettendo così in discussione il mantenimento dello

[2] Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide.

[3] Per una compiuta trattazione delle problematiche sottese alla disciplina di cui al regolamento Dublino III, v. P. Mori, *La decisione sulla ricollocazione delle persone bisognose di protezione internazionale: un irrituale ricorso al metodo intergovernativo?,* in *Il diritto dell'Unione europea*, settembre 2015, disponibile online su www.dirittodell'unioneeuropea.eu.

[4] Sebbene il regolamento stabilisca criteri oggettivi per determinare lo Stato membro competente incentrati soprattutto sull'esistenza di familiari del richiedente protezione internazionale e, come criterio residuale, quello dello Stato membro di primo arrivo, quest'ultimo è di fatto divenuto il criterio di applicazione di gran lunga prevalente. Cfr. G. Gaja, *La compétence des Etats dans l'examen des demandes d'asile, Essais en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruxelles, 2014, pp. 139-145.

[5] Cfr. P. De Pasquale, *Verso la refusione del regolamento "Dublino III"*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2/2018, anno XIII; G. Caggiano, *Prime riflessioni sulle proposte di riforma del Sistema europeo comune di asilo in materia di qualifiche, procedure e accoglienza,* disponibile *online* su *http://www.sidiblog.org/;* P. Mori, *La proposta di riforma del sistema europeo comune di asilo: verso Dublino IV?,* disponibile *online* su *http://www.eurojus.it;* C. Cutitta, *L'interpretazione e l'applicazione del regolamento Dublino III ai tempi della crisi: possibile prospettare nuovi scenari?,* disponibile *online* su *http://rivista.eurojus.it/linterpretazione-e-lapplicazione-del-regolamento-dublino-iii-ai-tempi-della-crisi-possibile-prospettare-nuovi-scenari/.*

[6] Cfr. G. Caggiano, *Alla ricerca di un nuovo equilibrio istituzionale per la gestione degli esodi di massa: dinamiche intergovernative, condivisione delle responsabilità fra gli Stati membri e tutela dei diritti degli individui*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 459 ss.; Id., *Ascesa e caduta della rotta balcanica. Esternalizzazione contro solidarietà per i richiedenti-asilo*, ivi, 2016, p. 221 ss.; G. Morgese, *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2015, n. 3-4, p. 15 ss.; B. Nascimbene, *Refugees, the European Union and the "Dublin System". The Reasons for a Crisis*, in *European Papers*, 2016, p. 101 ss., disponibile online; e M. Savino, *La crisi dei confini*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2016, p. 739 ss.

spazio Schengen. Persino le ambiziose iniziative della Commissione, sfociate nella proposta di regolamento cd. Dublino IV, non hanno raccolto il *favor* dei Governi degli Stati membri. In tale contesto emergenziale, la clausola di sovranità prima menzionata ha assunto una portata centrale, in quanto è stata individuata, sia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo[7], sia dalla Corte di giustizia[8], come lo strumento più idoneo per interpretare il regolamento Dublino in maniera conforme ai diritti umani[9].

3. Nell'esaminare la pronuncia della Corte, occorre rilevare che essa è evidentemente anteriore agli eventi che negli ultimi giorni hanno interessato la vicenda *Brexit*. Ma anche alla luce dello scenario confusionale che ne è derivato, le uniche certezze che al momento si possono tenere in considerazione sono la notifica di recesso – con la quale il Regno Unito ha manifestato la volontà di uscire dall'Unione e che è suscettibile di essere revocata[10] – e il fatto che il Regno Unito fino alla scadenza dell'ulteriore proroga concessa dal Consiglio europeo sarà a tutti gli effetti ancora uno Stato membro. Da quest'ultimo assunto prende le mosse l'*iter* motivazionale seguito dai giudici che hanno osservato che la notifica da parte di uno Stato membro del proprio intento di recedere dall'Unione non ha l'effetto di sospendere l'applicazione del diritto dell'Unione in tale Stato Membro[11] che, pertanto, continua ad essere pienamente vigente fino all'effettivo recesso[12].

A ciò la Corte ha aggiunto che rientra nella sfera di discrezionalità dello Stato membro la scelta di esaminare una domanda di protezione internazionale, quando, in applicazione dei criteri normativi, a tale esame non sarebbe tenuto[13]. Militano in tal senso, non solo la natura facoltativa della disposizione di cui all'articolo 17 citato

---

7 Cfr. sentenza *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, del 21 gennaio 2011 su cui v. E. Rebasti, *Corte europea dei diritti umani e sistema comune europeo in materia di asilo,* in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 343 ss.; L. Magi, *Protezione dei richiedenti asilo 'par ricochet' o protezione 'par moitié'? La Grande Camera ripartisce fra gli Stati contraenti le responsabilità per violazione della Convenzione europea conseguenti al trasferimento di un richiedente asilo in attuazione del regolamento Dublino II,* in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 824 ss.

8 Corte di giustizia, sentenza del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411 e 493/10, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department e M.E. e altri c. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform (GC)*. Sulla sentenza cfr., *ex multis*, E. Brouwer, *Mutual Trust and the Dublin Regulation: Protection of Fundamental Rights in the EU and the burden of proof*, in *Utrecht Law Review*, 2013, p. 145; G. Cellamare, *Asilo politico: considerata relativa e non assoluta la presunzione di rispetto dei diritti fondamentali,* in *Guida al diritto. Il sole 24 ore*, n. 6/2012, p. 95 ss.; G. Morgese, *Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronunzia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri,* in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 147 ss.

9 Cfr. A. Liguori, *Clausola di sovranità e regolamento "Dublino III"*, in G. Cataldi, A. Del Guercio, A. Liguori (a cura di), *Il diritto di asilo in Europa*, Napoli, 2014, p. 43 ss.

10 La CGUE, nell'ambito del procedimento C-621/18, *Wightman e a.*, con sentenza del 10 dicembre 2018, ha stabilito che il Regno Unito può decidere, unilateralmente, di revocare la sua decisione di recedere dall'Unione europea, prima dell'entrata in vigore dell'accordo di recesso o prima della scadenza dei due anni prevista dall'art. 50 del Trattato sull'Unione europea o di una sua eventuale proroga. Tale revoca deve essere decisa sulla base di un processo democratico e in accordo con le norme costituzionali nazionali.

11 P.to 54.

12 In senso conforme, v. sentenza della Corte di Giustizia del 19 settembre 2018, causa C-327/18, *RO*, p.to 45.

13 P.to 58.

– che rimette a ciascuno Stato membro la possibilità di decidere in piena sovranità[14], secondo valutazioni di tipo politico, umanitario o pragmatico, di accettare o meno l'esame di una domanda di protezione internazionale al di fuori dei casi in cui è tenuto a farlo –, ma anche la circostanza che l'esercizio di tale facoltà non è soggetto a condizioni particolari[15]. Tale orientamento, peraltro, è coerente con la *ratio* sottesa all'articolo 17, che è quella di salvaguardare le prerogative degli Stati membri nell'esercizio del diritto di concedere una protezione internazionale[16] e con la costante giurisprudenza della Corte, secondo cui le disposizioni facoltative riconoscono un ampio potere discrezionale agli Stati membri[17].

Pertanto, dalla circostanza che uno Stato membro, nel caso di specie il Regno Unito, determinato come "competente" secondo i criteri di cui al regolamento Dublino III, abbia notificato il proprio intento di recedere dall'Unione, non discende l'obbligo per lo Stato procedente (nella fattispecie *de qua*, l'Irlanda) di esaminare direttamente, in applicazione della clausola discrezionale di citata, la domanda di protezione.

Alla Corte è stato poi chiesto di stabilire se dalla disciplina in esame derivi che alla determinazione dello Stato competente e all'esercizio della clausola discrezionale menzionata debba provvedere la stessa Autorità nazionale. A tal riguardo, i giudici hanno rilevato che il regolamento tace in ordine alla individuazione dell'Autorità abilitata all'espletamento dell'una e dell'altra attività[18], né precisa se uno Stato membro debba attribuire l'applicazione dei criteri e della clausola discrezionale predetti alla stessa Autorità.

Nel silenzio del legislatore deve ritenersi, secondo la Corte, che spetta agli Stati membri determinare le Autorità nazionali competenti nell'applicazione del regolamento Dublino III, ed eventualmente di incaricare diverse Autorità dell'onere di applicazione dei criteri relativi alla determinazione dello Stato membro competente e della clausola discrezionale[19].

In ultimo, alla domanda del giudice del rinvio se la disciplina in esame debba essere interpretata nel senso che impone la previsione di un ricorso *ad hoc* avverso la decisione di uno Stato di non ricorrere alla clausola discrezionale, come è avvenuto nel caso di specie, i giudici, pur riconoscendo che il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale del diritto UE, oggi sancito anche dall'art. 47 della Carta, hanno risposto negativamente, statuendo che tale decisione potrà essere eventualmente contestata in sede di ricorso contro la decisione di trasferimento[20].

4. La pronuncia della Corte offre interessanti spunti di riflessione sullo stato in cui oggi versa il processo di integrazione europea e, specificatamente, su due dei profili più problematici, cioè la volontà di uno Stato membro di recedere dall'UE e le criticità del sistema di asilo comune europeo.

---

14 Per un esame delle finalità sottese alla clausola di sovranità, v. anche sentenza della Corte di Giustizia del 4 ottobre 2018, causa C-56/17, *Fathi*, p.to 53.

15 In senso conforme sentenza della Corte di Giustizia del 30 maggio 2013, causa C-528/11, *Halaf*.

16 In tal senso anche sentenza della Corte di Giustizia del 5 luglio 2018, causa C-213/17, *X,* p.to 61 e giur. ivi cit.

17 Per un'analisi della giurisprudenza, v. sentenza della Corte di Giustizia del 10 dicembre 2013, causa C-394/12, *Abdullahi*, p.to 57 e giur. ivi cit.

18 P.to 65.

19 P.to 67.

20 P.to 79.

Sotto il primo aspetto, occorre prendere atto che gli scenari futuri sulle relazioni tra Regno Unito e Unione[21] sono sempre più incerti e difficilmente pronosticabili. Appare quantomai condivisibile l'affermazione della House of Lords[22] secondo cui il "divorzio", e soprattutto l'instaurazione di nuove relazioni con l'Unione, costituiscono l'onere amministrativo e diplomatico più complesso con cui il Governo britannico dovrà confrontarsi dopo il secondo conflitto mondiale.

È, infatti, noto il clima di incertezze e di agitazione politica che si è creato nel Regno Unito, che avrebbe dovuto definitivamente uscire dall'Unione europea, il 29 marzo 2019. Ed è altrettanto noto che l'Accordo di recesso[23], difficilmente messo a punto, è stato bocciato per ben tre volte dal Parlamento britannico, tanto che il Consiglio europeo lo scorso 10 aprile ha accolto la richiesta di prorogare la permanenza del Regno Unito nell'UE, non oltre il 31 ottobre 2019 (c.d. *flextension*)[24], al fine di perfezionare la procedura di recesso e scongiurare definitivamente il concreto rischio del *no deal*, su cui Westminster potrebbe essere chiamato nell'imminente futuro. Fino a quella data, dunque, il Regno Unito continuerà a essere uno Stato membro con tutti i diritti e gli obblighi connessi a tale *status*, primo tra tutti, nel rispetto del dovere di leale cooperazione, quello di astenersi da qualsivoglia misura che rischi di compromettere la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, soprattutto nell'ambito della partecipazione al processo decisionale comune.

Al riguardo, i giudici ancora una volta hanno adottato una posizione ferma escludendo che alla mera notifica del recesso si ricolleghi un effetto sospensivo dell'applicazione del diritto dell'Unione. Ma la Corte si spinge anche oltre e, in aperta sintonia con la sua precedente giurisprudenza[25], non manca di rilevare che il trasferimento di un richiedente asilo verso uno Stato membro non deve essere disposto se sussistono serie ragioni per ritenere che tale notifica comporterebbe un rischio reale per il richiedente di subire in detto Stato membro trattamenti inumani o degradanti ai

[21] Sugli scenari futuri del processo di integrazione europea v. G. Tesauro, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, P. De Pasquale, F. Ferraro (a cura di), Napoli, 2018, p. 213 ss.; A. Di Stasi, *Diritti fondamentali e processo di (dis)integrazione europea: una relazione complessa*, in M. C. Baruffi, M. Ortino (a cura di), *Dai Trattati di Roma a Brexit e oltre*, Bari, 2018, p. 25-50; L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea – Sistema istituzionale, Ordinamento, Tutela giurisdizionale, Competenze*, Milano, 2018, p. 6 ss.; C. Curti Gialdino, *Verso la fase due della Brexit: promesse, insidie e risultati parziali del negoziato*, in G. Caggiano (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, 2018, p. 177 ss.; L. Moccia, *Brexit: cronaca di una separazione annunciata e alcune riflessioni di scenario*, in *La cittadinanza europea*, 2016, n. 1, p. 23.

[22] Si veda, House of Lords, *Scrutinising Brexit: the role of Parliament*, 22 luglio 2016, disponibile *online,* p.to 30.

[23] Il 25 novembre 2018 il Consiglio europeo ha approvato il progetto di accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica ("accordo di recesso") nonché la dichiarazione politica che definisce il quadro delle future relazioni tra l'Unione europea e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord. L'11 gennaio 2019 il Consiglio ha adottato la decisione (UE) 2019/274 relativa alla firma, a nome dell'Unione europea e della Comunità europea dell'energia atomica, dell'accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica (GU L 47I del 19.2.2019, p. 1). Il testo dell'accordo di recesso accluso alla decisione (UE) 2019/274 è stato pubblicato nella GU C 66I del 19.2.2019, p. 1. Il testo dell'accordo di recesso accluso alla decisione (UE) 2019/274 è stato pubblicato nella GU C 66I del 19.2.2019, p. 1.

[24] Nel caso in cui l'Accordo di recesso venga ratificato da entrambe le parti prima di tale data, il recesso avverrà il primo giorno del mese successivo al completamento delle procedure di ratifica oppure, se precedente, il 1° novembre 2019.

[25] Rif. sentenza della Corte di Giustizia del 16 febbraio 2017, causa C-578/16, *C.K. e a.*, p.to 65.

sensi dell'articolo 4 della Carta[26]. Un rischio, invero, al quale, nel contesto in esame, non sembra essere ragionevolmente esposto qualsivoglia interessato a fronte di una siffatta notifica. A tal riguardo, infatti, la Corte rileva, in primo luogo, che il CEAS è stato concepito in un contesto che permette di supporre che l'insieme degli Stati partecipanti (Stati membri o Paesi terzi) rispetti i diritti fondamentali, compresi i diritti previsti nella Convenzione di Ginevra e nel Protocollo del 1967, *in primis* il principio di non respingimento, nonché nella CEDU e, pertanto, che tra questi Stati si sia stabilito un legame di fiducia reciproca[27]. In secondo luogo, secondo la Corte, dal momento che gli Stati membri fanno parte della Convenzione di Ginevra, del Protocollo del 1967 e della CEDU, su cui si fonda il CEAS, il mantenimento, da parte di uno Stato membro, della sua partecipazione in tali accordi internazionali prescinde dalla sua appartenenza all'Unione[28]. Sicché la decisione di uno Stato membro di recedere dall'Unione non comporta alcun cambiamento rispetto all'obbligo che su di esso grava di rispettare la Convenzione di Ginevra e il Protocollo del 1967 (incluso il principio di non respingimento), nonché l'art. 3 CEDU.

Sotto il secondo aspetto, *id est* le criticità del sistema di Dublino, le lacune della disciplina vigente consentono di rilevare che le istituzioni europee, in sede di proposta di riforma della disciplina *de qua*, avrebbero potuto e dovuto osare di più. Al riguardo, ha deluso[29] le aspettative la proposta Dublino IV, in quanto, in situazioni di pressante affluenza migratoria, il punto di bilanciamento avrebbe dovuto spostarsi dall'applicazione del criterio del primo ingresso a quello del primo Stato ove la domanda è presentata, in tal modo alleggerendo le incombenze gravanti sugli Stati geograficamente più esposti[30]. Una soluzione, dunque, potrebbe essere quella di riorientare il sistema in una direzione che riconosca al richiedente maggiori facoltà di scelta e che, in controtendenza rispetto a quanto fin qui realizzato, riduca la restrizione alla libertà di movimento dei richiedenti[31].

E, invece, allo stato la pervicace volontà delle istituzioni UE e degli Stati membri di non modificare in maniera radicale i criteri del sistema Dublino e di non ridurre le vigenti disparità costituisce il muro di filo spinato più ostile alla compiuta attuazione del dettato dell'art. 80 TFUE. Le divergenze e le criticità dell'attuale sistema europeo comune di asilo – che ormai dipendono da flussi migratori dal carattere strutturale – vengono sempre più spesso affrontate come se fossero eccezionali, inaugurando una stagione caratterizzata dall'adozione di misure "emergenziali" dirette ad affrontare nel breve periodo le crisi, ma lontane da un disegno organico e prospettico

[26] P.to 81.

[27] P.to 83. In senso conforme, v. anche sentenza della Corte di Giustizia del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N.S. e a.,* p.to 78.

[28] P.to 85.

[29] Cfr. P. De Pasquale, *op. cit.*; P. Mori, *op. cit.*; G. Morgese, *op. cit.*

[30] La tesi è stata prospettata anche dall'Avvocato generale Sharpston, nelle conclusioni alle cause C-490/16 e C-646/16, *AS c. Repubblica di Slovenia* e *Jafari*, presentate l'8 giugno 2017.

[31] Al riguardo, vi è chi ha ritenuto che la soluzione potesse essere quella di favorire il mutuo riconoscimento delle decisioni nazionali di riconoscimento della protezione internazionale, oppure disporre il trattamento congiunto delle domande di protezione a livello di Unione con attribuzione di uno status davvero uniforme, o ancora – e forse più semplicemente – permettere ai richiedenti di presentare domanda nello Stato da loro preferito. Per approfondimenti v. M. Di Filippo, *Considerazioni critiche in tema di sistema di asilo dell'UE e condivisione degli oneri*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2015, n. 1, p. 47 ss., spec. p. 56 ss.; e B. Nascimbene, *op. cit.*, p. 110. In tal senso anche G. Caggiano, *op. cit.*

in grado di privilegiare obiettivi a lungo termine, con grave pregiudizio soprattutto dei diritti fondamentali dei migranti. In tale ottica, è appena il caso di ricordare le questioni di diritto dell'immigrazione e asilo, che in Italia ha sollevato la legge del 1° dicembre 2018 n. 132 c.d. "Salvini"[32] della cui compatibilità con il diritto dell'Unione europea e della CEDU si discute.

Abstract

La notifica del recesso dall'Unione non incide sulla qualifica di Stato competente ai sensi del regolamento Dublino III

La decisione della CGUE in esame riguarda le conseguenze che possono derivare dal ritiro del Regno Unito dall'Unione europea nel contesto del regolamento Dublino III. A tale proposito, la Corte ha ritenuto che l'art. 17 del regolamento Dublino III debba essere interpretato nel senso che il fatto che uno Stato membro, designato come "responsabile" ai sensi di tale regolamento, abbia notificato la sua intenzione di ritirarsi dall'Europa L'Unione, ai sensi dell'art. 50 TUE, non obbliga lo Stato membro a esaminare esso stesso la domanda di protezione controversa. A tale proposito, la Corte ha ricordato che la notifica da parte di uno Stato membro della sua intenzione di ritirarsi dall'Unione europea ai sensi dell'art. 50 TUE non ha l'effetto di sospendere l'applicazione del diritto dell'UE in tale Stato membro e che, di conseguenza, tale legge continua in vigore a tutti gli effetti in quello Stato membro fino al momento del suo effettivo ritiro dall'Unione europea.

The notification of withdrawal from the European Union does not affect the status of 'responsible' within the meaning of Dublin III Regulation

The CJEU's decision is about the consequences which may result from the possible withdrawal of the United Kingdom from the European Union in the context of the Dublin III Regulation. In that regard, the Court held that the Article 17 of the Dublin III Regulation must be interpreted as meaning that the fact that a Member State, designated as 'responsible' within the meaning of that regulation, has notified its intention to withdraw from the European Union in accordance with Article 50 TEU, does not oblige the determining Member State to itself examine the application for protection at issue. In that regard, the Court recalled that a Member State's notification of its intention to withdraw from the European Union in accordance with Article 50 TEU does not have the effect of suspending the application of EU law in that Member State and that, consequently, that law continues in full force and effect in that Member State until the time of its actual withdrawal from the European Union.

[32] Per una compiuta analisi delle questioni di diritto dell'immigrazione e asilo e dei profili di compatibilità della novella legislativa con il diritto Ue, si rinvia a G. Caggiano, in *Le recenti modifiche della legge "Salvini" su immigrazione e asilo nella prospettiva del diritto dell'Unione europea e della CEDU*, Post AISDUE, (I) 2019, disponibile *online*.

Fabio Ferraro*

Il Tribunale dell'Unione riconsidera la decisione sul caso Tercas in tema di aiuti (non) di Stato alle banche

Sommario: 1. Premessa. – 2. La misura concessa dal Fondo e la sua convenienza economica. – 3. Il contesto nel quale è stata adottata la decisione della Commissione. – 4. L'assenza d'imputabilità allo Stato della misura controversa. – 5. L'assenza del finanziamento mediante risorse statali. – 6. Questioni ancora aperte.

1. Da tempo il settore bancario nazionale attendeva una risposta da parte dei giudici dell'Unione sulla delicata e complessa questione della natura delle misure di sostegno concesse dal Fondo interbancario di tutela dei depositi e della loro compatibilità con la normativa dell'Unione sugli aiuti di Stato alle imprese. Il chiarimento è stato fornito dalla sentenza del Tribunale dell'Unione relativa alla Banca Tercas, che ha ribaltato la decisione presa dalla Commissione europea[1]. Quest'ultima aveva fondato il suo convincimento sull'errato presupposto che il sostegno del Fondo alla banca Tercas costituisse un aiuto di Stato incompatibile con l'art. 107 TFUE e, pertanto, ne aveva chiesto il recupero[2]. Invece, con una sentenza piuttosto articolata che ha avuto grande eco sui principali quotidiani nazionali, il giudice del Lussemburgo ha condiviso la tesi dei ricorrenti e ha annullato la decisione negativa della Commissione europea. Si tratta di una pronuncia che è destinata senz'altro a fare discutere per le sue notevoli implicazioni, non solo sul piano economico e giuridico, ma anche politico. Basti pensare che il presidente dell'Associazione bancaria italiana si è spinto al punto di chiedere le dimissioni di Margrethe Vestager, commissario europeo della concorrenza, nonostante si terranno a breve le elezioni del Parlamento europeo e, quindi, le nomine dei nuovi membri della Commissione europea.

Vero è che la decisione della Commissione ha avuto una influenza determinante sulle successive scelte di gestione delle crisi riguardanti il mercato finanziario, poiché

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Napoli Federico II.

1 Sentenza del 19 marzo 2019, cause riunite T-98/16, T-196/16 e T-198/16, *Repubblica Italia/Commssione* ECLI:EU:T:2019:167.

2 In merito alla vicenda Tercas, cfr. A. Argentati, *Sistemi di garanzia dei depositi e crisi bancarie: c'è aiuto di Stato?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2015, fasc. 2, p. 327.

ha impedito di continuare ad applicare lo schema utilizzato per la banca Tercas e ha coinvolto i risparmiatori nel salvataggio di altri istituti di credito. In particolare, in relazione alla successiva vicenda delle quattro banche (Etruria, Marche, Cariferrara e Carichieti) si è fatto ricorso a un differente sistema, a carattere misto, consistente nella combinazione del meccanismo dell'azzeramento dell'investimento di azionisti e obbligazionisti subordinati (c.d. *burden sharing*, che ha anticipato le successive regole del *bail-in*), e dell'intervento di un Fondo di risoluzione, sempre alimentato dai contributi delle maggiori banche, ma con contribuzione volontaria anziché obbligatoria, al fine di non incorrere nuovamente nella condanna della Commissione europea.

A distanza di qualche anno il giudice lussemburghese ha riabilitato l'originario intervento del Fondo interbancario a favore della banca Tercas e, al tempo stesso, ha fortemente ridimensionato l'approccio eccessivamente severo della Commissione europea nella valutazione dei sistemi mutualistici del sistema bancario, finendo così per delineare in modo più preciso le misure adottate dagli enti privati che esulano dalla nozione di aiuto di Stato. Nondimeno, la sentenza del giudice dell'Unione non rappresenta l'ultimo tassello della vicenda Tercas, vuoi perché tale sentenza potrà essere impugnata dinanzi alla Corte di giustizia, vuoi perché l'ampia platea di soggetti potenzialmente lesi dalla decisione della Commissione potrà richiedere il risarcimento dei danni subiti. Rimangono altresì irrisolte alcune questioni non affrontate dal Tribunale del Lussemburgo in merito alla rilevanza *antitrust* delle deliberazioni del consorzio interbancario.

2. Prima di affrontare le questioni che la sentenza in esame solleva, è opportuno ricordare i tratti essenziali della misura concessa dal Fondo interbancario di tutela dei depositi nonché il contesto nel quale si inquadra la controversa decisione della Commissione europea.

Iniziamo col dire che la misura del Fondo era stata adottata dopo che la Banca Popolare di Bari ("BPB") aveva manifestato il suo interesse a sottoscrivere un aumento di capitale della Tercas, sottoposta a partire dall'anno 2012 al regime dell'amministrazione straordinaria a seguito di alcune irregolarità accertate dalla Banca d'Italia. Tale operazione era stata condizionata, tra l'altro, alla revisione dei conti di Tercas e alla copertura del suo deficit patrimoniale da parte del Fondo. Quest'ultimo è un consorzio privato di tipo mutualistico, che dispone della facoltà di intervenire a favore dei suoi membri, non solo a titolo di garanzia legale dei depositi prevista in caso di liquidazione coatta amministrativa di uno dei suoi membri (intervento obbligatorio), ma anche su base volontaria, conformemente al suo statuto, se tale intervento consente di ridurre gli oneri che possono risultare dalla garanzia dei depositi gravante sui suoi membri (interventi facoltativi). La confusione tra gli interventi obbligatori imposti dal diritto dell'Unione allo Stato italiano e quelli volontari decisi autonomamente dal Fondo sembra alimentata dal complesso intreccio tra normativa nazionale e autoregolamentazione degli istituti di credito, sicché non è sempre agevole stabilire con precisione il soggetto responsabile delle scelte adottate. Nel complesso, si tratta d'interventi che hanno assunto una rilevanza fondamentale nella gestione delle crisi bancarie a causa della progressiva diminuzione degli aiuti con risorse pubbliche.

Viene naturale domandarsi quale sia la convenienza economica di questi interventi, in quanto gli operatori del settore creditizio contribuiscono con le loro risorse al salvataggio e alla ristrutturazione delle imprese concorrenti che versano in una situazione di difficoltà. Queste ultime, una volta superata la crisi, riprenderanno a competere con le imprese che le hanno "aiutate" per impedirne la liquidazione. È il caso di aggiungere che l'operazione in esame era finalizzata ad agevolare anche la BPB, che avrebbe dovuto acquisire il controllo della società Tercas con l'aiuto delle altre banche.

In realtà, occorre tener presente che questo Fondo *et similia* consentono di realizzare delle esigenze di interesse generale, che consistono nel tutelare la credibilità e l'affidabilità dell'intero sistema bancario nazionale nonché nell'evitare che il fallimento di un istituto di credito possa avere delle ripercussioni negative sull'economia reale. Nello specifico, il Fondo decideva di coprire il deficit patrimoniale della banca Tercas e di concederle determinate garanzie, poi approvate dalla Banca d'Italia, soltanto dopo aver verificato la convenienza economica dell'intervento rispetto al rimborso dei depositanti di tale banca. In altre parole, la soluzione utilizzata dal Fondo era dettata da esigenze imprenditoriali piuttosto che solidaristiche, poiché dall'analisi costi-benefici si ricavava che l'ammontare dei contributi a carico del Fondo sarebbe stato di gran lunga più oneroso se non ci fosse stato il salvataggio della banca Tercas.

Al di là delle motivazioni che inducevano il consorzio alla realizzazione dell'operazione, sta di fatto che lo Stato italiano non notificava le misure controverse alla Commissione europea, la quale riteneva che vi fossero diversi indizi idonei a ricondurre tali misure nella nozione di aiuto di Stato di cui all'art. 107 TFUE, segnatamente per quanto concerne la loro imputabilità allo Stato e il loro finanziamento mediante risorse pubbliche. In considerazione dell'accertamento dell'illegittimità delle misure concesse alla banca Tercas in violazione degli obblighi di notifica e di *standstill* di cui all'art. 108, par. 3, TFUE, la Commissione chiedeva allo Stato italiano la soppressione dell'aiuto mediante recupero, al fine di ripristinare lo *status quo ante*.

3. La decisione relativa alla banca Tercas rappresenta un esempio paradigmatico di un'inversione di tendenza da parte della Commissione europea, che risulta in modo evidente dal confronto di questa vicenda con quella concernente il precedente caso Sicilcassa[3]. Invero, le misure utilizzate per coprire una parte del disavanzo di cessione al Banco di Sicilia delle attività e delle passività della Sicilcassa furono valutate favorevolmente dalla Commissione europea ed escluse dalla nozione di aiuto di Stato, giudicando irrilevante sia l'intervento dello Stato nella definizione delle misure concesse dal Fondo e delle loro modalità di finanziamento sia il coinvolgimento di alcune banche pubbliche[4]. L'omologo processo decisionale per il salvataggio della banca Tercas veniva invece messo in discussione dalla Commissione europea, nonostante la mancata partecipazione di banche pubbliche nell'operazione del Fondo.

[3] Commissione europea, decisione 2000/600/CE del 10 novembre 1999, in GUUE L 256, 10.10.2000, p. 21.

[4] Cfr. A. Argentati, *Sistemi di garanzia dei depositi e crisi bancarie: c'è aiuto di Stato?,* cit., p. 327.

Va qui notato che l'esame preliminare delle misure relative alla banca Tercas iniziava nel 2014 e il procedimento formale veniva concluso nell'anno 2015, vale a dire nel periodo in cui la Commissione intendeva riprendere ad applicare in modo rigoroso la normativa, sostanziale e procedurale, degli aiuti di Stato[5]. Durante la precedente crisi economica e finanziaria (c.d. sistemica), infatti, la Commissione aveva finito per autorizzare in tempi rapidissimi diverse forme di sostegno al sistema bancario, generalmente ritenute illegittime, venendo così incontro alle contingenti esigenze degli Stati membri[6]. È il caso di ricordare che questa crisi aveva avuto origine con il fallimento della banca d'affari americana, *Lehman Brothers*, e poi si era estesa a macchia d'olio, coinvolgendo con un pericoloso effetto domino anche gli istituti bancari dell'Unione Europea. Per questo motivo la Commissione aveva adottato diverse Comunicazioni specificatamente indirizzate al settore finanziario[7], che avevano modificato il precedente quadro generale e determinato un vero e proprio mutamento di indirizzo e di approccio nella valutazione degli aiuti di Stato. Questo disegno della Commissione era stato realizzato anche per mezzo di una rivalutazione della deroga di cui all'art. 107, par. 3, lett. b), TFUE, relativa agli aiuti destinati a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro, che, a differenza del passato, era stata considerata una base giuridica idonea per giustificare le misure ritenute necessarie ad affrontare la crisi sistemica delle banche[8].

---

[5] Cfr A. Antonucci, *Gli "aiuti di Stato" al settore bancario: le regole d'azione della regia della Commissione,* in *Studi sull'integrazione. europea*, 2018, p. 587; D. Diverio, *Le misure internazionali di sostegno al mercato bancario: un'applicazione à la carte della disciplina degli aiuti di Stato alle imprese?,* in *Diritto del commercio internazionale*, 2017, p. 603; 2017; B. Inzitari, *Brrd, "bail in", risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180 del 2015),* in *Giustia Civile*, 2017, fasc. 1, p. 197; F. Croci, *L'impatto della crisi finanziaria sugli aiuti di Stato al settore bancario*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2014, p. 733; M. Liberati, *La crisi del settore bancario tra aiuti di Stato e meccanismi di risanamento e di risoluzione*, in *Diritto pubblico comunitario*, 2014, p. 1339.

[6] Cfr., *ex multis*, A. Dell'Atti, *Gli aiuti di Stato alle banche in tempo di crisi*, in *Concorrenza e mercato*, 2012, p. 569; K. Lannoo, C. Napoli, *Bank State Aid in the Financial Crisis. Fragmentation or Level Playing Field?*, in *CEPS Task Force Report.,* 2010; R. M. D'Sa, *"Instant" State Aid Law in a Financial Crisis – A U-Turn?,* in *European State Aid Law Quartely*, 2009, p. 13; V. Giglio, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria,* in *Mercato concorrenza e regole*, 2009, p. 23; L. Wagner, *Aides d'Etat : la Commission européenne confrontée au risque systémique*, in *Europe*, 2009, p.4; P. Werner, M. Maier, *Procedure in crisis? Overview and Assesment of the Commission's State Aid Procedure during the Current Crisis*, in *European State Aid Law Quartely*, 2009, p. 177; J. Fingleton, *La politica della concorrenza in tempo di crisi,* in *Mercato concorrenza e regole* 2009, p. 7.

[7] Comunicazione sull'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale (GUUE C 270 del 25.10.2008, p.8); Comunicazione relativa alla ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria: limitazione degli aiuti al minimo necessario e misure di salvaguardia contro indebite distorsioni della concorrenza (GUUE C 10 del 15.1.2009, p.2); Comunicazione della Commissione sul trattamento delle attività che hanno subito una riduzione di valore nel settore bancario comunitario (GUUE C 72 del 26.3.2009, p.1); Comunicazione sul ripristino della redditività e la valutazione delle misure di ristrutturazione del settore finanziario nel contesto dell'attuale crisi in conformità alle norme sugli aiuti di Stato (GUUE C 195 del 19.8.2009, p.9); Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1° gennaio 2011, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria (GUUE C 329 del 7.12.2010, p.7); Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1° gennaio 2012, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria (GUUE C 356 del 6.12.2011, p.7).

[8] Ci permettiamo di rinviare a F. Ferraro, *L'evoluzione della politica sugli aiuti di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria*, in *Il Diritto dell'Unione*

Terminata la fase emergenziale e venuto meno il quadro temporaneo di sostegno, la guardiana dei Trattati aveva deciso di cambiare completamente approccio e di mostrarsi inflessibile nei confronti degli aiuti al settore bancario, al duplice fine di evitare ripercussioni negative sull'equilibrio dei conti pubblici e di contrastare il c.d. azzardo morale delle imprese che si avventuravano in strategie aziendali eccessivamente rischiose, facendo affidamento sull'intervento salvifico della mano pubblica. Parallelamente, era cambiato anche il quadro normativo, in quanto erano stati introdotti prima il principio del *burden sharing*[9], e poi quello più severo del *bail in*[10], in vista della realizzazione dell'Unione bancaria[11]. In particolare, la Commissione europea esprimeva la sua preferenza per la condivisione degli oneri da parte degli azionisti, obbligazionisti e maggiori depositanti (*bail in*) rispetto all'erogazione di aiuti pubblici alle banche (*bail out*)[12].

Il nuovo orientamento nella valutazione degli aiuti alle banche sembra che abbia finito per influenzare la decisione della Commissione in merito alla natura del sostegno del Fondo alla banca abruzzese, così come la scelta, più generale, di una profonda rivisitazione degli strumenti e delle regole di gestione della crisi fino ad allora in vigore. Questa evoluzione, o involuzione a seconda dei casi e dei punti di vista, della politica della Commissione in tema di aiuti di Stato dimostra la difficoltà di contemperare la libertà di concorrenza tra le imprese bancarie con l'esigenza di garantire la stabilità del sistema finanziario. Rimane viva la preoccupazione che gli interventi pubblici al settore creditizio, sia pure finalizzati alla stabilità finanziaria, finiscano per pregiudicare la concorrenza delle imprese sane e per gravare sull'intera collettività, sostituendosi e non aggiungendosi agli aiuti statali all'economia reale. Non si può ignorare, in proposito, che il Parlamento europeo era stato piuttosto critico nei confronti del comportamento tenuto dalla Commissione in materia di aiuti al settore creditizio e questo giudizio negativo si era esteso finanche alla Comunicazione del 2013, ritenuta insufficiente "a tutelare i contribuenti europei e a limitare l'importo di aiuti che le banche possono ricevere" [13].

4. Delineato per sommi capi il contenuto delle misure adottate dal Fondo e il contesto nel quale si collocano, veniamo ora al nocciolo della questione giuridica concernente la nozione di aiuto di Stato.

---

europea, 2010, p. 335.

[9] Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1°agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria, in GUUE C 216, 30.7.2013, p. 1.

[10] Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio, in GUUE L 173, 12.6.2014, p. 190.

[11] Questa Unione bancaria è fondata su tre pilastri fondamentali, ossia un meccanismo di vigilanza unico, un meccanismo unico per la gestione delle crisi bancarie e un meccanismo europeo di assicurazione dei depositi.

[12] Cfr. M. Clarich, *Sostegno pubblico alle banche e aiuti di Stato*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2017, p. 702.

[13] Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2015 sulla relazione annuale sulla politica di concorrenza dell'UE (2014/2158(INI)), in *GUUE* C 316 del 30 agosto 2016, par. 62.

In linea generale, applicando le coordinate interpretative seguite dalla Corte di giustizia, la qualificazione di una misura come "aiuto di Stato", ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE, richiede che tutte le seguenti condizioni siano soddisfatte: i) deve trattarsi di un intervento dello Stato o effettuato mediante risorse statali; ii) tale intervento deve concedere un vantaggio selettivo al suo beneficiario; iii) esso deve essere idoneo a incidere sugli scambi tra gli Stati membri e iv) deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza[14].

Tale nozione è funzionale alla realizzazione di un sistema di concorrenza basato su di un *level playing field* tra le imprese, che rappresenta uno degli strumenti cardine per mantenere e consolidare il mercato interno.

Tanto premesso, l'arresto del Tribunale dell'Unione ha riconosciuto che sono compatibili con il diritto dell'Unione le misure utilizzate per facilitare l'uscita dalla crisi della Banca Tercas, smontando punto per punto le argomentazioni utilizzate dalla Commissione europea per ricondurre il sostegno concesso dal Fondo alla nozione di aiuto di Stato.

In particolare, l'attenzione del Tribunale si focalizza su due elementi costitutivi della nozione di aiuto di Stato che erano finiti sotto la lente d'ingrandimento della Commissione europea, vale a dire sull'imputabilità della misura allo Stato e sulla concessione mediante risorse statali[15]. In realtà, questi due elementi sono cumulativi, ma spesso vengono considerati insieme in quanto riguardano entrambi l'origine pubblica della misura in questione. La loro valutazione mira a stabilire un punto di equilibrio tra i rischi di sotto-inclusione e quelli di sovra-inclusione: i primi derivanti dall'elusione della normativa dell'Unione per mezzo dell'istituzione di enti autonomi incaricati dell'erogazione di aiuti e i secondi dall'applicazione del divieto dell'art. 107 TFUE ai vantaggi non imputabili allo Stato o che non comportino l'utilizzo di risorse pubbliche[16].

Per quanto riguarda l'imputabilità allo Stato, la sua sussistenza è indiscussa se l'aiuto proviene da un organo dello Stato, centrale, regionale o locale, mentre è più complessa da accertare se la misura è concessa da un'impresa pubblica o da un ente privato. In quest'ultimo caso, si deve valutare l'effettiva indipendenza del soggetto privato e se esso agisce sotto il controllo dello Stato ovvero sulla base di direttive pubbliche. Il Tribunale è stato chiamato ad effettuare questa valutazione sulla responsabilità dello Stato nell'operazione di salvataggio di Tercas ed è pervenuto a una conclusione antitetica a quella della Commissione, ossia che l'intervento a beneficio dell'istituto bancario è stato adottato autonomamente dal Fondo senza subire l'influenza o il controllo effettivo delle autorità pubbliche. Questa conclusione è stata dedotta da un insieme di indizi risultanti dalle circostanze del caso di specie e dal contesto nel quale il provvedimento è stato adottato.

---

[14] V., *ex multis*, sentenza del 21 dicembre 2016, C-20/15 P e C-21/15 P, *Commissione/World Duty Free Group e a.*, ECLI: EU:C:2016:981, punto 53; del 18 maggio 2017, C-150/16, *Fondul Proprietatea*, ECLI:EU:C:2017:388, punto 13; v. anche Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in GUUE del 19.7.2016, C 262/1.

[15] Cfr. G. M. Roberti, *Gli aiuti di stato nel diritto comunitario*, Padova, 1997, p. 135; C. Cellerino, F. Munari, *Art. 107 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 1147.

[16] Conclusione dell'Avvocato generale Saugmandsgaard, 22 marzo 2017, causa C-329/15, *ENEA*, ECLI:EU:C:2017:233, punti 68 e 69.

In primo luogo, il mandato conferito al Fondo dalla legge italiana consiste unicamente nel rimborsare ciascun depositante entro il limite di centomila euro quando una banca di tale consorzio sia soggetta a una liquidazione coatta amministrativa. Al di fuori di tale sistema di garanzia dei depositi, il Fondo non agisce in esecuzione di un mandato pubblico imposto dalla normativa italiana, bensì autonomamente. Sennonché, l'intervento del Fondo a favore di Tercas non rientrava nell'ambito del mandato pubblico, visto che perseguiva una finalità differente da quella del sistema di garanzia dei depositi imposto dalla normativa nazionale.

In secondo luogo, la Commissione non ha dimostrato l'influenza o il controllo delle autorità pubbliche nell'adozione delle misure controverse, sia perché il Fondo è un consorzio di diritto privato che agisce, in forza del suo statuto, per conto e nell'interesse delle consorziate, sia perché i suoi organi direttivi sono eletti dall'assemblea generale del Fondo e sono composti esclusivamente da rappresentanti delle banche consorziate.

In terzo luogo, il coinvolgimento nell'operazione di Banca d'Italia non è stato decisivo, considerato che la sua autorizzazione è circoscritta al controllo formale del rispetto del quadro normativo limitatamente ai profili inerenti alla vigilanza prudenziale. Il che significa che la Banca d'Italia ha avuto un ruolo passivo nell'operazione e non ha condizionato in alcun modo la scelta del Fondo di salvare la Tercas.

In definitiva, nella parte motiva della sentenza in questione il Tribunale dell'Unione rileva che vi erano una serie di elementi indiziari che convergevano nella direzione di escludere l'imputabilità della misura allo Stato, giacché il consorzio aveva agito autonomamente senza l'influenza determinante dei pubblici poteri.

5. Volgendo lo sguardo al requisito del finanziamento dell'intervento mediante risorse statali, è ben nota la sua interpretazione estensiva da parte della Corte di giustizia, al fine di evitare che la creazione di enti autonomi incaricati della distribuzione di aiuti possa consentire di aggirare la normativa in materia di aiuti di Stato.

Il fattore rilevante non è tanto l'origine delle risorse quanto il livello dell'intervento dell'autorità pubblica nella definizione della misura e del suo metodo di finanziamento. In questa prospettiva, rientrano nella nozione di aiuto anche gli strumenti pecuniari che le autorità pubbliche possono realmente utilizzare per sostenere imprese, a prescindere dal fatto che questi strumenti appartengano o meno permanentemente al patrimonio dello Stato[17].

Alla luce di questi e altri principi consolidati della Corte di giustizia in materia di aiuti di Stato, la Commissione prendeva in considerazione diversi indizi per dimostrare la sussistenza del requisito delle risorse statali: la titolarità di un mandato pubblico in capo al Fondo, il controllo delle autorità pubbliche sulle risorse usate dal Fondo per finanziare l'intervento e il carattere obbligatorio dell'utilizzo dei contributi da parte del Fondo per finanziare l'intervento.

Tali elementi non sono stati considerati dal Tribunale idonei a dimostrare il controllo da parte delle autorità pubbliche dei fondi concessi a Tercas, sulla base essenzialmente delle medesime considerazioni utilizzate per la valutazione del requisito dell'imputabilità allo Stato delle misure controverse. A parte qualche

[17] Sentenza del 9 novembre 2017, *Commissione/TV2/Danmark*, causa C-656/15 P, ECLI:EU:C:2017:836, punto 46.

differenza, sono richiamati gli stessi elementi di fatti e di diritto e viene seguito lo stesso percorso logico per la valutazione dei due elementi costitutivi della nozione di aiuto di Stato. Così, la sentenza in esame ribadisce che l'intervento a beneficio di Tercas traeva origine da una proposta presentata inizialmente dalla BPB e ripresa successivamente da Tercas, conformemente allo statuto del Fondo, utilizzando fondi esclusivamente privati forniti dalle banche del consorzio. Ciò significa che la scelta di trasferire alcune risorse a Tercas aveva il suo fondamento giuridico in una disposizione statutaria di natura privatistica finalizzata a salvaguardare l'autonomia dei membri del Fondo. Peraltro, il Tribunale dell'Unione ha messo in risalto che l'assenza del requisito delle risorse statali non è stata inficiata dall'intervento del commissario straordinario, il quale nella vicenda Tercas si è comportato "come avrebbe fatto un amministratore ordinario posto nella stessa situazione"[18].

Queste affermazioni sull'assenza di un potere dispositivo dello Stato si legano alla constatazione che il sostegno era concesso nell'interesse dei membri del Fondo, poiché l'aiuto a Tercas risultava meno oneroso rispetto all'attuazione della garanzia legale a favore dei depositanti della banca abruzzese, in caso di liquidazione coatta amministrativa di quest'ultima. L'argomentazione sulla convenienza economica dell'operazione viene ripresa e assume una rilevanza centrale anche per accertare il grado di intervento dello Stato nell'utilizzo delle risorse del Fondo.

Se è vero che la linea di demarcazione tra le misure concesse tramite risorse statali e quelle a carico di enti privati può risultare piuttosto labile, dall'insieme delle argomentazioni del giudice dell'Unione sembra desumersi che non possano essere comprese nella nozione di aiuto di Stato le norme nazionali che si limitano a definire le condizioni di esercizio delle attività economiche senza incidere, direttamente o indirettamente, sul trasferimento di risorse private a favore di una o più imprese. Del resto, l'esigenza di un'interpretazione più equilibrata del requisito delle risorse statali e, più in generale, della nozione di aiuto di Stato è stata successivamente confermata dalla Corte di giustizia, annullando tanto la decisione della Commissione quanto la sentenza confermativa del Tribunale dell'Unione che disponevano il recupero, sia pure per una parte limitata, delle misure a sostegno delle imprese produttrici di energia rinnovabile[19].

Il Tribunale dell'Unione si è pronunciato in conformità a questa lettura più cauta della nozione di aiuto di Stato e ha rigettato le motivazioni addotte dalla Commissione europea per difendere la sua decisione. Pertanto, come logica conseguenza dell'esclusione sia dell'imputabilità allo Stato delle misure controverse che dell'utilizzo di risorse statali, la sentenza in esame ha annullato la decisione impugnata senza esaminare gli altri argomenti dedotti dai ricorrenti.

6. Rimane da comprendere quali siano le conseguenze della sentenza sulla disciplina nazionale degli aiuti, pubblici e privati, alle banche.

Certamente, la Commissione potrà decidere di impugnare la sentenza del Tribunale entro due mesi e chiederne l'annullamento alla Corte di giustizia, con

[18] Punto 145.

[19] Sentenza del 28 marzo 2019, causa C-405/16 P, *Germania/Commissione*, ECLI:EU:C:2019:268. Cfr. anche sentenza del 15 luglio 2004, Causa C-345/02, *Pearle e a.*, ECLI:EU:C:2004:448, punti 35-38.

l'obiettivo di difendere le argomentazioni contenute nella sua decisione di condanna dello Stato italiano. È quasi superfluo evidenziare che questa impugnazione non costituisce un giudizio di appello, in cui si possano rivisitare anche i fatti, bensì equiparabile a un giudizio di cassazione, considerato che l'impugnazione è circoscritta alle questioni di diritto e la Corte di giustizia è chiamata ad esercitare una funzione *latu sensu* nomofilattica[20].

Questa considerazione fa il paio con quella che i soggetti lesi dalla decisione della Commissione potranno richiedere il risarcimento dei danni, ivi compresi quelli derivanti dall'eccessiva svalutazione di crediti deteriorati, anche se tali soggetti verosimilmente attenderanno il passaggio in giudicato della sentenza del Tribunale o l'eventuale pronuncia definitiva della Corte di giustizia.

Tuttavia, non sarà agevole esperire con successo l'azione di risarcimento dei danni subiti ai sensi del combinato disposto degli articoli 268 TFUE e 340, co. 2, TFUE, in quanto i soggetti danneggiati dovranno dimostrare la compresenza di tre condizioni: i) l'illiceità del comportamento dell'istituzione, da intendere come violazione sufficientemente qualificata di una norma di diritto avente ad oggetto il conferimento di diritti agli individui; ii) un danno effettivo; iii) l'esistenza di un nesso causale immediato e diretto tra la violazione dell'obbligo incombente su l'autore dell'atto e il danno subito dai soggetti lesi.

Tali condizioni sono state fissate in modo alquanto restrittivo così da rendere nei fatti piuttosto difficile l'effettiva condanna dell'Unione al risarcimento dei danni causati dalle istituzioni[21]. Non a caso, infatti, il bilanciamento tra interessi generali dell'Unione e quelli particolari dei privati si conclude spesso a favore dei primi, anche se di recente si registra qualche significativo passo in avanti, vista la maggiore sensibilità della giurisprudenza dell'Unione nell'assicurare una tutela giurisdizionale effettiva dei soggetti danneggiati[22]. In pratica, gli ostacoli maggiori sembrano discendere dalla difficoltà di dimostrare, per un verso, la violazione sufficientemente qualificata, vista l'ampia discrezionalità attribuita alla Commissione in materia di aiuti di Stato[23], e, per altro verso, il nesso di causalità diretto tra il comportamento illegittimo dell'istituzione dell'Unione e i danni lamentati[24].

In attesa di ulteriori chiarimenti da parte dei giudici dell'Unione, appare utile qualche breve riflessione sui principi desumibili dalla sentenza del Tribunale.

Confrontando questi principi con il nuovo quadro normativo dell'Unione bancaria, si può ritenere che sia stato sensibilmente ristretto lo spazio di manovra delle misure statali a favore degli istituti di credito, ma non degli interventi privati che

[20] In questi termini, v. G. Tesauro (a cura di P. De Pasquale e F. Ferraro), *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2018, p. 328.

[21] In questi termini, v. M. Condinanzi, R. Mastroianni, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 277.

[22] Cfr. K. Gutman, *The Evolution of the Action for Damages Against the European Union and Its Place in the System of Judicial Protection*, in *Common Market Law Review,* 2011, p. 695.

[23] Il criterio decisivo per considerare sufficientemente caratterizzata una violazione del diritto dell'Unione è quello della violazione manifesta e grave, da parte di un'istituzione dell'Unione, dei limiti posti al suo potere discrezionale. Cfr. sentenza del 4 luglio 2000, causa C-352/98 P, *Bergaderm e Goupil/Commissione,* ECLI:EU:C:2000:361, punti 43; del 4 aprile 2017, causa C-337/15 P, *Mediatore europeo/Claire Staelen*, ECLI:EU:C:2017:256, punti 31.

[24] Sentenza del 6 ottobre 2018, causa C-346/17 P, *Christoph Klein/Commissione*, ECLI:EU:C:2018:679, punti 119 ss.

esulano dalla nozione di aiuto. Difatti, l'applicazione dei principi del *burden sharing* e del *bail in* non implica che misure di sostegno alle banche in crisi diverse da quelle previste dalla Commissione siano necessariamente in contrasto con la normativa dell'Unione in tema di aiuti di Stato[25]. In realtà, questa argomentazione si ricava dalla precedente sentenza della Corte di giustizia che si è pronunciata su un rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte costituzionale slovena, riconoscendo non solo che la Commissione europea può legittimamente auto-vincolarsi stabilendo in anticipo i criteri di autorizzazione delle misure anticrisi sottoposte alla sua valutazione, ma anche che gli Stati membri conservano la facoltà di notificare i progetti di aiuto che non soddisfino i criteri fissati dall'istituzione dell'Unione, al fine di ottenere l'autorizzazione[26]. Se è possibile ottenere, sia pure in via eccezionale, una deroga dalla Commissione per le misure pubbliche che rientrano nella nozione di aiuto di Stato, a *fortiori* le misure dei privati che non rientrano in questa nozione possono essere legittimamente concesse. Anzi, quest'ultime misure possono essere adottate senza rispettare gli obblighi di notifica e di *standstill* di cui all'art. 108, par. 3, TFUE, anche se nel dubbio è preferibile conformarsi a questi obblighi procedurali.

Dunque, vengono in rilievo due soluzioni autonome e distinte, l'una che consiste nell'intervento autonomo dei privati senza subire l'interferenza delle autorità pubbliche e l'altra che prevede la concessione di aiuti di Stato soltanto come *extrema ratio* e dopo la condivisione interna degli oneri con mezzi propri della banca.

Questo è il principale insegnamento desumibile dalla sentenza del Tribunale sulla vicenda Tercas che, se confermato in via definitiva dalla Corte di giustizia, potrebbe consentire al Fondo di recuperare le sue funzioni statutarie e la sua legittimità operativa, modificando in radice i modi, le forme e i tempi di intervento per "aiutare" le banche in difficoltà.

Il riconoscimento dell'autonomia del sistema mutualistico del Fondo solleva, semmai, qualche perplessità sotto il profilo antitrust, visto che il consorzio è una associazione di imprese e le sue deliberazioni possono essere considerate delle intese ai sensi dell'art. 101 TFUE. Sicché, vi possono essere delle preoccupazioni di natura concorrenziale legate, in particolare, a un trasferimento di fatto di importi monetari o di risorse economiche tra operatori concorrenti. Qualche indicazione utile, al riguardo, si ritrova nella decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che ha censurato l'intesa dell'Unione mutualistica tra i notai del Veneto volta a mettere in comune parte dei proventi dei professionisti al fine di garantire un reddito minimo mensile a tutti gli associati[27]. Questo meccanismo di *revenue sharing*

[25] Sui rischi derivanti dall'applicazione dei principi del *burden sharing e del bail-in*, cfr. S. Micossi, G. Bruzzone, M. Cassella, *Bail-in Provisions in State Aid and Resolution Procedures: Are They Consistent With Systemic Stability?*, in *CEPS Policy Brief*, 2014, n. 318.

[26] Per la precisione, la Corte di giustizia ha affermato che "L'adozione di una comunicazione quale la comunicazione sul settore bancario non dispensa la Commissione dall'obbligo di esaminare le specifiche circostanze eccezionali che uno Stato membro invoca, in un caso particolare, al fine di chiedere l'applicazione diretta dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), TFUE e di motivare eventualmente il proprio rifiuto di accogliere una richiesta del genere" (sentenza del 19 luglio 2016, causa C-526/14, *Kotnik*, ECLI:EU:C:2016:570, punto 41). Cfr. B. Raganelli, *Dal bail-out al bail-in: la posizione della Corte di Giustizia dell'Unione europea,* in *Foro italiano*, 2016, IV. 600.

[27] Cfr. Autorità garante della concorrenza e del mercato, 23 luglio 2014, I762, *Unione Mutualistica tra notai del Veneto*, in Bollettino n. 33/2014.

è stato considerato dall'Autorità idoneo a distorcere gli incentivi dei professionisti a competere per l'acquisizione di maggiore quote di mercato.

Nondimeno, in linea con l'approccio economico della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia, occorre considerare che l'accordo tra imprese può rientrare nella libertà di svolgere attività d'impresa ed essere compatibile con il diritto antitrust se presenta caratteristiche ambivalenti sul mercato o restrizioni modeste, in particolare, non incidendo sulle condizioni di prezzo, e sulla quantità e qualità dei beni e servizi sul mercato. La valutazione positiva dell'intesa dipende, ovviamente, dal necessario conseguimento di un obiettivo principale non restrittivo della concorrenza e dai possibili benefici per il consumatore[28], ferma restando l'esigenza di prendere in adeguata considerazione l'interesse generale alla stabilità del sistema finanziario.

Ne consegue che non potrà essere trascurata un'analisi approfondita degli effetti pro-concorrenziali e anticoncorrenziali che l'intervento del Fondo produce sul mercato, ma questa, come si suol dire, è un'altra storia sulla quale il Tribunale non si è pronunciato.

Abstract

Il Tribunale dell'Unione riconsidera la decisione sul caso Tercas in tema di aiuti (non) di Stato alle banche

Il commento si sofferma sulla sentenza del Tribunale che annulla la decisione della Commissione europea sul caso Tercas e riabilita il ruolo del Fondo interbancario di tutela dei depositi (FITD) - consorzio di banche private - nella risoluzione delle crisi bancarie. In particolare, il lavoro tocca le questioni più rilevanti dei due requisiti della nozione di aiuto di Stato alle imprese: l'imputabilità della misura allo Stato e la concessione di risorse statali. Infine, il lavoro si concentra sulle conseguenze della sentenza e, più in generale, sulle prospettive future delle misure di sostegno alle banche in crisi alla luce del diritto dell'Unione.

The General Court of the Union Reconsiders the Decision on the Tercas Case Regarding (Non) State Aid to Banks

The paper deals with the judgment of the General Court which annuls the European Commission's decision on the Tercas case and rehabilitates the role of the Interbank Deposit Protection Fund (FITD) - private banking consortium - in resolving banking crises. In particular, the article addresses the most significant issues regarding the two requirements of the notion of state aid to undertakings: namely the imputability of the measure to the State and the granting of State resources. Finally, the paper focuses on the consequences of the

[28] Sentenza del 11 settembre 2014, causa C-67/13, *Groupement des cartes bancaires,* ECLI:EU:C:2014:2204.

judgment and, more generally, on the future prospects of measures to support banks in crisis in the light of EU law.

Gaspare Fiengo*

La decisione sul regime fiscale riservato ad alcuni club di calcio professionistici spagnoli al vaglio del Tribunale dell'Unione

Sommario: 1. Premessa. – 2. La valutazione delle misure fiscali di vantaggio nella prassi della Commissione e nella giurisprudenza della Corte. – 3. Il percorso argomentativo seguito dal Tribunale. – 4. Considerazioni conclusive.

1. La sentenza del Tribunale nel caso *FC Barcelona/Commissione*[1] – che sicuramente si inserisce nel solco di una giurisprudenza consolidata volta a precisare la qualificazione giuridica degli atti e delle valutazioni posti in essere dalla Commissione durante il procedimento amministrativo in materia di concorrenza – offre l'occasione per approfondire e meglio chiarire taluni profili inerenti alla nozione di aiuto di Stato che si presenta sotto forma di regime fiscale preferenziale[2].

La pronuncia scaturisce da un ricorso per annullamento presentato *ex* art. 263 TFUE nei confronti di una decisione della Commissione[3] che qualificava come

* Ricercatore di diritto dell'Unione europea presso l'Università degli studi di Napoli "Suor Orsola Benincasa".

[1] Sentenza del 26 febbraio 2019, causa T-865/16, *Futbol Club Barcelona/Commissione* ECLI:EU:T:2019:113.

[2] Cfr., *ex multis*, G. Rossolillo, *Fiscalità e sovranità: riflessioni sulla ripartizione delle competenze tra Stati membri e Unione europea, in Diritto dell'Unione europea,* 2018, p. 134 ss.; P. Pistone, *Diritto tributario europeo*, Torino, 2018, p. 192 ss.; R. Grappiolo, *La valutazione delle misure fiscali di vantaggio: il ruolo della Commissione e degli organi giudiziari nazionali*, in A. Di Pietro, A. Mondini (a cura di), *Aiuti di Stato fiscali e giurisdizioni nazionali: problemi attuali*, Bari, Cacucci, 2015, p. 27 ss.; P. Boria, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2015, p. 250 ss; C. Fontana, *Aiuti di Stato di natura fiscale*, Torino, 2012; A. Quattrocchi, *Profili tributari degli aiuti di Stato*, Milano, 2012; C. Sacchetto, (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2011; A. E. La Scala, *The Impact of State Aid Rules on Procedural Law in Tax Matters*, in *Procedural Rules in Tax Law in the Context of European Union and Domestic Law*, Amsterdam, 2010; M. Ingrosso, G. Tesauro, (a cura di), *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, Napoli, 2009; L. Salvini, (a cura di), *Aiuti di stato in materia fiscale*, Padova, 2007; F. Tesauro, *Processo tributario e aiuti di Stato*, in *Corriere tributario*, 2007, p. 3665; P. Russo, *Le agevolazioni e le esenzioni fiscali alla luce dei principi comunitari in materia di aiuti di Stato: i poteri del giudice nazionale*, in *Rivista italiana diritto pubblico comunitario*, 2004, p. 225.

[3] Decisione (UE) 2016/2391 della Commissione, del 4 luglio 2016, sugli aiuti di Stato SA.29769 (2013/C) (ex 2013/NN) concessi dalla Spagna ad alcuni club calcistici.

regime di aiuti di Stato quello che la Spagna, con la legge 10/1990, aveva riservato a quattro club di calcio professionistici e che ne disponeva contestualmente il recupero. Con una sentenza che ha avuto grande eco mediatica, i giudici del Lussemburgo hanno condiviso la tesi del ricorrente ed annullato la decisione negativa della Commissione europea. Bisogna premettere che, oltre al FC Barcelona, anche altri due dei quattro club calcistici spagnoli avevano presentato ricorso per annullamento avverso la medesima decisione della Commissione dinanzi al Tribunale e che uno di essi risulta tuttora pendente (*Real Madrid/Commissione*); l'altro, invece, è stato respinto dal Tribunale nella stessa data del 26 febbraio 2019 (*Athletic Club di Bilbao/Commissione*)[4].

Più in particolare, la legge 10/1990 sullo sport, sebbene obbligasse i club sportivi professionistici spagnoli ad adattare la propria natura giuridica, transitando verso la forma delle Società Sportive per Azioni (SSPA), ha concesso, tuttavia, la facoltà di continuare ad operare nella forma di club sportivi – come persone giuridiche senza scopo di lucro – a quei club i cui bilanci si erano chiusi in attivo negli anni precedenti l'adozione della legge, beneficiando, a tale titolo, di un'aliquota specifica d'imposta sui redditi inferiore all'aliquota applicabile alle SSPA. Il FC Barcelona ed altri tre club calcistici professionistici, rientrando nell'ambito dell'eccezione prevista dalla legge spagnola, hanno esercitato tale facoltà. Tuttavia, la Commissione ha ritenuto, in forza degli articoli 107 e 108 TFUE, che la Spagna, attraverso tale legge, avesse illegittimamente introdotto un aiuto sotto forma di privilegio fiscale relativo all'imposta sulle società a favore dei suddetti club e che tale regime non fosse compatibile con il mercato interno, intimando, di conseguenza, di porvi fine e di recuperare presso i beneficiari la differenza tra l'imposta sulle società pagata e l'imposta sulle società che avrebbero dovuto corrispondere se avessero avuto la forma giuridica di SSPA.

2. Prima di concentrare l'attenzione sulle principali questioni che la pronuncia in esame solleva, occorre, sia pur limitatamente a ciò che è strettamente funzionale ai nostri fini, ripercorrere i passaggi giurisprudenziali relativi alle precisazioni fornite in ordine alla nozione di aiuto di Stato; al ruolo che il giudice dell'Unione deve esercitare, tenuto conto sia degli elementi concreti della causa sottopostagli che del carattere tecnico o complesso delle valutazioni effettuate dalla Commissione; alla circostanza che una misura conferisca o meno un vantaggio ad un'impresa[5] e al *test* dell'imprenditore privato in normali condizioni di mercato[6]. Va da sé che nella nozione di aiuto siano certamente ricomprese quelle misure mediante le quali le autorità pubbliche accordano a determinate imprese un trattamento fiscale vantaggioso che ponga i beneficiari in una situazione finanziaria più favorevole rispetto a quella degli altri contribuenti[7].

---

[4] Sentenze del 26 febbraio 2019, causa T-791/16, *Real Madrid/Commissione*, ECLI:EU:T:2019:346; causa T-679/16, *Athletic Club/Commissione,* ECLI:EU:T:2019:112.

[5] V., *ex multis*, sentenza del 4 settembre 2014, cause C-533/12 P e C-536/12 P, *SNCM e Francia/Corsica Ferries France*, ECLI:EU:C:2014:2142, punto 15.

[6] Sentenza del 16 aprile 2015, causa C-690/13, *Trapeza Eurobank Ergasias*, ECLI:EU:C:2015:235, punto 20.

[7] Sentenza del 15 marzo 1994, causa C-387/92, *Banco Exterior de España*, ECLI:EU:C:1994:100, punto 14; del 9 ottobre 2014, causa C-522/13, *Ministerio de Defensa e Navantia*, ECLI:EU:C:2014:2262, punto 23.

Le misure fiscali d'agevolazione rappresentano uno dei principali strumenti a disposizione degli Stati nazionali per garantire un sostegno alle imprese attraverso una rimodulazione degli oneri fiscali che gravano su queste ultime. Generalmente, il vantaggio si sostanzia in una diminuzione degli oneri fiscali altrimenti dovuti dai beneficiari e determina, quindi, una rinuncia da parte dello Stato alla parte del gettito fiscale corrispondente. Quando si verifica un tale effetto economico di vantaggio, le norme agevolative fiscali che lo generano entrano a pieno titolo nella nozione di aiuto di Stato e soffrono della conseguente censura d'incompatibilità. La figura dell'"aiuto di Stato fiscale" non individua, dunque, una fattispecie diversa rispetto a quella generale di cui all'art. 107 TFUE, ma rappresenta, piuttosto, il tentativo di sistemazione concettuale e di ricostruzione unitaria di quelle specifiche forme di aiuto di Stato attuate attraverso lo strumento fiscale.

Se la figura dell'aiuto di Stato fiscale consente agevolmente di richiamare, senza particolari forzature o distinzioni, alcuni degli elementi essenziali della definizione generale – non presentando problematiche peculiari la verifica della natura d'impresa in capo al beneficiario, la riconducibilità dell'aiuto allo Stato o a risorse statali, nonché l'incidenza del beneficio sugli scambi intracomunitari e l'eventuale lesione della concorrenza – non altrettanto può dirsi della nozione di vantaggio e selettività dell'aiuto fiscale, dove si rende necessario un adattamento ed una specificazione concettuale rispetto al paradigma generale. Invero, perché ci sia vantaggio, l'intervento statale deve concedere a favore del beneficiario una diminuzione di oneri sotto qualsiasi forma, mentre perché sia selettivo esso deve beneficiare talune imprese rispetto ad altre che si trovino in una situazione di fatto e di diritto analoga. Questa ricostruzione è dovuta all'elaborazione della Commissione e della giurisprudenza della Corte di giustizia che hanno interpretato ed adattato il concetto di vantaggio selettivo fiscale principalmente in termini di deroga ed eccezione di esso rispetto ad un sistema generale di tassazione (più elevata ed onerosa), definita "normale" ed applicabile alla generalità delle imprese e delle produzioni[8].

Seguendo tale percorso logico-ricostruttivo, l'individuazione e la ricostruzione del sistema normativo generale di riferimento rappresenta, quindi, un essenziale passaggio preliminare: tanto per la verifica dell'esistenza di un effettivo vantaggio

[8] Cfr. Comunicazione della Commissione n. 98/C, p. 3, sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese, ove si precisa che "il principale criterio per applicare l'articolo 107, paragrafo 1, TFUE ad una misura fiscale è dunque il fatto che tale misura instauri, a favore di talune imprese dello Stato membro, un'eccezione all'applicazione del sistema tributario. Il testo rappresenta un *codice di condotta* in materia d'imposizione diretta, finalizzato al contrasto delle fattispecie di concorrenza fiscale dannosa tra Stati (*harmful tax competition*). Tale testo è confluito pure nella Risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti di governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, del 1° dicembre 1997, su un codice di condotta in materia di tassazione delle imprese. Cfr., pure, sentenza del 6 settembre 2006, causa C-88/03, *Portogallo* c. *Commissione*, ECLI:EU:C:2006:511, punto 56,ove in particolare si legge: "per valutare la selettività di una misura, occorre accertare se, nell'ambito di un dato regime giuridico, una misura rappresenti un vantaggio per talune imprese rispetto ad altre che si trovino in una situazione fattuale e giuridica analoga. La determinazione del contesto di riferimento assume un'importanza maggiore nel caso delle misure fiscali, dal momento che l'esistenza stessa di un vantaggio può essere accertata solo rispetto ad un livello di tassazione definito "normale". Sul tema relativo alla distinzione tra misure generali ed aiuti, si rinvia a G. M. Roberti, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Padova, 1997; C. Cellerino, F. Munari, *Art. 107 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 1147.

fiscale – in termini di minori imposte dovute o, più in generale, di condizioni maggiormente favorevoli di adempimento o accertamento delle stesse – quanto per la natura selettiva di detto beneficio – nella fase di valutazione astratta circa la natura derogatoria della norma che lo introduce rispetto a quella applicabile ad altre imprese[9]. Dette valutazioni vengono effettuate dalla Commissione, caso per caso, sulla base della natura e del contenuto della deroga di vantaggio oggetto dell'esame di compatibilità[10]. Come è noto, alla Commissione europea vengono attribuiti ampi poteri di controllo e discrezionalità sull'interpretazione della nozione di aiuto e sull'applicazione delle deroghe previste, sia di quelle applicabili *de jure* (art. 107 TFUE, par. 2) sia di quelle potenzialmente ammissibili (art. 107 TFUE, par. 3)[11].

Ed è proprio sulla base di tali poteri che la Commissione, accompagnata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, ha vagliato la compatibilità con la disciplina in materia di aiuti di Stato di una vasta serie di misure nazionali in materia fiscale[12].

Particolarmente significativo, al riguardo, è il principio costantemente richiamato dalla giurisprudenza secondo cui gli interventi statali vanno esaminati in funzione dei loro effetti. Pertanto, quando un intervento statale comporta per i beneficiari molteplici conseguenze, la Commissione deve prendere in considerazione l'effetto cumulativo di tali conseguenze, onde valutare l'esistenza di un eventuale vantaggio[13], nonché l'obbligo di considerare globalmente le misure complesse, al fine di determinare se esse conferiscano alle imprese beneficiarie un vantaggio economico che non avrebbero ottenuto in normali condizioni di mercato[14]. Tale esame deve comprendere tutte le conseguenze, sia favorevoli che sfavorevoli, per i suoi beneficiari, allorché il carattere non univoco del presunto vantaggio risulti dalle caratteristiche proprie del regime di aiuti[15]. Peraltro, sempre secondo costante giu-

---

9 *Portogallo* c. *Commissione*, cit.

10 In questa ottica, la Commissione ha concepito una vera e propria modalità procedurale standardizzata di verifica degli aiuti fiscali che così trova costante riproduzione nelle singole decisioni: si valuterà la selettività delle misure fiscali seguendo tre fasi. In primo luogo, verrà definito il regime comune o "normale" del sistema fiscale applicabile, che costituisce il sistema di riferimento. Occorrerà, in secondo luogo, valutare e stabilire se i vantaggi apportati dalla disposizione fiscale in questione deroghino rispetto al sistema di riferimento, nella misura in cui la disposizione porta ad una differenziazione fra operatori economici che, alla luce dell'obiettivo perseguito dal regime, si trovano in una situazione fattuale e giuridica analoga. In terzo luogo, se tale deroga sussiste, sarà necessario esaminare se la stessa risulta dalla natura o dalla struttura del sistema tributario in cui rientra e se potrebbe quindi essere giustificata dalla natura o dalla logica di tale sistema. In tale contesto, in linea con la giurisprudenza, uno Stato membro deve dimostrare se tali differenziazioni discendono direttamente dai principi informatori o basilari del sistema.

11 Neppure va sottovalutato, come appena ricordato *supra*, che alla Commissione viene affidato il compito di vigilare sulla violazione del Codice di condotta Ecofin sul contrasto alla cd. "concorrenza fiscale dannosa", fenomeno monitorato anche in ambito internazionale dall'OCSE.

12 Cfr. G. Rossolillo, *Fiscalità e sovranità: riflessioni sulla ripartizione delle competenze tra Stati membri e Unione europea, cit.*, p. 135; W. Schön, *Tax Legislation and the Notion of Fiscal Aid. A Review of Five Years of European Jurisprudence*, Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, Working Paper 2015-2014, dicembre 2015; Cfr. Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea,.

13 Sentenza del 13 settembre 2013, causa T-525/08, *Poste Italiane* c. *Commissione*, ECLI:EU:T:2013:481, punto 61.

14 Sentenza del 30 novembre 2009, cause T-427/04 e T-17/05, *Francia e France Télécom* c. *Commissione*, ECLI:EU:T:2009:474, punto 199.

15 Sentenza del 15 dicembre 2005, causa C-148/04, *Unicredito italiano*, ECLI:EU:C:2005:774, punto 67. In dottrina, cfr. S. Gianoncelli, *Gli incentivi fiscali alla riforma del sistema bancario italiano al vaglio*

risprudenza, la Commissione è tenuta, nell'interesse della buona amministrazione delle norme fondamentali del Trattato in materia di aiuti di Stato, a condurre il procedimento d'indagine sulle misure sotto inchiesta in modo diligente ed imparziale, per poter disporre, all'atto dell'adozione della decisione finale sull'esistenza e, se del caso, sull'incompatibilità o sull'illegittimità dell'aiuto, degli elementi il più possibile completi e affidabili a tale scopo[16].

3. Tutto ciò premesso e venendo al caso in parola, ciò che rileva è stabilire se la Commissione abbia dimostrato in modo sufficiente che il regime fiscale degli enti senza scopo di lucro fosse tale da porre i suoi beneficiari in una situazione più vantaggiosa rispetto a quella in cui gli stessi si sarebbero trovati qualora avessero dovuto operare sotto forma di una SSPA[17]. Se, invero, non vi è dubbio che i quattro club beneficiari del regime controverso si sono visti applicare un'aliquota d'imposta nominale preferenziale rispetto a tutti gli altri club operanti sotto forma di SSPA, l'analisi del vantaggio che ne deriva non può essere disgiunta da quella degli altri elementi che compongono il regime fiscale degli enti senza scopo di lucro, quali ad esempio quello della deduzione fiscale per il reinvestimento dei proventi straordinari, rivelatasi più alta per le SSPA rispetto agli enti senza scopo di lucro, a causa della prassi dei trasferimenti dei calciatori.

In particolare, secondo la ricostruzione dei giudici di Lussemburgo, decisiva appare la circostanza che dalla decisione controversa possa stabilirsi con precisione se la Commissione abbia effettuato o meno una comparazione formale delle aliquote d'imposta applicabili, rispettivamente, alle società per azioni e agli enti senza scopo di lucro e se sia stata esaminata, in maniera distinta, la portata delle deduzioni fiscali di cui hanno avuto diritto gli uni e gli altri club. Se così non fosse, la Commissione sarebbe incorsa in un errore di valutazione relativamente all'esistenza di un vantaggio e, conseguentemente, in una violazione del principio di buona amministrazione nell'esame dell'esistenza di detto vantaggio.

In effetti, durante il procedimento amministrativo condotto dalla Commissione, era emerso che la deduzione fiscale per il reinvestimento dei proventi straordinari era più alta per le SSPA rispetto agli enti senza scopo di lucro, i quali ultimi, se fossero transitati invece in SSPA, avrebbero beneficiato di una deduzione ben più significativa in virtù dei trasferimenti dei calciatori, in quanto i proventi potevano essere reinvestiti nell'acquisizione di nuovi giocatori.

Ciononostante, dall'analisi della decisione impugnata appare evidente che la Commissione avesse escluso che il vantaggio derivante dalla soglia più elevata per le deduzioni fiscali applicabile alle SSPA compensasse l'aliquota d'imposta preferenziale di cui beneficiavano gli enti senza scopo di lucro, fondando, tuttavia, il suo convincimento sul debole assunto che non ce ne fosse prova evidente, o meglio, che i ricorrenti non ne avessero fornita alcuna convincente.

---

della Corte di giustizia, in *Rassegna tributaria*, 2006, p. 652 ss.

16 Sentenza del 3 aprile 2014, causa C-559/12, P *Francia* c. *Commissione*, ECLI:EU:C:2014:217, punto 63.

17 In tal senso, cfr. R. Grappiolo, *La valutazione delle misure fiscali di vantaggio: il ruolo della Commissione e degli organi giudiziari nazionali*, cit. p. 29 ss., ove in particolare si richiama l'orientamento della Corte di giustizia nella sentenza del 18 luglio 2013, causa C-6/12, *P Oy,* ECLI:EU:C:2013:525.

È bastato quindi al Tribunale ricordare come l'onere della prova dell'esistenza di un vantaggio derivante dal regime fiscale degli enti senza scopo di lucro gravasse *a contrario* sulla Commissione, la quale ben avrebbe potuto dimostrare, senza pregiudizio dei limiti dei suoi doveri di indagine, che la previsione di un massimale per le deduzioni fiscali ad un livello meno vantaggioso per gli enti senza scopo di lucro rispetto alle SSPA non fosse sufficientemente idoneo a compensare il vantaggio derivante dall'inferiore aliquota nominale d'imposta.

Al Tribunale non restava che riscontrare un errore nella valutazione dei fatti in cui è incorsa la Commissione, giacché al momento dell'adozione della propria decisione, essa pur disponeva di elementi che ponevano in evidenza la specificità del settore interessato in ordine alla rilevanza delle deduzioni fiscali[18], connessa alla prassi dei trasferimenti dei giocatori, tali da consentire di pervenire a ben altra conclusione. Ne consegue che la Commissione non assolvendo in maniera adeguata all'onere di provare che la misura controversa conferisse un vantaggio ai suoi beneficiari – rinunciando ad un'analisi completa ed imparziale di tutti gli elementi pertinenti, dell'impatto cumulativo dell'intervento statale in questione e dei suoi effetti concreti – non ha potuto cogliere l'evidenza di un regime che, in realtà, ha prodotto un effetto negativo piuttosto che un vantaggio, per alcuni almeno, dei beneficiari. Del resto, si consideri pure che, nell'ambito del procedimento amministrativo, la Commissione detiene pur sempre la facoltà di richiedere elementi di informazione rilevanti ai fini della valutazione[19]. Questa considerazione fa il paio con quella relativa all'obbligo, di cui si è già detto *supra*, di condurre l'esame del provvedimento controverso con diligenza e imparzialità, per fornire, al momento dell'adozione della decisione finale, le informazioni più complete e affidabili[20].

Determinante dunque l'argomento fattuale relativo all'importanza delle deduzioni fiscali nella valutazione dell'effetto della misura controversa in quanto, sulla base degli elementi di cui disponeva la Commissione al momento dell'adozione della decisione impugnata, non si è potuto dimostrare in maniera convincente l'esistenza di un vantaggio, tenuto conto delle differenze, tra regimi, nelle modalità di deduzioni fiscali.

4. Fermo restando la facoltà della Commissione di decidere se impugnare o meno la sentenza del Tribunale entro due mesi e chiederne l'annullamento alla Corte di giustizia, al fine di rafforzare ulteriormente le argomentazioni addotte nella sua decisione di condanna dello Stato spagnolo[21], qualche considerazione merita la circostanza che il ricorso promosso, invece, dall'Athletic Club di Bilbao sia stato respinto dal Tribunale nello stesso giorno in cui si è avuta la pronuncia di annulla-

[18] Ordinanza del 12 dicembre 2012, causa T-231/00, *Adriatica di Navigazione e Comitato "Venezia vuole vivere"* c. *Commissione*, ECLI:EU:T:2012:667, punto 40.

[19] Sentenza del 20 settembre 2017, causa C-300/16 P, *Commissione* c. *Frucona Košice*, ECLI:EU:C:2017:706, punto 71.

[20] *Francia* c. *Commissione*, cit.; sentenza del 28 novembre 2008, causa T-254/00, T-270/00 e T-277/00, *Hotel Cipriani e a.* c. *Commissione*, ECLI:EU:T:2008:537, punto 210.

[21] Del resto, tale impugnazione non costituisce un giudizio di appello, in cui possano essere rivisitati anche i fatti, bensì è equiparabile a un giudizio di cassazione, considerato che l'impugnazione è circoscritta alle questioni di diritto e la Corte di giustizia è chiamata ad esercitare una funzione *lato sensu* nomofilattica. In questi termini, cfr. G. Tesauro (a cura di P. De Pasquale, F. Ferraro), *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2018, p. 328; F. Ferraro, *Il Tribunale dell'Unione riconsidera la decisione sul caso Tercas in tema di aiuti (non) di Stato alle banche*, in *I Post di AISDUE*, I, 2019, p. 8.

mento relativamente al caso FC Barcelona. In primo luogo, laddove l'atto annullato, come nel caso in esame, abbia carattere individuale, va da sé che l'autorità di cosa giudicata riguardi le sole parti in causa e i soli punti di fatto e di diritto effettivamente decisi dalla pronuncia, oltre che i soli motivi addotti, non anche quelli che avrebbero potuto essere dedotti, ma che non sono stati fatti valere in giudizio[22]. Ed, invero, in estrema sintesi, il prevalente motivo addotto dall'Athletic Club, non potendo far leva efficacemente sulla rilevanza delle deduzioni fiscali, puntava piuttosto a mettere in luce un elemento del diritto tributario spagnolo che riconducesse la questione nell'alveo di un livello fiscale sub-statale, onde spostare su di un differente quadro geografico di riferimento l'esame della selettività del regime controverso[23]. Difatti, l'attribuzione di potestà impositiva a livelli territoriali sub-statali, nell'ambito di modelli federali o decentrati, presuppone la possibilità che si configurino regimi tributari differenziati in talune regioni o territori di uno Stato membro (cd. decentramento "asimmetrico"). Diversa, invece, come nel caso di specie, l'ipotesi di una misura introdotta da un ente centrale, ma destinata a trovare applicazione soltanto in una parte del territorio nazionale, in deroga al regime di tassazione "normale".

Va anche evidenziato come l'ipotesi in questione non ricada, almeno esplicitamente, nella tipologia di annullamento parziale dell'atto che si riferisce ai casi in cui esso sia per così dire divisibile quanto alle sue parti o anche ai suoi effetti, anche perché nei dispositivi di entrambe le sentenze non vi è riferimento alcuno in tal senso. Del resto, la giurisprudenza è ferma sul punto che l'annullamento parziale dell'atto di diritto dell'Unione è possibile solo se gli elementi di cui si chiede l'annullamento siano separabili dal resto dell'atto[24]. Ciò ad esempio, nel caso di annullamento limitato a una o più disposizioni che siano state impugnate o di un atto con più destinatari – come pur potrebbe nel caso di specie – per gli effetti prodotti nei confronti del solo ricorrente[25].

Invero, se decisiva è stata la comparazione fattuale delle aliquote d'imposta applicabili, rispettivamente, alle società per azioni e agli enti senza scopo di lucro, effettuata tenendo conto, in maniera distinta, della portata delle deduzioni fiscali di cui hanno avuto diritto gli uni e gli altri club, allora ciò avrebbe dovuto forse condurre il Tribunale a distinguere, magari proprio attraverso la formula dell'annullamento parziale della decisione della Commissione, la posizione rispettivamente di due club, il cui saldo poteva rivelare un effetto negativo del regime di aiuti piuttosto che un vantaggio (FC Barcelona, Real Madrid), da quello degli altri due club il cui vantaggio, per converso, appariva difficilmente confutabile. Ma, forse, alcune precisazioni sui contorni ancora poco chiari della vicenda potranno intervenire

---

22 M. Condinanzi, R. Mastroianni, *Il contenzioso dell'Unione europea*, 2009, Torino, p 133.

23 Sul punto, cfr. sentenza del 19 settembre 2000, causa C-156/98, *Federal Republic of Germany* c. *Commissione*, ECLI:EU:C:2000:467. Cfr., per un commento alla sentenza cfr., L. Raimondi, *Osservazioni in merito ai rapporti tra procedimento di controllo degli aiuti di Stato e procedura di infrazione*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2002, p.349 ss.

24 Sentenza del 18 marzo 2014, causa C-427/12, *Commissione* c. *Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2014:170; del 6 dicembre 2012, C-441/11 P, *Commissione* c. *Verhuizingen Coppens*, ECLI:EU:C:2012:778; del 11 dicembre 2008, C-295/07 P, *Commissione* c. *Département du Loiret*, ECLI:EU:C:2008:707; cfr. in dottrina, A. Giraud, *Judgment of the ECJ in Case C-295/07 P, Commission v Département du Loiret: The Importance of Being Thorough*,in *European State Aid Law Quarterly*, 2009 p.361ss; C. Iannone, *Art. 264 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, 2014, Milano, p. 2080.

25 Cfr. R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, 2017, Torino, p. 309.

allorquando il Tribunale si pronuncerà sul ricorso tuttora pendente (*Real Madrid/ Commissione* T-791/16)[26].

Abstract

La decisione sul regime fiscale riservato ad alcuni club di calcio professionistici spagnoli al vaglio del Tribunale dell'Unione.

Il presente articolo commenta la sentenza del Tribunale dell'UE relativa all'annullamento della decisione della Commissione che qualificava come aiuto di Stato il regime fiscale che la Spagna riservava a quattro club di calcio professionistici.

In particolare, il Tribunale ha concluso che la Commissione è incorsa in un errore nella valutazione dei fatti, non assolvendo in modo adeguato all'obbligo di provare che la misura controversa conferisse un vantaggio ai suoi beneficiari.

Infatti, al momento dell'adozione della propria decisione, la Commissione disponeva di elementi che ponevano in evidenza la specificità del settore interessato in ordine alla rilevanza delle deduzioni fiscali - enti senza scopo di lucro rispetto agli enti soggetti al regime fiscale generale - il che avrebbe dovuto condurla a dubitare della possibilità di applicare a tale settore specifico quanto constatato.

The Decision on Fiscal Regime Reserved to Some Spanish Professional Footbal Clubs before the EU's Tribunal

This paper briefly comments on the judgment of the General Court relating to the annulment the Commission's decision classifying the tax regime of four Spanish professional football clubs as State aid. In particular, the Court finds that the Commission erred in its assessment of the facts, because she has not shown to the requisite legal standard that the measure at issue conferred an advantage on its beneficiaries.

In fact, the Commission was therefore, when it adopted its decision, in possession of evidence highlighting the specific nature of the sector as regards tax deductions - non-profit entities compared to the entities subject to the general tax regime - which should have led to its having doubts as to whether its findings.

[26] Al riguardo, infatti, nei confronti del Real Madrid Club de Fútbol ancor più evidente apparirà la circostanza che la deduzione fiscale per il reinvestimento dei proventi straordinari si riveli assai meno consistente rispetto a quello delle SSPA, e che, pertanto, il regime fiscale risulti molto più penalizzante.

Adriano Maffeo*

Gli oneri ricadenti in capo ai proponenti di un'ICE ed i poteri accordati alla Commissione

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il contesto fattuale dei due procedimenti. – 3. Aspetti connessi al contenzioso dell'UE: la richiesta di riapertura della fase orale del procedimento nella causa *Bálzs-Árpád Izsák e Attila Dabis* c. *Commissione* e l'impugnabilità della comunicazione della Commissione *ex* art. 10 reg. 211/2011. – 4. L'onere probatorio sussistente in capo ai proponenti nella fase di registrazione dell'ICE. – 5. Il potere discrezionale della Commissione nella fase di registrazione dell'ICE ed in quella successiva alla sua presentazione. – 6. Conclusioni.

1. La sentenza resa dalla Corte di giustizia il 7 marzo 2019 nel caso *Balázs-Árpád Izsák e Attila Dabis* c. *Commissione*[1] e le conclusioni dell'Avvocato generale Bobek del 29 luglio 2019 nel caso *Puppinck c. Commissione*[2] hanno arricchito di due ulteriori tasselli il mosaico della giurisprudenza in tema di iniziativa dei cittadini europei (ICE)[3].

Entrambi i procedimenti si mostrano particolarmente interessanti nella misura in cui contribuiscono specularmente a definire, da un lato, gli oneri a carico dei proponenti di un'ICE nella fase preliminare di avvio e registrazione del procedimento e, dall'altro, a chiarire la portata della discrezionalità della Commissione, tanto nella fase di registrazione quanto in quella successiva al positivo completamento dell'*iter* procedimentale.

* Ricercatore TD in Diritto dell'Unione europea presso l'Università Federico II di Napoli.

1 Sentenza del 7 marzo 2019, causa C-420/16 P, *Balázs-Árpád Izsák e Attila Dabis* c. *Commissione*, ECLI:EU:C:2019:177.

2 Conclusioni dell'Avvocato generale Bobek del 29 luglio 2019, causa C-418/18 P, *Puppinck e a.* c. *Commissione*, ECLI:EU:C:2019:1113.

3 Si segnalano in particolare, le sentenze del 30 settembre 2015, causa T-450/12, *Anagnostakis* c. *Commissione,* ECLI:EU:T:2015:739; del 19 aprile 2016, causa T-44/14, *Costantini* c. *Commissione,* ECLI:EU:T:2016:223; del 3 febbraio 2017, causa T-646/13, *Minority SafePack* c. *Commissione,* ECLI:EU:T:2017:59; del 10 maggio 2017, causa T-754/14, *Efler* c. *Commissione,* ECLI:EU:T:2017:323; del 23 aprile 2018, causa T-561/14, *One of Us e a.* c. *Commissione*, ECLI:EU:T:2018:210; nonché l'ordinanza del 21 ottobre 2016, causa T-50/16, *Ungheria* c. *Commissione,* ECLI:EU:T:2016:655; la sentenza del 12 settembre 2017, C-589/15 P, *Anagnostakis* c. *Commissione,* ECLI:EU:C:2017:663.

In effetti, con la sua pronuncia, la Corte, annullando in sede di *pourvoi* la sentenza con cui il Tribunale[4] aveva ritenuto legittimo il diniego di registrazione dell'ICE da parte della Commissione[5], sembra operare, per le ragioni che si dirà, un ridimensionamento della discrezionalità dell'istituzione nella fase di avvio del procedimento.

Le conclusioni dell'Avvocato generale, invece, intervenendo nel *pourvoi* proposto contro la sentenza del Tribunale[6]che aveva rigettato l'impugnazione dell'atto con cui la Commissione aveva reso noto di non intendere presentare alcuna proposta di atto giuridico, consentono una più compiuta valutazione delle finalità dello strumento dell'ICE e della discrezionalità accordata all'istituzione nella seconda fase procedimentale.

Ciò detto, tralasciando aspetti più strettamente attinenti al merito di ciascuno dei casi menzionati, nei paragrafi seguenti si proverà a tracciare il perimetro degli oneri probatori gravanti sui proponenti di un'ICE nonché dei corrispondenti poteri di valutazione riconosciuti alla Commissione.

2. La causa *Balázs-Árpád Izsák e Attila Dabis c. Commissione* trae origine dall'impugnazione *ex* art. 263 TFUE della decisione con cui la Commissione aveva negato la registrazione dell'iniziativa denominata "Politica di coesione per l'uguaglianza delle regioni e la preservazione delle culture regionali". Tale iniziativa era intesa a far sì che la politica di coesione dell'Unione europea rivolgesse un'attenzione particolare alle regioni le cui caratteristiche etniche, culturali, religiose o linguistiche differissero rispetto a quelle delle regioni circostanti. I proponenti richiedevano, pertanto, che la coesione economica, sociale e territoriale delle regioni a minoranza nazionale fosse salvaguardata, in maniera tale da non pregiudicarne un corretto sviluppo e salvaguardarne la diversità culturale.

Sulla scorta di tali premesse, invocando gli articoli da 174 TFUE a 178 TFUE, richiedevano, anche attraverso la presentazione delle "informazioni supplementari" previste dal regolamento 211/2011, l'adozione di un atto che, previa definizione di regioni a minoranza nazionale, consentisse a quest'ultime la possibilità di accesso ai fondi, alle risorse e ai programmi della politica di coesione dell'Unione pari a quella delle regioni attualmente ammissibili.

La Commissione, di contro, aveva ritenuto che da "un'analisi approfondita delle disposizioni dei Trattati citate, nonché in tutte le altre basi giuridiche possibili", la proposta esulasse manifestamente dalla sua competenza a presentare una proposta di atto legislativo dell'Unione ai fini dell'applicazione dei Trattati.

Avverso tale decisione il comitato dei cittadini aveva proposto ricorso *ex* art. 263 TFUE adducendo come unico motivo, sebbene articolato in più censure, la

[4] Sentenza del 10 maggio 2016, causa T-529/13, *Balázs-Árpád Izsák e Attila Dabis* c. *Commissione,* ECLI:EU:T:2016:282.

[5] Decisione del 25 luglio 2013, C (2013) 4975 final, reperibile all'indirizzo ec.europa.eu/citizens-initiative/public/documents/1035/C_2013_497_public.pdf.

[6] Sentenza *One of Us*, cit. Il caso ha assunto una denominazione differente in sede di *porvoi* in quanto in primo grado il ricorso era stato proposto oltre che dai componenti del comitato dei cittadini, i quali sono i ricorrenti anche in appello, anche dall'entità denominata *One of Us*, dal nome dell'ICE. Limitatamente al ricorso di quest'ultima il Tribunale si è espresso per l'irricevibilità.

violazione dell'art. 4, par. 2, del Regolamento 211/2011, letto anche in combinato disposto con altre disposizioni del Trattato, quali gli articoli 174 e 167 TFUE.

Il Tribunale, dal canto suo, facendo leva sull'obbligo della Commissione di valutare anche le informazioni supplementari fornite dai proponenti dell'ICE all'atto della richiesta di registrazione e ritenendo che queste non avrebbero dovuto considerarsi meri esempi di proposte di provvedimenti, bensì elementi pienamente integranti la proposta, aveva rigettato la censura dei ricorrenti connessa all'errata valutazione da parte della Commissione delle informazioni supplementari[7].

Analogamente, partendo dal rilievo che la politica di coesione dell'Unione rientra tra le competenze concorrenti e che, nell'esercitarla, le istituzioni devono rispettare l'identità nazionale degli Stati membri insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, i giudici del Tribunale avevano altresì statuito che la Commissione aveva "correttamente considerato che gli articoli 174, 176 e 178 TFUE non po[tevano] costituire basi giuridiche per adottare l'atto proposto"[8].

Per avvalorare ulteriormente le proprie conclusioni, il Tribunale aveva altresì evidenziato che i ricorrenti non avevano dimostrato né che l'attuazione della politica di coesione dell'Unione, così come realizzata sia da quest'ultima che dagli Stati membri, minacciasse le caratteristiche specifiche delle regioni a minoranza nazionale[9]; né tanto meno che le caratteristiche etniche, culturali, religiose o linguistiche specifiche delle regioni a minoranza nazionale ostacolassero sistematicamente il loro sviluppo economico rispetto a quello delle regioni circostanti in una maniera tale da qualificare tali caratteristiche come "gravi e permanenti svantaggi demografici" ai sensi dell'art. 174 TFUE[10].

Diverso da quello appena descritto e sicuramente peculiare rispetto a tutti gli altri procedimenti giurisdizionali introdotti sino ad oggi è, invece, il caso dal quale trae origine la causa *Puppinck c. Commissione* in cui ad essere contestata non era la decisione di mancata registrazione quanto piuttosto la comunicazione contenente le valutazioni della Commissione all'esito del completamento dell'*iter* procedimentale.

In effetti, l'ICE, denominata "*One of Us*" non solo era stata regolarmente registrata dalla Commissione ma aveva altresì concluso l'*iter* di raccolta delle sottoscrizioni con un numero di dichiarazione di sostegno quasi doppio rispetto al milione necessario per il buon esito del procedimento. Nonostante l'ampio consenso riscosso dall'iniziativa, che si prefiggeva di proteggere giuridicamente la dignità, il diritto alla vita e l'integrità di ogni essere umano fin dal concepimento e di porre una serie di divieti al finanziamento da parte dell'UE di attività di studio e ricerca implicanti la distruzione di embrioni, la Commissione, con la comunicazione[11] adottata a norma dell'art. 10 del regolamento 211/2011, aveva reso noto che non avrebbe adottato alcuna proposta in linea con le misure richieste.

In tale contesto, il Tribunale aveva rigettato il ricorso *ex* art. 263 TFUE introdotto dal comitato dei cittadini affermando che la Commissione non è tenuta a

7 Sentenza *Balázs-Árpád Izsák e Attila Dabis* c. *Commissione*, cit., punti 50-54.
8 Sentenza *Balázs-Árpád Izsák e Attila Dabis* c. *Commissione*, cit., punto 72.
9 *Ibidem*, punto 81.
10 *Ibidem*, punto 89.
11 Comunicazione della Commissione del 28 maggio 2014 sull'iniziativa dei cittadini "Uno di noi", COM(2014) 355 final.

intraprendere l'azione specifica proposta dall'ICE e che tale conclusione non è messa in discussione dall'esistenza della procedura di registrazione di una proposta[12].

3. Prima di passare alla disamina delle questioni connesse al merito, appare interessante soffermarsi brevemente su alcuni aspetti sottesi ai procedimenti in commento più strettamente attinenti alle regole del contenzioso dell'Unione europea.

Un primo elemento degno di nota emerge dalla lettura della sentenza resa nel caso *Balázs-Árpád Izsák e Attila Dabis* c. *Commissione* ed attiene alla presa di posizione della Corte in merito alla richiesta di riapertura della fase orale del procedimento.

Nel caso di specie, una particolarità discende dalla constatazione che detta richiesta, formulata dopo il deposito delle conclusioni dell'Avvocato generale, non è stata avanzata, come in genere accade, da una delle parti principali bensì dalla Romania che, insieme a Grecia e Slovacchia era intervenuta nel procedimento a sostegno della Commissione[13].

Dalla motivazione della sentenza[14] si apprende che lo Stato membro, a fondamento della propria richiesta, adduceva l'introduzione da parte dell'Avvocato generale, nelle sue conclusioni, di due argomenti non discussi dalle parti nel corso del procedimento.

La Romania, in particolare, da un lato, si doleva dell'inclusione delle regioni a minoranza nazionale nella categoria delle regioni transfrontaliere previste all'art. 174, terzo comma, TFUE; dall'altro, dell'affermazione che il riferimento alle regioni di cui all'art. 174 TFUE avrebbe potuto mettere in discussione la conclusione secondo cui tale articolo avrebbe potuto trovare applicazione conformemente alla situazione politica, amministrativa e istituzionale degli Stati membri ai sensi dell'art. 4, par. 2, TFUE.

La posizione dello Stato membro, tuttavia, non ha trovato accoglimento da parte della Corte. Sul punto, l'*iter* argomentativo dei giudici di Lussemburgo muove dal ricordare che la riapertura della fase orale può essere disposta in qualunque momento ove risulti necessario decidere la causa sulla base di argomenti non oggetto di contraddittorio tra le parti[15] e che la Corte non è affatto vincolata a seguire le conclusioni dell'Avvocato generale, il quale esercita la propria attività in assoluta indipendenza[16].

I giudici del Kirchberg, in definitiva, applicano lo schema argomentativo classico inaugurato con l'ordinanza resa nel caso *Emesa Sugar*[17] e ripreso anche in altre

12 Sentenza *One of Us*, cit., punto 116.

13 Nel procedimento dinanzi al Tribunale, detti Stati membri erano intervenuti a sostegno della Commissione mentre l'Ungheria era intervenuta a sostegno dei ricorrenti. Nel procedimento dinanzi alla Corte, invece, la Grecia non ha presentato osservazioni.

14 *Ibidem,* punto 22.

15 Tale facoltà è oggi codificata dall'art. 83 del regolamento di procedura della Corte di giustizia e, con modalità analoghe, dall'art. 113 del regolamento di procedura del Tribunale.

16 Sul punto v. le sentenze del 18 luglio 2013, cause C584, C-593 e C-595/10 P, *Commissione e a.* c. *Kadi*, ECLI:EU:C:2013:518, punto 57; del 6 ottobre 2015, causa C303/13 P, *Commissione* c. *Andersen*, ECLI:EU:C:2015:647, punto 33; del 22 novembre 2012, C-89/11 P, *E.On Energie c. Commissione*, ECLI:EU:C:2012:738, punto 62.

17 Ordinanza del 4 febbraio 2000, causa C-17/98, *Emesa Sugar,* ECLI:EU:C:2000:70. In detto procedimento la ricorrente, operando un parallelo con la sentenza della Corte EDU del 20 febbraio 1996, *Vermeulen* c. *Belgio*, in cui era stata constatata la violazione del diritto a un processo in contraddittorio in

occasioni [18] in cui, con argomentazioni succinte, hanno ritenuto di rigettare analoghe richieste di riapertura della fase orale finalizzate a replicare alle conclusioni dell'Avvocato generale.

In effetti, nell'ordinamento dell'Unione europea non sussiste un diritto di replica alle conclusioni di quest'ultimo[19] e ciò sia perché non risulterebbe compatibile con il suo ruolo di *amicus curiae*[20], sia perché implicherebbe come corollario il diritto di replica anche per le altre parti, con un evidente aggravio dei tempi complessivi di procedura[21].

Pertanto, come rilevato nella giurisprudenza *E.ON Energie,* per altro richiamata nel caso di specie, e *Vnuk*, il mero disaccordo delle parti con le conclusioni dell'Avvocato generale non costituisce elemento sufficiente a giustificare la riapertura della fase orale[22] e ciò neanche laddove l'accoglimento delle stesse potrebbe portare a conseguenze non oggetto di discussione, come la limitazione nel tempo degli effetti della sentenza[23].

Nel caso in commento, tuttavia, il rigetto della richiesta di riapertura della fase orale della Corte non si arresta, come nei precedenti citati, ad una valutazione meramente procedurale ma si spinge anche nel merito attraverso la constatazione di un'errata lettura delle conclusioni da parte della Romania[24].

La Corte, infatti, rileva che il ragionamento dell'Avvocato generale esposto ai paragrafi contestati dallo Stato membro fosse in realtà connesso alla possibilità di qualificare le regioni a minoranza nazionale come regioni con svantaggi demografici gravi e permanenti ai sensi dell'art. 174 TFUE e alla possibilità di considerare l'elenco figurante in tale disposizione come meramente indicativo o esaustivo, tutti argomenti ampiamente dibattuti nel corso della causa.

Un secondo aspetto, che non sembra essere stato oggetto di ulteriore contestazione in sede di *pourvoi* e che quindi resta solo sullo sfondo del procedimento

ragione dell'impossibilità derivante dalle regole processuali dello Stato in questione di replicare al parere reso "in assoluta e rigorosa obiettività" dal pubblico ministero, aveva invocato l'applicazione del principio di diritto anche alle conclusioni dell'Avvocato generale.

[18] È prassi per la Corte di giustizia ricorrere a una ordinanza separata per il caso in cui dovesse ritenere di accogliere la richiesta di riapertura della fase orale, limitandosi, invece, a dar conto nella sentenza, con motivazione succinta, dell'eventuale rigetto dell'istanza. Per una disamina più ampia dello strumento della riapertura della fase orale v. M. Borraccetti, *Art. 83 del Regolamento di procedura della Corte di giustizia,* in C. Amalfitano, M. Condinanzi, P. Iannuccelli (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea*, Napoli, 2017, p. 562.

[19] Per una disamina più ampia si rinvia a C. Curti Gialdino, *Il diritto di replica alle conclusioni degli avvocati generali della Corte di giustizia dell'Unione europea*, Milano, 2012.

[20] In tal senso si esprime E. Urzì, *L'istituto della riapertura della fase orale nell'ambito del rinvio pregiudiziale nel nuovo regolamento di procedura della Corte di giustizia*, in C. Amalfitano, M. Condinanzi, *La Corte di giustizia dell'Unione europea oltre i Trattati: la riforma organizzativa e processuale del triennio 2012-2015*, Milano, 2018, p. 151.

[21] Sul punto si segnala E. Urzì, *L'istituto della riapertura della fase orale nell'ambito del rinvio pregiudiziale nel nuovo regolamento di procedura della Corte di giustizia*, cit., p. 151; P. Iannuccelli, *Apertura e riapertura della fase orale nell'ambito del rinvio pregiudiziale: qualche spunto di riflessione*, in *La Corte di giustizia dell'Unione europea oltre i Trattati*, cit., p. 174.

[22] Sentenza *E.On Energie* c. *Commissione*, cit., punto 62.

[23] Sentenza del 4 settembre 2014, causa C-162/13, *Vnuk,* ECLI:EU:C:2014:2146.

[24] Sentenza *Balázs-Árpád Izsák e Attila Dabis* c. *Commissione*, cit., punto 27.

Puppninck c. Commissione, attiene invece, alla impugnabilità della comunicazione *ex* art. 10 del regolamento 211/2011 dell'istituzione.

In effetti, la questione aveva trovato ampia discussione nel corso del procedimento di primo grado in cui, pur in assenza della formalizzazione di una vera e propria eccezione d'irricevibilità[25], la Commissione aveva avanzato la tesi secondo cui, per forma e natura, l'atto in questione non sarebbe stato destinato a produrre alcun effetto giuridico obbligatorio né avrebbe determinato l'insorgenza di alcun obbligo costituendo una mera esternalizzazione della propria posizione.

A tal fine, l'istituzione aveva ritenuto di poter equiparare la comunicazione alle linee direttrici adottate in materia di concorrenza ovvero alle comunicazioni interpretative in materia di appalti pubblici ritenute entrambe dalla Corte di giustizia atti non impugnabili[26].

Il Tribunale, di contro, valorizzando il fatto che il Regolamento che disciplina l'ICE contempla una serie di oneri a carico dei proponenti in tutte le fasi, nonché, a carico della Commissione, obblighi di controllo e di motivazione delle proprie valutazioni, ha ritenuto ricevibile il ricorso qualificando la comunicazione adottata ai sensi dell'art. 10 del regolamento 211/2011 un atto suscettibile di produrre effetti giuridici nei confronti dei proponenti.

Sul punto, in ragione della mancata impugnazione della statuizione del Tribunale da parte della Commissione, è dato riscontrare una sostanziale adesione da parte dell'istituzione.

4. La decisione resa nel caso *Balázs-Árpád Izsák e Attila Dabis* c. *Commissione* si mostra interessante soprattutto per la corretta delimitazione degli oneri ricadenti in capo ai proponenti di un'ICE nella fase di registrazione. In effetti, affinché una proposta possa essere registrata dalla Commissione, presupposto necessario, ai sensi dell'art. 4, par. 2, lett. *b)* del regolamento 211/2011, è che la proposta non esuli manifestamente dalla competenza dell'istituzione a presentare una proposta di atto giuridico.

Ciò detto, in assenza di una chiara definizione della portata dell'onere probatorio di tale circostanza da parte del detto regolamento, la Commissione, almeno sino ad oggi, ha mostrato un atteggiamento particolarmente rigoroso nella valutazione della condizione di registrazione.

La questione è stata affrontata dalla sentenza del Tribunale impugnata nel caso in commento dai ricorrenti i quali, tra i motivi di ricorso, contestavano proprio la valutazione effettuata dai giudici di primo grado.

In effetti, nel rigettare il ricorso del comitato dei cittadini, i giudici del Tribunale avevano rilevato la mancata dimostrazione di due diversi profili: da un lato, che l'attuazione della politica di coesione, sia da parte delle istituzioni che degli Stati

[25] Ai sensi del regolamento di procedura vigente, qualora la Commissione avesse voluto proporre una formale eccezione d'irricevibilità avrebbe dovuto presentarla con atto separato nel momento della sua costituzione in giudizio. La mancata formalizzazione dell'eccezione, tuttavia, non impedisce comunque alla giurisdizione adita di valutare se l'atto impugnato rientri tra quelli suscettibili di essere sottoposti a sindacato giurisdizionale.

[26] A sostegno della propria posizione la Commissione invocava in particolare le sentenze del 6 aprile 2000, causa C-443/97, *Spagna* c. *Commissione*, ECLI:EU:C:2000:190 e del Tribunale del 20 maggio 2010, causa T-258/06, *Germania c. Commissione,* ECLI:EU:T:2010:214.

membri, potesse minacciare le caratteristiche specifiche delle regioni a minoranza nazionale[27]; dall'altro, che le caratteristiche etniche, culturali, religiose e linguistiche di tali regioni potessero qualificarsi come svantaggio demografico grave e permanente ai sensi dell'art. 174 TFUE[28], in particolare, e con una certa sistematicità, rispetto alle regioni circostanti[29].

L'errore contestato al Tribunale, in definitiva, consisteva nell'aver trattato come una questione di fatto, ed in quanto tale soggetta all'assolvimento dell'onere probatorio da parte dei ricorrenti, la dimostrazione dell'idoneità degli articoli posti a fondamento dell'ICE a fungere da base giuridica per l'adozione dell'atto proposto.

Contrariamente a quanto affermato dalla Commissione, sostenuta dalla Romania e dalla Slovacchia, che deduceva l'impossibilità di rimettere in discussione in sede di *pourvoi* la statuizione sul punto, la Corte ha evidenziato la sussistenza di un errore in diritto da parte del Tribunale.

Secondo i giudici della massima giurisdizione di Lussemburgo, infatti, la questione se la misura richiesta dall'ICE possa rientrare nella competenza della Commissione a presentare una proposta di atto giuridico e, in quanto tale, essere registrata ai sensi dell'art. 4, par. 2, lett. *b)*, reg. 211/2011, non costituisce una mera valutazione di fatto bensì una questione di interpretazione e di applicazione delle disposizioni del Trattato e, quindi, una questione di diritto.

Seguendo sul punto quanto affermato dall'Avvocato generale Mengozzi[30], la Corte ha quindi constatato la commissione di un errore da parte del Tribunale[31].

Quanto rilevato implica che, essendo la valutazione della sussistenza della condizione di registrazione di cui all'art. 4, par. 2, lett. *b)*, del regolamento (UE) 211/2011 strettamente connessa all'interpretazione delle disposizioni dei Trattati, sono irrilevanti, almeno nella fase di registrazione della proposta, le motivazioni addotte dal comitato dei cittadini a sostegno delle misure richieste con l'ICE dovendo l'analisi della Commissione limitarsi alla valutazione se le siffatte misure, previste in astratto, possano essere adottate sul fondamento dei Trattati.

Detta conclusione della Corte si fonda anche sulla valorizzazione, nonostante la posizione di segno inverso della Repubblica Slovacca[32], della formulazione letterale dell'art. 4, par. 2, lett. b) del regolamento (UE) 211/2011 e, in particolare, sull'utilizzazione da parte del legislatore europeo dell'avverbio "manifestamente".

5. Quanto rilevato al punto precedente, consente agevolmente di passare alla disamina di un altro aspetto di fondamentale importanza nell'economia dei provve-

27 Sentenza *Árpád Izsák e Attila Dabis* c. *Commissione*, cit., punto 81.

28 *Ibidem*, punto 85.

29 *Ibidem*, punto 87.

30 Conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi alla causa C-420/16 P, *Balázs-Árpád Izsák e Attila Dabis* c. *Commissione*, ECLI:EU:C:2018:816, punti 35-38.

31 Sentenza del 7 marzo 2019, causa C-420/16 P, *Balázs-Árpád Izsák e Attila Dabis* c. *Commissione*, ECLI:EU:C:2019:177, punto 60.

32 Tale Stato membro, intervenuto nella procedura a sostegno della Commissione, aveva asserito che l'art. 4, par. 2, lett. b), del regolamento (UE) 211/2011 non potesse interpretarsi nel senso di imporre alla Commissione, nella fase di registrazione dell'ICE, un mero controllo *prima facie* della proposta solo per l'utilizzazione dell'avverbio "manifestamente".

dimenti in commento e, più in generale, per il corretto funzionamento dello strumento partecipativo dei cittadini.

Il riferimento è rivolto alla delimitazione della discrezionalità di cui gode la Commissione nelle diverse fasi in cui si articola il procedimento dell'ICE.

Per quanto concerne la fase di registrazione, in altra sede[33] è stato già rilevato che, per quanto sia indubbiamente utile un test di ammissibilità della proposta in una fase preliminare del procedimento e, in particolare, prima dell'avvio della raccolta delle sottoscrizioni[34], un controllo eccessivamente rigoroso da parte della Commissione rischierebbe di porsi in contrasto con quanto previsto dal Trattato e con le intenzioni del legislatore europeo.

La valutazione richiesta all'istituzione in fase di registrazione, quindi, dovrebbe operare su un piano più strettamente giuridico e limitarsi alla verifica che le azioni richieste dai proponenti non siano "in modo manifesto" al di fuori delle competenze attribuite dal trattato.

Diversamente, qualora si consentisse alla Commissione di effettuare valutazioni più ampie, implicanti anche eventuali ricadute pratiche scaturenti dalle misure richieste, come il rapporto con altri strumenti normativi vigenti, l'apprezzamento dell'istituzione si estenderebbe anche su un piano politico che, invece, dovrebbe essere tenuto, almeno in questa fase, distinto.

D'altronde, anche dall'economia generale del regolamento (UE) 211/2011 si intravede l'intenzione del legislatore di differire ogni valutazione di natura politica ad un momento successivo rispetto a quello della registrazione prevedendo un nuovo coinvolgimento della Commissione all'esito del positivo completamento della raccolta delle sottoscrizioni necessarie per la presentazione dell'ICE[35]. L'istituzione, infatti, secondo quanto previsto dall'art. 10, dopo aver ricevuto "ad un livello adeguato" gli organizzatori ed aver consentito loro di esporre in dettaglio le tematiche sollevate dalla proposta, è chiamata ad adottare una comunicazione in cui dar conto delle proprie conclusioni e delle iniziative cui intende dar seguito.

Condivisibile, pertanto, si mostra la posizione assunta dalla Corte nel caso *Balázs-Árpád Izsák e Attila Dabis* c. *Commissione* in cui, richiamando in premessa il concetto già affermato nella propria giurisprudenza *Anagnostakis c. Commissione*[36] secondo cui l'obiettivo dell'ICE è quello di incoraggiare la partecipazione dei cittadini e rendere l'Unione più accessibile, ha precisato che la Commissione, investita di una proposta di ICE, è tenuta ad interpretare e ad applicare la condizione di registrazione di cui all'art. 4, par. 2, lett. b), in modo da assicurare un facile accesso

[33] Sia consentito il rinvio a A. Maffeo, *Il procedimento dell'iniziativa dei cittadini europei tra presente e futuro*, in R. Mastroianni, A. Maffeo, *L'iniziativa dei cittadini europei*, Napoli, 2015, p. 75.

[34] Laddove la valutazione dell'ammissibilità fosse interamente rinviata a un momento successivo, ad esempio all'esito della raccolta del milione di sottoscrizioni, sarebbe elevato il rischio di ripercussioni negative sull'immagine e sulla percezione, da parte dei cittadini, della democraticità del sistema dell'Unione, per altro da sempre messo in discussione, e ciò soprattutto nel caso di dichiarazioni di irricevibilità.

[35] Ai sensi dell'art. 10 del regolamento (UE) 211/2011, infatti, una volta ricevuta una iniziativa corredata dei certificati delle sottoscrizioni così come previsto dal precedente art. 9, la Commissione è tenuta a ricevere gli organizzatori per consentire loro di esporre in dettaglio le tematiche sollevate dall'iniziativa e, entro il termine di tre mesi, adottare una comunicazione con le proprie conclusioni giuridiche e politiche.

[36] Cfr. la sentenza *Anagnostakis c. Commissione*, cit., punto 49.

all'ICE, potendo rifiutarne la registrazione solo se la proposta esuli manifestamente dall'ambito della sua competenza[37].

La pronuncia, pertanto, riduce notevolmente il margine di discrezionalità della Commissione nella fase di registrazione.

Tale discrezionalità, di contro, come dimostra il caso *Puppinck* c. *Commissione*, si espande nuovamente nella fase conseguente al positivo completamento della raccolta delle dichiarazioni di sostegno necessarie per la riuscita dell'ICE e, dunque, alla formale presentazione.

In effetti, come evidenziato dal Tribunale[38] e come ampiamente e più dettagliatamente illustrato anche dall'Avvocato generale Bobek nelle conclusioni in commento[39], l'iniziativa dei cittadini europei non differisce dalla facoltà di cui godono Consiglio e Parlamento europeo, rispettivamente in virtù degli articoli 241 e 225 TFUE, di "chiedere" alla Commissione di presentare una proposta in una determinata materia.

L'art. 11, par. 4, TUE, infatti, nel riferirsi al diritto d'iniziativa dei cittadini europei utilizza una formulazione testuale sostanzialmente sovrapponibile a quella dei citati articoli 225 e 241 TFUE.

La norma, invero, prevede che i cittadini possano prendere "l'iniziativa di invitare" la Commissione a presentare una proposta di atto giuridico.

Ne consegue che, anche dal punto di vista testuale, quella dei cittadini non può che essere ricondotta a una mera richiesta di agire rivolta alla Commissione in capo alla quale, tuttavia, non sembra possibile far discendere un preciso obbligo di agire.

Come ben chiarito dall'Avvocato generale Bobek, infatti, un "invito" è indicativo dell'esercizio di un "potere", di una "facoltà" che, però, non implica un "dovere" di agire in capo all'istituzione[40].

Pertanto, nella fase successiva alla formale presentazione di un'ICE che abbia ottenuto il numero minimo di sottoscrizioni, la Commissione, a differenza di quanto accade nella fase di registrazione, avrà un ampio potere discrezionale e potrà autonomamente decidere se dar seguito o meno "all'invito" dei cittadini.

Tale interpretazione si mostra certamente rispondente al "quasi monopolio" accordato dai Trattati all'istituzione nella presentazione delle proposte di atti giuridici in virtù del quale, purché la scelta intervenga prima della deliberazione in seno al Consiglio, l'istituzione può finanche ritirare una proposta già effettuata, come per altro confermato dalla giurisprudenza della Corte[41].

Conseguentemente, così come nel caso in cui la sollecitazione di una proposta di atto normativo provenga dal Consiglio o dal Parlamento europeo l'unica obbligazione gravante sulla Commissione consiste nella motivazione delle proprie determinazioni, anche nel caso dell'ICE l'unico obbligo gravante in capo all'istituzione sarà quello di prendere posizione in modo effettivo sulle richieste sollecitate dai cittadini.

---

37 Cfr. la sentenza *Balázs-Árpád Izsák e Attila Dabis c. Commissione*, cit., punto 64.

38 Cfr. la sentenza *One of Us*, cit., punto 113.

39 Conclusioni dell'Avvocato generale Bobek del 29 luglio 2019 alla causa C-418/18 P, *Puppinck e a.* c. *Commissione*, ECLI:EU:C:2019:640, punto 29.

40 *Ibidem*, punto 37.

41 Cfr. la sentenza del 14 aprile 2015, C-409/13, *Consiglio c. Commissione*, ECLI:EU:C:2015:217, punto 96.

Ad ulteriore conferma della sussistenza di un'ampia discrezionalità per la Commissione nel valutare le azioni da mettere in atto all'esito di un'ICE e finanche di astenersi dal porre in essere qualsivoglia iniziativa è possibile invocare altresì la formulazione letterale dell'art. 10, par. 1, lett. c), del regolamento (UE) 211/2011. La norma, infatti, prevede che nella comunicazione da adottare all'esito del positivo iter di raccolta delle sottoscrizioni, l'istituzione debba rendere note le "eventuali" azioni che intende intraprendere e i suoi motivi "per agire o meno".

6. Prima delle pronunce in commento, il contenzioso in materia di ICE si era concentrato quasi esclusivamente sulla valutazione della consistenza dell'obbligo di motivazione gravante sulla Commissione nell'adozione delle decisioni di rifiuto di registrazione delle iniziative. Tale giurisprudenza, come affermato in altra sede[42], evidenziava come l'obbligo di motivazione, applicabile orizzontalmente a tutti gli atti delle istituzioni, assumesse una particolare rilevanza, con conseguente necessità di un maggior rigore, laddove l'atto fosse stato idoneo ad incidere negativamente sui diritti connessi alla cittadinanza europea tra i quali, come è noto, va annoverato anche quello di presentazione di un'ICE.

Difatti, solo attraverso una rigorosa motivazione, i cittadini possono essere messi nella condizione di valutare che la propria istanza sia stata adeguatamente valutata dalla Commissione e, se del caso, soprattutto nell'eventualità di mancata registrazione di un'ICE, presentare una nuova proposta depurata dagli elementi ostativi.

In tale contesto, la sentenza della Corte nel caso *Balázs-Árpád Izsák e Attila Dabis* c. *Commissione* e, in attesa della pronuncia dei giudici di Lussemburgo, anche le conclusioni dell'Avvocato generale Bobek nel caso *Puppinck* c. *Commissione* arricchiscono notevolmente il contezioso in materia di ICE in quanto consentono un più compiuto inquadramento delle finalità e delle potenzialità dello strumento partecipativo.

In effetti, come per altro evidenziato anche in alcuni studi commissionati dal Parlamento europeo[43], un'interpretazione troppo rigorosa e restrittiva delle condizioni di registrazione di una proposta di ICE e, in particolare, del requisito di cui all'art. 4, par. 2, lett. b) del regolamento (UE) 211/2011, così come il riconoscimento alla Commissione della facoltà di non dar seguito ad alcuna azione, anche laddove l'ICE abbia raggiunto il sostegno necessario, rischierebbe di privare lo strumento di attrattività da parte dei cittadini.

Tenuto conto degli oneri organizzativi ed economici interamente ricadenti sul comitato promotore è verosimile immaginare che, laddove l'approccio della Commissione dovesse essere sempre quello di non presentare alcuna proposta, il senso di frustrazione e l'apparente inutilità del percorso intrapreso potrebbe indurre rapidamente ad una disaffezione nei confronti dello strumento aumentando la percezione di lontananza dell'Unione dai suoi cittadini.

Tuttavia, una tale conclusione rischierebbe di non tenere in adeguata considerazione il contesto istituzionale in cui si inserisce l'ICE.

---

[42] Sia consentito il rinvio a A. Maffeo, *L'obbligo di motivazione degli atti dell'Unione europea letto attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Federalismi.it*, 2018, p. 18.

[43] Cfr. Parlamento europeo, *Implementation of the European Citizens' Initiative. The experience of the first three years*, 2015, reperibile all'indirizzo europarl.europa.eu/thinktank, nonché *L'initiative citoyenne européenne – Premières leçons tirées de la mise en œuvre. Étude*, 2014.

Il sistema dell'UE, infatti, come ricordato anche dall'Avvocato generale Bobek[44], si fonda, oltre che sul principio di attribuzione delle competenze, sull'importante principio dell'equilibrio istituzionale che comporta quale implicazione pratica che spetta alla Commissione decidere in merito alla presentazione di una proposta di atto legislativo determinandone l'oggetto, la finalità e il contenuto[45].

Conseguentemente, ritenere la Commissione obbligata a presentare una proposta normativa in seguito al positivo esperimento del procedimento di cui al regolamento (UE) 211/2011, si porrebbe in contrasto con l'impianto generale dei Trattati e, in particolare, con il ricordato mandato dell'istituzione di promuovere l'interesse generale dell'Unione, sancito dall'art. 17, par. 1, TUE, nonché con la previsione di piena indipendenza riconosciuta al successivo par. 3 della medesima disposizione.

Se, tuttavia, per i motivi appena evidenziati, la Commissione non può ritenersi in alcun modo vincolata a dar seguito alla presentazione della proposta sollecitata con un'ICE, potrebbero legittimamente sorgere dubbi circa la reale utilità di tale strumento.

Tuttavia, esaminando le disposizioni che regolano l'istituto e prendendo in considerazione anche le specificità dell'ordinamento dell'Unione, è possibile ritenere che la vera finalità dell'ICE sia quella di consentire la partecipazione dei cittadini al dibattito politico delle istituzioni.

Riconoscendo ai cittadini, laddove l'iniziativa abbia ottenuto almeno un milione di dichiarazioni di sostegno, di essere ricevuti dalla Commissione "ad un livello adeguato" per esporre le ragioni della proposta, nonché garantendo anche un'audizione presso il Parlamento europeo, è verosimile ritenere che il legislatore abbia voluto offrire una opportunità di partecipazione diretta al dialogo politico istituzionale.

In tal modo intesa, l'ICE, anche laddove la Commissione dovesse ritenere di non dar seguito alla proposta, avrebbe raggiunto comunque l'obiettivo di portare i cittadini a dialogare in un rapporto paritetico con le istituzioni.

Affinché tale dialogo possa effettivamente concretizzarsi è, tuttavia, indispensabile che i cittadini siano messi nella condizione di poter presentare le proprie ragioni per cui è sicuramente condivisibile la limitazione del margine di discrezionalità della Commissione nella fase di registrazione dell'ICE ai soli aspetti di natura giuridica, circoscrivendo le ipotesi di diniego ai soli casi in cui la proposta esuli "manifestamente" dalle competenze accordate dal Trattato.

Altrettando fondamentale resta, inoltre, l'obbligo di motivazione delle proprie posizioni[46] posto a carico della Commissione che diventa maggiormente stringente

---

[44] Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Bobek del 29 luglio 2019 alla causa C-418/18 P, *Puppinck e a.* c. *Commissione*, punto 46.

[45] In tal senso la sentenza *Consiglio* c. *Commissione*, cit., punti 64 e 70; nonché del 6 settembre 2017, cause riunite C-643 e C-647/15, *Repubblica Slovacca e Ungheria* c. *Consiglio*, ECLI:EU:C:2017:631, punto 146.

[46] La motivazione degli atti adottati dalla Commissione nel contesto dell'iniziativa dei cittadini europei assume una rilevanza particolare tenuto conto della potenziale incidenza negativa dell'atto su un diritto, quale quello di partecipare alla definizione delle iniziative legislative, strettamente connesso alla cittadinanza dell'Unione che il legislatore del Trattato di Lisbona ha inteso apertamente valorizzare. Sul punto e con particolare riferimento alla motivazione delle decisioni di rifiuto di registrazione di un'ICE, v. sentenze *Anagnostakis c. Commissione*, cit., punti 25 e 26; *Anagnostakis c. Commissione* (Corte), cit., punto 34; *Costantini c. Commissione*, cit., punto 72.

con riferimento alla comunicazione *ex* art. 10 regolamento (UE) 211/2011, e ciò sia con riferimento ai motivi politici che giuridici[47].

In definitiva, traendo le fila del discorso, è possibile concordare con l'Avvocato generale Bobek laddove con una colorita metafora afferma che non è possibile vedere un coniglio laddove in realtà vi è un piccione e, quindi, attribuire all'ICE una finalità diversa da quella risultante dal contesto normativo specifico e, più in generale, dal sistema giuridico dell'Unione.

Tuttavia, è pur vero che, per come congeniato, ed in ragione del comportamento della Commissione che ad oggi non ha dato seguito a nessuna delle iniziative riuscite[48], lo strumento potrebbe risultare inidoneo al perseguimento degli obiettivi immaginati dal legislatore.

Pertanto, senza voler immaginare, allo stato attuale, irrealizzabili modifiche del Trattato tese a rivedere il complessivo sistema dell'iniziativa legislativa, ipotizzando l'attribuzione della facoltà di proposta diretta anche all'assemblea parlamentare e, parallelamente, ai cittadini, è innegabile che l'istituto dell'ICE richiederebbe delle implementazioni.

Tra queste un intervento di facile realizzazione che potrebbe incentivare il ricorso allo strumento partecipativo, potrebbe consistere nel riconoscimento della possibilità per i comitati di cittadini di accedere a forme di rimborso delle spese sostenute e documentate per portare avanti l'ICE, almeno nei casi in cui quest'ultima dovesse raggiungere il milione di dichiarazioni di sostegno.

D'altronde, come dimostra il gran numero d'iniziative presentate, i cittadini tengono in grande considerazione l'opportunità di partecipazione diretta alla definizione dell'agenda politica dell'UE e sarebbe un peccato non valorizzare tale entusiasmo.

[47] Sul punto è condivisibile la posizione dell'Avvocato generale Bobek il quale ritiene che, nonostante la previsione di cui al considerando 20 del regolamento (UE) 211/2011, secondo cui i motivi giuridici e politici dovrebbero essere resi "separatamente", non essendo stato tale aggettivo riprodotto anche nel testo dell'art. 10, par. 1, lett. c), del regolamento, non sussiste un obbligo di presentare le conclusioni in sezioni separate. Inoltre, tenuto conto che una prima valutazione giuridica avviene già nella fase di registrazione dell'ICE, in questa seconda fase è verosimile attendersi che la valutazione sia soprattutto di tipo politico, salvo il caso di questioni di diritto come la compatibilità con altri strumenti normativi adottati.

[48] Ad oggi quattro sono quelle riuscite: l'iniziativa "Uno di noi", che si prefiggeva di tutelare gli embrioni; l'iniziativa "*Stop vivisection*" che si prefiggeva di eliminare la sperimentazione animale nell'Unione europea; l'iniziativa "Acqua potabile e servizi igienico-sanitari: un diritto umano universale! L'acqua è un bene comune, non una merce!" che si prefiggeva di tutelare il diritto all'acqua pubblica; e l'iniziativa "Vietare il glifosato e proteggere le persone e l'ambiente dai pesticidi tossici" che si prefiggeva di bandire l'utilizzo del glifosato e adottare una politica relativa all'uso dei pesticidi.

Abstract

Gli oneri ricadenti in capo ai proponenti di un'ICE ed i poteri accordati alla Commissione

L'articolo, attraverso l'analisi della recente sentenza resa nel caso *Balázs-Árpád Izsák e Attila Dabis* c. *Commissione* e delle conclusioni dell'AG Bobek nel caso *Puppinck c. Commissione* opera una ricostruzione dell'onere della prova posto a carico dei proponenti di un'ICE nella fase di registrazione e della discrezionalità accordata alla Commissione sia in tale fase che in quella successiva al positivo completamento della raccolta delle sottoscrizioni necessarie per il buon esito della procedura.

Inoltre, attraverso una disamina della giurisprudenza e del quadro normativo dell'Unione in cui l'ICE s'inserisce, l'articolo opera altresì una ricostruzione dello scopo dello strumento partecipativo dei cittadini europei.

Charges for the Proponents of an ECI and the Commission's Power

The article, analyzing the judgment of the European Court of Justice in the case *Balázs-Árpád Izsák e Attila Dabis v. Commission* and the Opinion of the AG Bobek in the case *Puppinck v. Commission*, carries out a reconstruction of the burden of proof imposed to the citizens' committee in the registration phase of an ECI and of the discretion of the European Commission both in the registration and in post-registration phase.

Moreover, through the EU legal framework and the role of the Commission the article draws an evaluation of the scope of the ECI.

Teresa Maria Moschetta*

La solidarietà interstatuale nella politica energetica dell'Unione europea: note a margine della sentenza del Tribunale *Polonia c. Commissione*

Sommario: 1. Le declinazioni della nozione di solidarietà nelle disposizioni del Trattato di Lisbona. – 2. La nozione di solidarietà energetica secondo l'interpretazione del Tribunale nella sentenza *Polonia c. Commissione*. – 3. La solidarietà energetica negli atti di diritto derivato dell'Unione europea. – 4. Rilievi conclusivi.

1. La solidarietà costituisce un concetto trasversale dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea che trova espressione in numerose disposizioni del Trattato, da cui si evincono molteplici declinazioni di significato, ciascuna riferita alle diverse aree di competenza trasferite a livello sovranazionale. Come rilevato in dottrina, non è ancora possibile individuare una definizione onnicomprensiva del concetto di solidarietà così come contemplato nei trattati né tanto meno è possibile prospettare un suo sviluppo in termini di efficacia giuridica nei confronti dei soggetti destinatari degli atti che sono adottati dalle istituzioni dell'Unione europea. Al momento, infatti, l'indeterminatezza del concetto di solidarietà ha reso possibile tracciare la sua valenza nell'ordinamento dell'Unione solo in una triplice accezione di tipo "costituzionale", "politico" e "funzionale"[1].

* Ricercatore di Diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre.

[1] Sul concetto di solidarietà in generale vedi in dottrina: A.M. Epaminondas, *Solidarity as an Objective of the European Union and the European Community*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 1994, p. 85; R. M. Cremonini, *Il principio di solidarietà nell'ordinamento europeo*, in S. Mangiameli (a cura di), *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, Milano, 2006, p. 435; S. De La Rosa, *La transversalité de la solidarité dans les politiques matérielles de l'Union*, in C. Boutayed (Dir.), *La solidarité dans l'Union européenne*, Paris, 2011, p. 53; A. Sangiovanni, *Solidarity in the European Union*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2013, p. 1; E. Küçük, *Solidarity in EU Law. An Elusive Political Statement or a Legal Principle With Substance?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, p. 965; J. Czuczai, *The Principle of Solidarity in the EU Legal Order – Some Practical Examples After Lisbon*, in J. Czuczai, F. Naert, *The EU as Global Actor – Bringing Legal Theory and Practice*, 2017; E. Dagilyté, *Solidarity: A General Principle of EU Law? Two Variations on the Solidarity Theme*, in A. Biondi (Ed.), *Solidarity in EU Law Legal Principle in the Making*, 2018, p. 61; T.S.B. Sveen, *A Proportionate Solidarity Test?* Ex Ante

Il valore costituzionale della solidarietà implica il suo riconoscimento quale principio generale che la Corte di giustizia desume dalla stessa natura dell'Unione e dal principio di leale cooperazione che impernia le relazioni tra le istituzioni e gli Stati membri. A questo riguardo, occorre ricordare come l'art. 2 TUE richiami la solidarietà quale valore fondante dell'ordinamento dell'Unione europea che sostanzia la partecipazione degli Stati membri al processo d'integrazione sovranazionale, nel perseguimento degli obiettivi comuni. In linea con questa lettura della dimensione valoriale della solidarietà, l'art. 4, par. 3 TUE sancisce un obbligo di reciproca assistenza nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati che si traduce nella responsabilità per gli Stati membri di adottare "ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione" e di astenersi "da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione". In tale prospettiva, pertanto, la solidarietà interstatuale si realizza nel dare concreta attuazione all'obbligo di leale cooperazione[2].

Il valore politico della solidarietà connota un concetto volto a indirizzare l'attività legislativa a livello sovranazionale fornendo un criterio ispiratore delle politiche e degli atti dell'Unione. Siffatta accezione del concetto di solidarietà si rinviene in particolare nelle disposizioni del Trattato che richiamano espressamente "lo spirito di solidarietà" che intercorre tra gli Stati membri. A questo riguardo, l'art. 3 TUE non solo pone la solidarietà tra gli obiettivi che rilevano nella realizzazione del mercato interno ma prevede anche un ruolo attivo dell'Unione nella promozione della solidarietà interstatuale unitamente alla coesione economica, sociale e territoriale[3]. Allo stesso modo, l'art. 24, paragrafi 2 e 3, TUE fonda l'azione in materia di politica estera e di sicurezza comune sullo sviluppo di una reciproca solidarietà politica tra gli Stati membri così come l'art. 67, par. 2, TFUE con riferimento alla politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne[4]. Un

Existence and Ex Post *Application of a Principle of Solidarity in European Union Law*, 2018, European University Institute, Department of Law, disponibile online.

[2] Sul tema vedi: P. Manzini, *La solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea: un panorama "costituzionale"*, in L. Manderieux, M. Vellano (a cura di), *Etique globale, benne governance et droit international économique*, Torino, 2017, p. 137. Come rilevato in dottrina, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha riconosciuto alla solidarietà un valore giuridico nei soli casi in cui ciò era permesso da un'interpretazione teleologica delle disposizioni del trattato. In particolare, essa ha riconosciuto la solidarietà basata sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri quale principio generale desunto dalla natura stessa delle Comunità e dal principio di leale cooperazione tra le istituzioni e gli Stati membri. In tale prospettiva, il dovere di cooperare va oltre l'assolvimento di specifici obblighi del diritto comunitario e si realizza nel dovere di adottare ogni opportuna misura laddove la Comunità non sia riuscita a introdurre una legislazione in un'area assegnata al trattato. Sul tema vedi: P. Mengozzi, C. Morviducci, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Milano, 2018, p. 299 ss; G. Morgese, *La solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea in materia d'immigrazione e asilo*, Bari, 2018, p. 47 ss.

[3] Tali obiettivi trovano poi specificazione nell'art. 174 TFUE che prevede azioni volte a promuovere lo sviluppo armonioso nell'insieme dell'Unione e a ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni e il ritardo delle regioni meno favorite. Sul tema vedi: G. Butler, *Solidarity and Its Limits for Economic Integration in the European Union's Internal Market*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, p. 310.

[4] Con riferimento alla politica estera e di sicurezza comune vedi: P. De Pasquale, S. Izzo, *La politica di sicurezza e di difesa dopo il Trattato di Lisbona tra Unione europea e Stati Membri*, in N. Parisi, M. Fumagalli Meraviglia, A. Santini, D. Rinoldi (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli,

altro ambito in cui rileva lo sviluppo della solidarietà tra Stati concerne la politica economica. Come noto l'art. 120 TFUE prevede che gli Stati membri attuino la loro politica economica allo scopo di contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione di cui all'art. 3 TUE tra cui figura appunto la solidarietà interstatale. Un esplicito riferimento allo spirito di solidarietà tra gli Stati membri si rinviene, infine, nell'art. 194 TFUE in materia di politica energetica[5].

Il valore funzionale della solidarietà concerne il suo carattere proattivo nel rafforzare l'efficacia delle politiche dell'Unione europea. In tale accezione, la solidarietà funge anche da base per azioni di assistenza e di sostegno in casi eccezionali e di emergenza. Ad esempio, in materia di politica estera e di sicurezza comune l'art. 42, par. 7, TUE prevede una clausola di reciproca difesa in caso di attacco subito da uno Stato membro; in materia di controlli alle frontiere, asilo e immigrazione l'art. 80 TFUE sancisce il principio della equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri[6]; in materia di politica economica l'art. 122 TFUE contempla l'adozione di misure adeguate alla situazione economica, in particolare quando sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti[7]. In via generale, inoltre, l'art. 222 TFUE prevede una clausola di solidarietà che si attiva nel caso in cui uno "Stato membro sia oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo"[8].

L'esame delle disposizioni del Trattato di Lisbona in cui rileva la solidarietà interstatuale induce a rilevare come tale nozione sia stata utilizzata dai redattori del Trattato nei settori in cui gli Stati membri tendono a preservare le loro prerogative sovrane. Questo è sicuramente il caso della politica estera e di sicurezza comune in

---

2011, p. 204. Con riferimento alla politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo alle frontiere esterne vedi: A. Gestri, *La politica europea dell'immigrazione: solidarietà tra Stati membri e misure nazionali di regolarizzazione*, in A. Ligustro, G. Sacerdoti (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia, Liber Amicorum in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011, p. 895; J. Bast, *Deepening Supranational Integration: Interstate Solidarity in EU Migration Law*, in *European Public Law*, 2016, p. 289; G. Morgese, *La solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea in materia d'immigrazione e asilo*, op. cit., p. 57 ss.

5 Sulla politica energetica dell'Unione vedi: M. Marletta, *Il Trattato di Lisbona e l'energia*, in N. Parisi, M. Fumagalli Meraviglia, D. Rinoldi, A. Santini (a cura di), *Studi in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, p. 392; M.M. Sokolowki, *European Law on Energy Communities: A Long Way to a Direct Legal Framework*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2018, p. 60. In particolare, sul riferimento alla solidarietà energetica vedi: Y. Petit, *La solidarité énérgetique entre les Etats membres de l'Union européenne: une chimère?,* in *RAE-LEA* 2009-2010/4, p. 771 ss.

6 In tema vedi: G. Morgese, *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione europea*, in G. Caggiano (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione: migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Torino, 2014, p. 365; G. Caggiano, *Alla ricerca di un nuovo equilibrio istituzionale per la gestione degli esodi di massa: dinamiche intergovernative, condivisione delle responsabilità fra gli Stati membri e tutela dei diritti degli individui*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 459.

7 Sulla clausola di reciproca difesa vedi: N.I.M. Nováky, *The Invocation of the European Union's Mutual Assistance Clause: A Call for Enforced Solidarity*, in *European Foreign Affairs Review*, 2017, p. 357.

8 Sulla clausola di solidarietà vedi: A. Alì, *Clausola di solidarietà*, in F. Pocar, M.C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 1214; M. Gestri, *La clausola di solidarietà europea in caso di attacchi terroristici e calamità (art. 222 TFUE)*, in AA.VV, *Studi in onore di Luigi Costato*, Napoli, 2014, p. 537; P. Mengozzi, *Clausola di solidarietà*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 1834; P. Hilpold, *Filling a Buzzword with Life: The Implementation of the Solidarity Clause in Article 222 TFEU*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2015, p. 209.

cui il procedimento decisionale conserva un carattere eminentemente intergovernativo, ma anche delle materie di competenza concorrente su cui ineriscono particolari interessi nazionali. Un esempio in tal senso è offerto proprio dalla definizione di una politica energetica comune che "nel quadro dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno" mira a realizzare gli obiettivi enunciati nell'art. 194 TFUE in "uno spirito di solidarietà tra gli Stati membri". A questo riguardo, occorre rilevare come il riferimento alla solidarietà, che si rinviene nell'art. 194 TFUE, sia stato spesso ricondotto all'ambito applicativo delle clausole di cui agli articoli 122 e 222 TFUE che includono le "crisi energetiche" tra le situazioni suscettibili di attivare meccanismi compensativi o di soccorso per gli Stati membri in difficoltà. Una tale lettura, tuttavia, rischia di non valorizzare adeguatamente la portata giuridica del concetto di "solidarietà intestatale" quale strumento di bilanciamento tra il raggiungimento degli obiettivi comuni e la preservazione di particolari interessi statali[9].

In tale direzione sembra muoversi la pronuncia del Tribunale *Commissione c. Polonia* che – contestualizzata nell'alveo delle competenze normative riconosciute all'Unione europea in materia di energia – offre un interessante spunto di riflessione per interpretare la solidarietà interstatuale in una valenza che vada oltre l'accezione "costituzionale", "politica" e "funzionale" sinora emersa dalla giurisprudenza e dal dibattito dottrinale sul tema[10].

2. Il Tribunale nella sentenza *Polonia c. Commissione*, pronunciandosi in primo grado su un ricorso di annullamento, ha per la prima volta utilizzato il riferimento allo "spirito di solidarietà" espresso nell'art. 194 TFUE quale parametro di legittimità degli atti adottati dalle istituzioni dell'Unione europea e dagli Stati membri nell'esercizio delle rispettive competenze normative in materia. Il caso di specie riguardava la richiesta della Polonia di annullare una decisione adottata dalla Commissione europea con la quale l'organo esecutivo dell'Unione europea aveva confermato la decisione dell'Autorità di regolazione dell'energia tedesca (*Bnetza*) di modificare le condizioni di esenzione delle capacità di trasmissione del gasdotto *Opal* dall'applicazione delle norme sull'accesso di terzi e della regolamentazione tariffaria[11].

[9] L'art. 122 TFUE fa espresso riferimento a carenze nell'approvvigionamento energetico mentre in riferimento all'art. 222 le istituzioni dell'Unione hanno auspicato un'interpretazione della clausola in questione che possa includere nella definizione di "calamità naturale" anche situazioni di gravi carenze energetiche. A questo riguardo vedi Decisione 2014/415/UE del Consiglio, del 24 giugno 2014, relativa alle modalità di attuazione da parte dell'Unione della clausola di solidarietà; Risoluzione 2012/2223 del Parlamento europeo, del 22 novembre 2012, sulle clausole di reciproca difesa e di solidarietà dell'UE: dimensione politiche ed operative. Sul punto vedi: G. Asaro, *Prime considerazioni sulla natura dell'obbligo di solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Fogli di lavoro per il diritto internazionale*, 2018, disponibile online.

[10] Sentenza del 10 settembre 2019, causa T-883/16, *Repubblica di Polonia c. Commissione*, ECLI:EU:T:2019:567.

[11] Vedi: Direttiva 2003/55/CE sul mercato interno del gas naturale, successivamente abrogata dalla Direttiva 2009/73/UE attualmente in vigore. A sensi dell'art. 32 della Direttiva 2009/73 – identico all'art. 18 della direttiva 2003/55 – "gli Stati membri garantiscono l'attuazione di un sistema di accesso dei terzi ai sistemi di trasmissione di trasporto e di distribuzione nonché agli impianti GNL, basato su tariffe pubblicate, praticabili a tutti i clienti idonei, comprese le imprese di fornitura, ed applicato obiettivamente e senza discriminazioni tra gli utenti del sistema". L'art. 36 della stessa Direttiva – che sostituisce l'art. 22 della precedente – prevede deroghe agli obblighi di accesso dei terzi applicabili, a determinate condizioni e per un periodo limitato, alle nuove importanti infrastrutture del sistema del gas,

La normativa dell'Unione europea prevede in capo agli Stati membri l'obbligo di garantire l'accesso di terzi ai sistemi di trasporto e di distribuzione nonché agli impianti GNL. A questo riguardo, è comunque contemplata la possibilità di derogare, a determinate condizioni, al suddetto obbligo nel caso di "nuove importanti infrastrutture del sistema del gas, vale a dire interconnettori, impianti di GNL e impianti di stoccaggio". Come noto, la questione dell'accesso alle reti costituisce il nodo cruciale dell'effettiva realizzazione di un mercato interno dell'energia basato sui principi del libero mercato e della concorrenza[12].

La decisione della Commissione di confermare le condizioni di deroga modificate dall'Autorità di regolazione tedesca veniva contestata dalla Polonia che adduceva argomenti inerenti alla sicurezza energetica sul proprio territorio. A sostegno del proprio ricorso, la Polonia faceva riferimento allo spirito di solidarietà che avrebbe dovuto informare ogni decisione presa in materia di energia ai sensi dell'art. 194 TFUE. Di contro, la Commissione europea riteneva che la "solidarietà energetica" fosse un concetto politico indirizzato al legislatore, concernente "solo" situazioni di crisi dell'approvvigionamento o del funzionamento del mercato interno del gas. La sua applicazione, pertanto, non avrebbe potuto rilevare né nel normale funzionamento di tale mercato né nella fase esecutiva delle norme stabilite dalle direttive dell'Unione europea[13].

La sentenza del Tribunale non solo accoglie la posizione della Polonia ma offre un'interpretazione della nozione di "solidarietà energetica" che va ben oltre quanto richiesto dalle valutazioni del caso di specie, ricordando come tale nozione costituisca specifica espressione del principio generale di solidarietà tra gli Stati membri che è posto alla base dell'intero sistema dell'Unione, conformemente all'impegno di cui all'art. 4, par. 3, TUE. Secondo l'organo giurisdizionale dell'Unione europea, la solidarietà energetica non può essere limitata a un obbligo di assistenza reciproca nei casi in cui si ritenga che uno Stato membro si trovi in una situazione critica o in una condizione di emergenza. Al contrario, il principio di solidarietà va interpretato

vale a dire interconnettori, impianti di GNL e di stoccaggio. La decisione sulla concessione di deroghe spetta all'Autorità di regolazione nazionale che, una volta ricevuta la relativa richiesta, è tenuta a notificare senza indugio tale decisione alla Commissione europea. Entro un periodo di due mesi a decorrere dalla ricezione di detta notifica, la Commissione può adottare una decisione che impone all'Autorità di regolazione di rettificare o revocare la decisione di concedere la deroga.

[12] Nel caso di specie, il gasdotto *Opal* costituisce la sezione di terra a Ovest del gasdotto *Nord Stream 1*, il cui punto d'ingresso è sito in Germania e il punto di uscita nella Repubblica ceca. L'ottanta per cento del gasdotto *Opal* è di proprietà di *Wiga* controllata congiuntamente da *Oao Gazprom* e *Basf Se*. Nell'attuale configurazione tecnica, il gas naturale può essere fornito al punto di entrata del gasdotto *Opal* solo attraverso il gasdotto *Nord Stream 1* utilizzato da Gazprom per trasportare gas dai depositi russi. Al fine di ottimizzare l'utilizzazione della capacità di trasmissione del gasdotto *Opal*, la *Bnetza* notificava alla Commissione la decisione di modificare le condizioni di deroga già concesse ponendo in capo al gestore della rete, la società OGT, di fornire almeno il cinquanta per cento della capacità del gasdotto attraverso vendita all'asta.

[13] In particolare, lo Stato ricorrente nel ricorso per annullamento sosteneva che la decisione impugnata consentisse a *Gazprom* e alle entità del Gruppo *Gazprom* di reindirizzare attraverso le capacità del gasdotto *Nord Stream 1* nuovi volumi di gas sul mercato dell'Unione. A fronte di una crescita "non significativa" della domanda di gas naturale nell'Europa centrale, tale decisione avrebbe compromesso lo sfruttamento delle capacità di fornitura dei gasdotti concorrenti dell'*Opal*, vale a dire i gasdotti *Braterstwo* e *Yamal*, mettendo a rischio l'approvvigionamento del gas sul territorio polacco. Vedi punti 62-66 della sentenza in esame.

come espressione di "un obbligo generale da parte dell'Unione e degli Stati membri, nell'ambito dell'esercizio dei rispettivi poteri, di tenere conto degli interessi degli altri attori", che incide su tre distinti profili d'analisi che vengono qui di seguito evidenziati[14].

Il principio di solidarietà può essere considerato quale parametro di legittimità degli atti adottati in materia di politica energetica dato che "l'Unione e gli Stati membri [devono] sforzarsi, nell'ambito dell'esercizio dei loro poteri in tale politica, di evitare di adottare misure che possano incidere sugli interessi dell'Unione e degli altri Stati membri in termini di sicurezza dell'approvvigionamento, redditività economica e politica, diversificazione delle fonti di approvvigionamento o fornitura al fine di assumere la responsabilità della loro interdipendenza e solidarietà di fatto"[15].

Ma il principio di solidarietà può anche essere considerato come parametro d'interpretazione nell'applicazione degli atti adottati dalle istituzioni dell'Unione europea. Con riferimento al caso di specie, la sentenza in esame sottolinea come non basti esaminare i criteri previsti dall'art. 36, par. 1, della direttiva 2009/73 per giustificare deroghe agli obblighi di garantire l'accesso dei terzi alle reti ma sia necessario inquadrare tali deroghe nelle nozioni di "corretto funzionamento del mercato interno" e di "efficienza di funzionamento della rete regolamentata" che sono i presupposti per rendere efficace la solidarietà tra gli Stati membri[16].

Infine, il principio di solidarietà è applicato dal Tribunale quale strumento di bilanciamento. A questo proposito, l'organo giurisdizionale dell'Unione europea precisa che la previsione di un obbligo di solidarietà energetica non implica che la politica dell'Unione in questo settore non debba produrre alcun impatto negativo sui particolari interessi energetici di uno Stato membro. In tale prospettiva, lo spirito di solidarietà enunciato dall'art. 194 TFUE si traduce in un obbligo per le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri di "tener conto, nel contesto dell'attuazione di tale politica, degli interessi sia dell'Unione che dei diversi Stati membri e di bilanciare tali interessi in caso di conflitto". Nel caso di specie, dunque, la Commissione avrebbe dovuto "valutare se la modifica del regime proposto dall'Autorità di regolazione tedesca potesse incidere sugli interessi energetici di altri Stati membri e, in tal caso, bilanciare tali interessi con l'interesse che detta modifica presentava per la Germania e, del caso, per l'Unione europea"[17].

Nel dichiarare nulla la decisione della Commissione in merito alla decisione di modifica adottata dall'Autorità di regolazione tedesca, il Tribunale ha sottolineato come tale valutazione non avrebbe dovuto limitarsi agli effetti della messa in servizio del gasdotto *Opal* sulla sicurezza dell'approvvigionamento dell'Unione in generale, ma avrebbe dovuto tener conto degli effetti della modifica del regime operativo della rete sulla sicurezza di approvvigionamento degli altri Stati membri, nel caso di specie la Polonia, anche a medio termine al fine di soppesare questi effetti rispetto all'aumento della sicurezza di approvvigionamento a livello dell'Unione europea. Secondo il Tribunale, dunque, la nozione di solidarietà energetica rileva al contempo come parametro di legittimità degli atti adottati dalle istituzioni dell'Unione, criterio

14 Vedi punti 69-72 della sentenza in esame.
15 Vedi punto 73 della sentenza in esame.
16 Vedi punti 74-76 della sentenza in esame.
17 Vedi punti 77-78 della sentenza in esame.

interpretativo per l'applicazione degli atti di diritto derivato e strumento di bilanciamento degli interessi coinvolti in tale delicato settore di competenza concorrente[18].

La pronuncia in esame offre interessanti spunti di riflessione sulla dimensione interstatuale del concetto di solidarietà che, qualora fosse accolta nella sentenza in secondo grado di giudizio della Corte di giustizia, potrebbe rappresentare un utile paradigma per superare il *deficit* di effettività delle politiche dell'Unione europea nei settori di competenza in cui appare più arduo il superamento dei particolarismi nazionali. Per pronunciarsi in tale prospettiva bisognerà senza dubbio attendere la sentenza della Corte di giustizia sul tema. In tale fase, tuttavia, si può cercare di rintracciare "il filo rosso" che potrebbe mettere in relazione le diverse declinazioni della solidarietà nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, dando finalmente al concetto in esame una connotazione giuridica che valorizzi la sua dimensione costituzionale, politica e funzionale[19].

E tale *trait d'union*, a mio avviso, potrebbe essere riconducibile alla natura delle competenze normative per le quali il concetto di solidarietà interstatuale è enunciato, seppur in diverse accezioni e sfumature. Come già posto in rilievo, infatti, le basi giuridiche del Trattato di Lisbona che espressamente invocano la solidarietà interstatuale a fondamento delle politiche dell'Unione europea concernono settori di competenza in cui si rilevano le maggiori difficoltà nell'elaborazione di politiche comuni a causa delle divergenze d'interessi fra Stati membri a dispetto degli obiettivi enunciati a livello sovranazionale. In tale prospettiva, ogni riferimento alla "solidarietà" o allo "spirito di solidarietà" presente nei trattati potrebbe essere inteso come espressione della consapevolezza di dover prevedere una nozione giuridica idonea a compensare la cautela che caratterizza il trasferimento di competenze normative nei settori in cui appare ancora preponderante il ruolo dalla volontà degli Stati membri nel dare forma alle politiche comuni.

Il settore dell'energia costituisce senza dubbio un campo per testare un'interpretazione della solidarietà interstatuale quale nozione che non solo funge da orientamento delle politiche dell'Unione ma produce effetti giuridici rilevabili in sede giurisdizionale. In tal senso, appare interessante ricordare la peculiare articolazione fra Unione e Stati membri nella materia in esame e analizzare il modo in cui il principio in questione trova attuazione negli atti di diritto derivato adottati a livello sovranazionale.

3. L'art. 194 TFUE, introdotto dal Trattato di Lisbona, offre una base giuridica onnicomprensiva per l'adozione a livello sovranazionale di atti normativi in materia di energia con l'obiettivo di garantire il funzionamento del mercato interno, il risparmio energetico, la promozione delle energie rinnovabili e l'interconnessione delle reti. La competenza normativa riconosciuta alle istituzioni dell'Unione europea, tuttavia, risulta "contingentata" dato che lo stesso art. 194 TFUE specifica che gli atti adottati a livello sovranazionale non possono "incidere sul diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, la scelta

[18] Vedi punti 81-83 della sentenza in esame.

[19] La sentenza del Tribunale è stata impugnata dinanzi alla Corte di giustizia in data 20 novembre 2019, causa C-848/19 P, *Germania c. Polonia*.

tra le varie fonti energetiche e la struttura generale del suo approvvigionamento energetico"[20].

La formulazione della base giuridica che riconosce la competenza normativa dell'Unione in materia di energia sicuramente rende ancora ardua l'individuazione della linea di demarcazione tra livello nazionale e sovranazionale nell'esercizio di detta competenza di tipo concorrente. L'adozione di un atto normativo in materia di energia a livello sovranazionale, infatti, deve rispettare non solo il principio di sussidiarietà previsto dall'art. 5 TUE ma anche il limite materiale costituito da aspetti della materia energetica che sono considerati strettamente inerenti a scelte discrezionali da parte degli Stati membri[21].

In tal senso, il riferimento alla solidarietà interstatuale può considerarsi uno strumento per far sì che le scelte discrezionali operate in materia dagli Stati membri non alterino il funzionamento del mercato interno dell'energia e non compromettano il perseguimento degli obiettivi comuni indicati dall'art. 194 TFUE. Una tale prospettiva d'analisi, peraltro, sembra trovare conferma anche negli atti di diritto derivato che sono stati recentemente adottati in materia di energia dalle istituzioni dell'Unione europea. Il recente pacchetto di misure che riformano il mercato interno dell'energia si pone in linea con l'orientamento espresso della Commissione europea secondo cui la solidarietà interstatuale costituisce "una caratteristica fondamentale dell'appartenenza all'Unione" che risulta "indispensabile per ripartire e ridurre i rischi individuali di ciascun Stato membro" nei diversi profili in cui si sviluppa un mercato integrato dell'energia[22].

Un primo profilo concerne la cooperazione tra gli Stati membri per prevenire, preparare e gestire le crisi nel settore energetico. Il regolamento 2019/941/UE esplicitamente afferma il superamento della dimensione nazionale della gestione e prevenzione delle crisi dell'energia elettrica mediante un quadro comune di norme e procedure coordinate volte a garantire una efficace collaborazione attraverso le frontiere e la realizzazione di una assistenza reciproca mediante misure previamente coordinate. Il ruolo di bilanciamento tra dimensione nazionale e sovranazionale svolto dal richiamo alla solidarietà si riscontra nell'ampio potere discrezionale che

[20] Per un commento all'art. 194 TFUE che riconosce la competenza normativa concorrente dell'Unione europea in materia di energia vedi: A. Johnston, E. Van De Marel, *'Ad Lucem?' Interpreting the New EU Energy Provision and in Particular the Meaning of Art. 194 (2) TFUE*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2013, p. 181; K. Haraldsdóttir, *The Limits for Exploitation of Energy Resources: Analisys of Article 194(2) TFUE*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2014, p. 208; M. Marletta, *Titolo XXI Energia*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 1650; T.M. Moschetta, *Energia*, in F. Pocar, M.C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 1116.

[21] Sul principio di sussidiarietà nell'esercizio delle competenze concorrenti dell'Unione europea vedi: P. De Pasquale, *Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2000; O. Porchia, *La sussidiarietà attraverso il riordino delle competenze? Il trattato di riforma e la ripartizione delle competenze*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 631; C. Favilli, *Il principio di sussidiarietà nel diritto dell'Unione europea*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 2011, p. 257; S. Papa, *Sussidiarietà, primazia comunitaria e sovranismi*, in *Federalismi.it*, 2019.

[22] Vedi Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – secondo riesame strategico della politica energetica: piano d'azione dell'UE per la sicurezza e la solidarietà nel settore energetico, COM(2008)781 def. Sul punto vedi, G. Morgese, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, *op. cit.*, p. 31.

il regolamento in esame lascia agli Stati membri per concordare il contenuto di tali misure nel rispetto delle regole del mercato interno[23].

Un secondo profilo concerne l'uso delle reti e l'auspicata realizzazione dell'*unbuilding* con l'effettivo "spacchettamento" delle attività di gestione, fornitura e generazione dell'energia elettrica. Anche in questo caso, la direttiva 2019/944/UE fa riferimento alla solidarietà interstatuale per riconoscere alla Commissione europea il "diritto di fornire un parere in materia di certificazioni in relazione ad un proprietario di sistema di trasmissione o a un gestore del sistema di trasmissione che sia controllato da una o più persone di un Paese terzo o di Paesi terzi"[24].

Un terzo profilo concerne la realizzazione di una *governance* dell'energia a livello sovranazionale. A questo riguardo rileva il regolamento 2018/1999/UE il cui art. 34 pone in capo agli Stati membri l'obbligo di "tenere in debita considerazione" le raccomandazioni rivolte dalla Commissione al fine di realizzare gli obiettivi dell'Unione "in uno spirito di solidarietà tra Stati membri e Unione e tra Stati membri"[25]. Parimenti la decisione 2017/684/UE rileva come "la Commissione dovrebbe inoltre avere la possibilità di attirare l'attenzione dello Stato membro interessato [alla conclusione di accordi intergovernativi e a strumenti non vincolanti con Paesi terzi nel settore dell'energia] sugli obiettivi pertinenti della politica energetica dell'Unione, sui principi di solidarietà tra gli Stati membri e l'Unione, nonché sulle posizioni adottate in seno al Consiglio in merito alle politiche dell'Unione…"[26].

Un quarto profilo concerne l'obiettivo della sicurezza dell'approvvigionamento energetico. A questo riguardo, il regolamento 2017/1938 rileva come "solidarietà" e "fiducia" costituiscano "componenti necessarie della sicurezza energetica" e prevede misure per rendere i piani d'azione preventivi e i piani d'emergenza stabiliti dagli Stati membri coerenti con gli obiettivi dell'Unione dell'energia tra le quali figura un meccanismo di solidarietà[27]. L'art. 13 del regolamento citato, infatti, prevede un meccanismo di solidarietà per assicurare l'approvvigionamento di gas ai clienti protetti in uno Stato membro richiedente la cui attivazione ricade sullo Stato membro a esso connesso direttamente o per il tramite di un altro Stato membro[28].

L'analisi che procede induce a rilevare come i più recenti atti normativi adottati dalle istituzioni dell'Unione europea in materia di politica energetica tendano a

[23] Vedi Regolamento (UE) 2019/941 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, sulla preparazione ai rischi nel settore dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2005/89/CE, in particolare 'considerando' 1, 3, 6, 35, 33, articoli 1 e 15, disponibile online.

[24] Vedi Direttiva 2019/944/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE, disponibile online. In particolare, 'considerando' n. 78.

[25] Vedi Regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla *governance* dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima.

[26] Vedi Decisione (UE) 2017/684 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2017, che istituisce un meccanismo per lo scambio d'informazioni riguardo ad accordi intergovernativi e a strumenti non vincolanti fra Stati membri e Paesi terzi nel settore dell'energia (parentesi quadra aggiunta).

[27] Vedi Regolamento (UE) 2017/1938 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2017, concernente misure volte a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento di gas, disponibile online.

[28] A questo riguardo vedi anche Raccomandazione (UE) 2017/177 della Commissione, del 2 febbraio 2018, sugli elementi da includere nelle modalità tecniche, giuridiche e finanziarie concordate fra gli Stati membri per l'applicazione del meccanismo di solidarietà ai sensi dell'art. 13 del Regolamento 2017/1938 del Parlamento europeo e del Consiglio concernente misure volte a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento del gas, disponibile online.

fare ricorso alla nozione di solidarietà quale antidoto per arginare potenziali azioni centrifughe nella realizzazione di una politica comune in considerazione dei divergenti interessi che connotano le relazioni tra Stati membri in materia e proiettare la politica energetica in una dimensione autenticamente sovranazionale. In tal senso, il riferimento alla solidarietà che si rinviene negli atti citati sembra svincolarsi da ipotesi di tipo emergenziale per divenire un parametro di riferimento per la condotta degli Stati membri e delle stesse istituzioni dell'Unione europea.

Nella medesima direzione sembra collocarsi la sentenza del Tribunale *Polonia c. Commissione*, in questa sede commentata, che per la prima volta offre un inquadramento della nozione di solidarietà in una prospettiva che trascende la tradizionale valenza "costituzionale", "politica" e "funzionale" a essa sinora riconosciuta. Come posto in rilievo, infatti, l'organo giurisdizionale dell'Unione europea per la prima volta pone la nozione in esame in una dimensione giuridica che ne valorizza il ruolo di parametro di legittimità e criterio di bilanciamento per valutare la congruità degli atti adottati dalle istituzioni dell'Unione europea rispetto agli obiettivi posti dall'art. 194 TFUE.

4. La difficoltà di inquadrare in termini esaustivi la solidarietà nelle molteplici declinazioni che derivano dalle disposizioni del Trattato richiede una riflessione che consenta di collocare la nozione in esame in una dimensione che vada altre la triplice valenza costituzionale, politica e funzionale a essa sinora riconosciuta. A questo riguardo, la sentenza del Tribunale *Polonia c. Commissione* offre un interessante spunto di riflessione che consente di ricondurre il ricorso alla nozione di solidarietà interstatuale alla configurazione delle competenze normative dell'Unione europea, soprattutto in quei settori in cui il trasferimento di competenze normative a livello sovranazionale appare fortemente condizionato dalla volontà degli Stati membri di mantenere ampi margini discrezionali in settori in cui rilevano importanti interessi nazionali.

La realizzazione della politica energetica dell'Unione europea costituisce senza dubbio un interessante caso di studio per testare la valenza giuridica della nozione di solidarietà interstatuale che si realizza nell'uso della stessa quale parametro di legittimità degli atti adottati a livello nazionale e sovranazionale nonché quale criterio di bilanciamento tra gli interessi non sempre coincidenti degli Stati membri e dell'Unione europea. D'altro canto, i più recenti sviluppi normativi in materia sembrano tendere verso un progressivo superamento della dimensione emergenziale delle azioni intraprese in base alla nozione di solidarietà interstatuale.

Chiaramente si tratta di una prospettiva di sviluppo che dovrà essere analizzata alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia sul tema e che dovrà trovare specifica conferma nella prassi istituzionale a livello nazionale e sovranazionale. D'altro canto, la nozione in esame potrebbe trovare proprio nella sua indeterminatezza di significato un margine di effettività che le consenta di produrre effetti riconoscibili a livello giurisdizionale. Laddove confermata questa interpretazione della nozione di "solidarietà" e "spirito di solidarietà" potrebbe costituire un comune denominatore nell'interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione nei settori in cui più immediata appare la necessità di coniugare la difesa delle prerogative statali con la realizzazione di obiettivi condivisi a livello sovranazionale.

Abstract

La solidarietà interstatuale nella politica energetica dell'Unione europea: note a margine della sentenza del Tribunale *Polonia c. Commissione*

La solidarietà è un concetto trasversale nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea che trova espressione in numerose previsioni del Trattato. La difficoltà di tracciare in termini univoci il concetto di solidarietà richiede una riflessione che consenta di collocare la nozione in esame in una dimensione che vada oltre la valenza costituzionale, politica e funzionale a essa finora riconosciuta. A questo riguardo, la sentenza del Tribunale *Polonia c. Commissione* offre interessanti spunti di riflessione per ricondurre la nozione di solidarietà interstatuale all'articolazione delle competenze normative dell'Unione europea soprattutto in quei settori in cui rilevano importanti questioni d'interesse a livello statale.

The Inter-State Solidarity in the European Union's Energy Policy: Notes in the Margin of the General Court Judgment *Poland v. Commission*

Solidarity is a transversal concept in the European Union legal order which finds expression in numerous provisions of the Treaty. The difficulty of framing in univocal terms the solidarity – due to the multiple meanings that derive from the provisions of the Treaty – requires a reflection that allows the notion in question to be placed in a dimension that goes beyond the threefold constitutional, political and functional value hitherto recognized to it. In this regard, the judgment *Poland v. Commission,* issued by the General Court of the European Union, offers an interesting startpoint for reflections which allows the use of the notion of inter-State solidarity to be brought back to the configuration of the European Union's regulatory competences, especially in those sectors where the transfer of regulatory competences at the supranational level appears to be strongly conditioned by the will of the Member States to maintain wide discretion on matters where important national interests are relevant.

Vittoria Musardo*

Note a margine del caso *Solvay*: sistemi di distribuzione chiusi e oneri di dispacciamento nel nuovo pacchetto "Energia Pulita per Tutti gli Europei"

Sommario: 1. Il caso *Solvay* e l'occasione del rinvio pregiudiziale. – 2. I quesiti del giudice del rinvio e le conclusioni dell'Avvocato generale. – 3. La sentenza della Corte di giustizia. – 4. Il principio del libero accesso dei terzi alla rete. – 5. La natura degli oneri di dispacciamento nel nuovo pacchetto energia.

1. Con il caso *Solvay Chimica Italia S.p.a*.[1] la Corte di giustizia è stata chiamata ad interpretare per la prima volta la nozione di "sistemi di distribuzione chiusi"[2] dell'energia elettrica di cui all'art. 28 della direttiva 2009/72/CE[3], introdotta nel diritto derivato dell'Unione a seguito delle fondamentali statuizioni della Corte nel caso *Citiworks*[4].

In particolare, alla Corte di giustizia è stato chiesto di precisare la portata di tale disposizione chiarendo se anche i gestori di sistemi di distribuzione chiusi siano tenuti a fornire libero accesso a terzi, se gli stessi possano essere esentati da obblighi

* Dottoressa presso l'Università di Bologna – Alma Mater Studiorum; LLM in European Law presso il King's College of London.

1 Sentenza del 28 novembre 2018, causa C-262/17, *Solvay Chimica Italia S.p.a. e a*, ECLI:EU:C:2018:961.

2 Un sistema di distribuzione si qualifica come sistema di distribuzione chiuso ai sensi dell'art. 28, par. 1, della direttiva 2009/72/CE nel caso in cui risultino soddisfatte due condizioni: anzitutto, tale sistema deve "distribui[re] energia elettrica all'interno di un sito industriale, commerciale o di servizi condivisi geograficamente limitato". Inoltre, esso deve distribuire energia elettrica agli utenti le cui operazioni o il cui processo di produzione siano integrati (lett. a), oppure distribuire energia elettrica principalmente al suo proprietario o gestore (lett. b). Non possono essere direttamente riforniti clienti civili, fatta eccezione per l'uso accidentale da parte di un numero limitato di nuclei familiari (cfr. par. 4).

3 Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE.

4 Sentenza del 22 maggio 2008, causa C-439/06, *Citiworks*, ECLI:EU:C:2008:298. Come noto, con tale caso la Corte di giustizia ha chiarito che l'obbligo di garantire il libero accesso ai sistemi di distribuzione e di trasmissione di energia elettrica deve trovare applicazione anche nei riguardi dei sistemi di distribuzione chiusi, costituendo – il libero accesso dei terzi alla rete di distribuzione – una delle misure essenziali per l'attuazione del mercato interno dell'elettricità.

diversi ed ulteriori rispetto a quelli di cui all'art. 28, par. 2, della direttiva[5] e se gli utenti di tali sistemi possano o meno essere soggetti alle stesse norme previste per gli utenti della reta pubblica relativamente agli oneri di dispacciamento.

L'intervento ermeneutico della Corte è stato sollecitato dal TAR Lombardia mediante un rinvio pregiudiziale proposto nell'ambito di una controversia promossa nei confronti dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (d'ora in poi "AEEGSI") dalla Solvay Chimica Italia S.p.a. e da altre imprese proprietarie o incaricate della gestione di reti private di distribuzione dell'energia elettrica ascritte alla categoria dei "sistemi di distribuzione chiusi" ai sensi della normativa interna attuativa della direttiva comunitaria[6].

Precisamente, le imprese ricorrenti chiedevano l'annullamento della deliberazione n. 539/2015 dell'AEEGSI che aveva loro imposto svariati obblighi riguardanti l'accesso alla rete dei terzi ed oneri per il servizio di dispacciamento, lamentando che ciò li avrebbe assoggettati – di fatto – allo stesso trattamento previsto per le reti pubbliche di distribuzione in violazione delle disposizioni della direttiva 2009/72/CE[7].

Ebbene, nel caso in esame la Corte di giustizia ha chiarito – in linea con quanto già statuito nel caso *Citiworks* ed in perfetta coerenza con l'obiettivo primario della direttiva di garantire un accesso non discriminatorio alle reti di distribuzione – che la discrezionalità concessa agli Stati membri di derogare, per alcuno degli operatori sulla rete, al regime del libero accesso dei terzi ai sistemi di trasmissione o di distribuzione dell'energia elettrica, non può spingersi fino ad eludere detto principio e che, pertanto, le esenzioni previste dalla direttiva per i sistemi di distribuzione privati devono essere interpretate in senso assolutamente restrittivo.

La Corte è inoltre chiamata a pronunciarsi sulla natura degli oneri di dispacciamento, di cui agli articoli 15, par. 7, e 37, par. 6, lett. b) della direttiva 2009/72/CE, e della compatibilità con questi ultimi di una normativa nazionale che sottoponga sostanzialmente gli utenti di sistemi di distribuzione chiusi alle norme applicabili agli utenti della rete pubblica per quanto riguarda gli oneri di dispacciamento.

La Corte conclude che una tale disciplina sia discriminatoria, non fornendo alcun elemento incentivante all'autoproduzione ed al perseguimento dell'autosufficienza energetica del sistema; tuttavia osserva come al contempo non è possibile

[5] L'art. 28, par. 2, della direttiva consente, infatti, agli Stati membri di esentare i gestori dei sistemi di distribuzione chiusi da taluni obblighi previsti per i gestori pubblici "che costituirebbero un onere amministrativo superfluo a causa della natura particolare del rapporto tra il gestore del sistema di distribuzione e gli utenti del sistema" (cfr. considerando n. 30). Si tratta, in particolare, dell'esenzione (i) dall'obbligo di acquisire l'energia necessaria a sopperire le perdite di energia e la capacità di riserva del proprio sistema secondo procedure trasparenti, non discriminatorie e basate su criteri di mercato (art. 25, par. 5); e (ii) dall'obbligo di garantire l'accesso dei terzi ai sistemi di trasmissione e di distribuzione sulla base di tariffe approvate dall'"autorità nazionale di regolamentazione" (art. 31, par. 1).

[6] Cfr. art. 38, co. 5, d. lgs., 1 giugno 2011, n. 93.

[7] Più precisamente, le ricorrenti contestavano la compatibilità alla direttiva dei seguenti aspetti della deliberazione dell'AEEGSI: (i) l'imposizione dell'obbligo di connessione dei terzi alla rete di distribuzione; (ii) l'imposizione dell'obbligo di separazione contabile e funzionale; (iii) l'applicazione degli oneri di dispacciamento a ciascun utente allacciato al sistema di distribuzione chiuso, senza trattare, invece, l'intero sistema, nel suo complesso, come un unico utente del dispacciamento, come avveniva in precedenza; (iv) l'applicazione degli oneri generali di sistema elettrico ai consumi di energia dei singoli utenti allacciati al sistema di distribuzione chiuso, anche ove si tratti di energia prodotta all'interno di tale sistema.

sostenere che gli utenti di un sistema di distribuzione chiuso non generino alcun costo per il prestatore del servizio di dispacciamento e che, nel caso in esame, essi sopportassero il costo di un servizio di cui non usufruivano.

Questa pronuncia, per così dire, ambivalente contiene in realtà molteplici implicazioni e spunti di riflessione, specialmente alla luce degli obiettivi del nuovo pacchetto "Energia Pulita per Tutti gli Europei", proposto dalla Commissione europea nel novembre 2016, che introduce una vera e propria rivoluzione della struttura del mercato interno dell'energia e, per ciò che è qui d'interesse, dell'intero processo di dispacciamento.

2. La prima questione interpretativa posta alla Corte di giustizia dal giudice del rinvio attiene alla possibilità di qualificare come "sistema di distribuzione" ai sensi della direttiva "un sistema costituito e gestito da un soggetto privato, al quale siano allacciate un numero limitato di unità di produzione e consumo, e che sia connesso a sua volta con la rete pubblica" *ivi* compresi "i sistemi privati con tali caratteristiche costituiti prima dell'entrata in vigore della direttiva e nati originariamente per finalità di autoproduzione".

Rispetto a tale quesito, l'Avvocato generale conclude in favore della qualificazione dei sistemi privati con tali caratteristiche come sistemi di distribuzione di energia elettrica, osservando che a tal fine non può attribuirsi rilievo al fatto che siano allacciate alla rete un numero limitato di unità di produzione e di consumo o che la stessa sia stata costituita prima dell'entrata in vigore della direttiva o per finalità di autoproduzione.

Invero – rileva l'Avvocato generale – come chiarito anche dalla Corte nel precedente *Citiworks*, il cui *dictum* è stato recepito dall'art. 2, par. 5 della direttiva 2009/72/CE, "un sistema di distribuzione è un sistema che serve ad inoltrare corrente elettrica ad alta, media e bassa tensione per la vendita a clienti grossisti o a clienti finali". Dunque, solo l'inoltro dell'energia elettrica, nonché la tensione di quest'ultima, costituirebbero criteri rilevanti ai fini della classificazione di una rete quale sistema di distribuzione ai sensi della direttiva[8].

Con la seconda questione pregiudiziale, invece, il TAR Lombardia chiede alla Corte di chiarire se agli Stati membri sia consentito esentare i sistemi di distribuzione dagli obblighi previsti dalla direttiva solo nel caso in cui siano qualificabili come sistemi di distribuzione "chiusi" *ex* art. 28, par. 1 della direttiva 2009/72/CE, ovvero se sia loro consentito individuare un'altra categoria di sistemi di distribuzione soggetta ad un diverso regime di esenzioni rispetto a quello previsto per i sistemi chiusi.

A tal riguardo l'Avvocato generale osserva che al di là delle quattro categorie di sistemi di distribuzione previste dalla direttiva (ossia i sistemi di distribuzione chiusi, i piccoli sistemi isolati, i microsistemi isolati e i sistemi che riforniscono meno di 100 000 clienti allacciati) non esistono altre tipologie di sistemi di distribuzione che gli Stati membri possano esentare dagli obblighi previsti dalla direttiva. Invero, "se il legislatore dell'Unione avesse inteso conferire agli Stati membri il potere di indi-

[8] Conclusioni dell'Avvocato generale Tanchev del 13 settembre 2018, causa C-262/17, *Solvay*, ECLI:EU:C:2018:709, punti 41-45.

viduare un'altra categoria di sistemi di distribuzione e applicare esenzioni ai sistemi appartenenti a tale categoria, lo avrebbe fatto espressamente"[9].

Con le questioni terza e quarta il giudice del rinvio chiede alla Corte di giustizia di chiarire se i gestori dei sistemi di distribuzione chiusi siano tenuti in ogni caso a consentire l'accesso ai terzi e se agli Stati membri sia consentito esentare tali gestori dal rispetto di obblighi ulteriori rispetto a quelli di cui agli articoli 26, par. 4 e 28, par. 2 della direttiva 2009/72/CE.

Circa la terza questione l'Avvocato generale ricorda che – come chiarito dalla stessa Corte di giustizia nel *leading case Citiworks* – "il libero accesso dei terzi alle reti di trasmissione e di distribuzione costituisce una delle misure essenziali che gli Stati membri sono tenuti ad attuare per completare il mercato interno dell'energia elettrica"[10].

Pertanto – conclude l'Avvocato generale – la regola generale di cui all'art. 32 della direttiva 2009/72/CE, che impone agli Stati membri di garantire l'attuazione di un sistema di accesso dei terzi ai sistemi di distribuzione basato su tariffe obiettive e non discriminatorie, dovrebbe trovare rigorosa applicazione anche per i gestori di sistemi di distribuzione chiusi, considerato che gli stessi sono sistemi di distribuzione a tutti gli effetti e "non costituiscono una categoria di sistemi nuova e separata"[11].

Se è certamente vero che la direttiva lascia gli Stati membri liberi di adottare le misure necessarie per l'attuazione di un sistema di accesso dei terzi ai sistemi di trasmissione o di distribuzione, è altrettanto vero che – in considerazione dell'importanza del principio del libero accesso ai sistemi di trasmissione o di distribuzione – tale margine di discrezionalità non autorizza gli Stati membri ad eludere detto principio, fatte salve le ipotesi in cui la direttiva prevede espresse eccezioni. E a tal proposito – osserva l'Avvocato generale – l'art. 28, par. 2 della direttiva non consentirebbe in alcun modo agli Stati membri di esentare i gestori di sistemi di distribuzione chiusi dall'obbligo di consentire un accesso non discriminatorio ai terzi, sempre che detti gestori non manchino della necessaria capacità.

Sulla base del medesimo ragionamento l'Avvocato generale conclude, rispetto alla quarta questione pregiudiziale, per l'assunto secondo cui non sarebbe consentito agli Stati membri prevedere per i gestori di sistemi di distribuzione chiusi ulteriori esenzioni dagli obblighi previsti in via generale dalla direttiva oltre a quelle *ivi* espressamente previste[12].

Da ultimo, con la quinta questione pregiudiziale il giudice del rinvio chiede alla Corte di giustizia di chiarire se la direttiva osti ad una normativa nazionale che sottoponga sostanzialmente gli utenti di sistemi di distribuzione chiusi alle norme applicabili agli utenti della rete pubblica per quanto riguarda gli oneri di dispacciamento.

---

[9] *Ivi*, punto 57.

[10] *Ivi*, punto 67; sentenza del 9 ottobre 2008, causa C-239/07, *Sabatauskas e a.*, ECLI:EU:C:2008:551, punti 31, 33 e 46; del 29 settembre 2016, causa C-492/14, *Essent Belgium*, ECLI:EU:C:2016:732, punto 76.

[11] Cfr. Commissione europea, Nota interpretativa sui mercati al dettaglio nella direttiva 2009/72 e direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 2003/55/CE, 22 gennaio 2010, par. 5.3 (in seguito: la "nota interpretativa della Commissione sui mercati al dettaglio").

[12] Conclusioni *Solvay*, punti 88-91.

La deliberazione dell'AEEGSI prevedeva, infatti, che gli oneri di dispacciamento dovuti al gestore della rete pubblica – Terna S.p.a. – dagli utenti di un sistema di distribuzione chiuso non dovessero più essere calcolati sulla base della sola energia elettrica scambiata con la rete pubblica dal sistema di distribuzione chiuso (come avveniva in precedenza), bensì in base all'energia scambiata da ciascun utente del sistema di distribuzione chiuso attraverso il punto di connessione della loro utenza. Ciò implicava che gli oneri di dispacciamento si applicassero anche all'energia elettrica prodotta all'interno del sistema di distribuzione chiuso.

L'Avvocato generale nota, a tal riguardo, che gli utenti del sistema in esame immettevano o prelevavano normalmente l'energia elettrica *in* e *da* quel sistema (non anche dalla rete pubblica), sicché i servizi di dispacciamento erano forniti dal gestore del sistema di distribuzione chiuso e non da Terna S.p.a.[13].

Pertanto – secondo l'Avvocato generale – la metodologia di calcolo degli oneri di dispacciamento prevista dalla deliberazione dell'AEEGSI, parametrata all'energia elettrica immessa o prelevata da ogni utente dal sistema di distribuzione chiuso, e non già in relazione alla sola energia elettrica immessa o prelevata dalla rete pubblica dal sistema di distribuzione chiuso, risulterebbe in contrasto con il requisito previsto dalla direttiva per cui gli oneri di dispacciamento devono essere "non discriminatori", devono "rispecchiare i costi" e devono essere forniti "nel modo più economico possibile" (cfr. articoli 15, par. 7 e 37, par. 6, lett. b). Invero, da un lato gli utenti della rete chiusa dovrebbero essere equiparati agli utenti della rete pubblica benché usufruiscano dei servizi di dispacciamento soltanto in via eccezionale, dall'altro i predetti oneri dovrebbero rispecchiare i costi sostenuti dalla rete pubblica per la fornitura di servizi di dispacciamento.

3. La sentenza della Corte di giustizia riprende ampiamente le conclusioni dell'Avvocato generale e le argomentazioni già spese nel proprio precedente *Citiworks*.

Una volta confermata la classificazione del sistema in esame quale "sistema di distribuzione", la Corte precisa che i sistemi qualificati dalle autorità nazionali come sistemi di distribuzione chiusi ai sensi dell'art. 28 della direttiva 2009/72/CE possono unicamente essere esentati dagli obblighi che detta disposizione prevede, e ciò – come emerge dal considerando 30 – al fine di evitare l'imposizione sui gestori di obblighi che potrebbero costituire un onere amministrativo superfluo a causa del particolare rapporto tra tali gestori e gli utenti dei suddetti sistemi[14].

La Corte analizza le quattro categorie di sistemi di distribuzione, individuate dall'Avvocato generale, che gli Stati membri possono esentare dagli obblighi previsti dalla direttiva ed afferma che nulla impedisce che un sistema di distribuzione chiuso possa beneficiare altresì, ad altro titolo, di esenzioni supplementari previste da una delle quattro categorie elencate[15]. Tuttavia, pur sancendo la sostanziale cumulabilità delle esenzioni previste dalla direttiva 2009/72, la Corte sottolinea che gli Stati

[13] Solo raramente, in caso di picchi della domanda o di interruzione della produzione, gli utenti potevano rifornirsi di energia elettrica dalla rete pubblica. Quest'ultima, dunque, non sosteneva costi o comunque sosteneva soltanto costi limitati relativamente agli utenti di tali sistemi chiusi.

[14] Sentenza *Solvay Chimica Italia S.p.a. e al.*, punto 41.

[15] *Ivi*, punto 44. In particolare, i sistemi di cui trattasi nei procedimenti principali erano idonei a rientrare, oltre che nella categoria di sistema di distribuzione chiuso di cui all'art. 28, anche nell'ambito di applicazione dell'esenzione di cui all'art. 26, par. 4, della direttiva 2009/72/CE che consente agli Stati

membri non possono ascrivere sistemi come quelli di cui trattasi nei procedimenti principali, a una categoria di sistemi di distribuzione distinta da quelle espressamente previste dalla direttiva, al fine di concedere loro esenzioni non previste dalla stessa.

La Corte concorda con l'Avvocato generale anche per ciò che concerne l'obbligo di accesso di terzi imposto ai sistemi di distribuzione chiusi affermando che il margine di discrezionalità concesso agli Stati membri nell'adozione delle misure necessarie per l'attuazione di un sistema di accesso dei terzi non li autorizza tuttavia a eludere detto principio[16], fatte salve le ipotesi in cui tale direttiva prevede eccezioni o deroghe[17]. Ove manchi la necessaria capacità, la possibilità di rifiutare l'accesso al sistema va valutata caso per caso e non autorizza gli Stati membri a prevedere deroghe siffatte in termini generali ed in mancanza di una valutazione concreta, per ogni gestore, dell'incapacità tecnica del sistema di soddisfare la richiesta di accesso proveniente da terzi.

Infine, viene affrontata la questione relativa agli oneri di dispacciamento, di cui agli articoli 15, par. 7 e 37, par. 6, lett. b) della direttiva 2009/72/CE, e ad una normativa nazionale che prevede che gli oneri di dispacciamento dovuti dagli utenti di un sistema di distribuzione chiuso siano calcolati sull'energia elettrica scambiata con tale sistema da ciascuno di essi attraverso il punto di connessione della propria utenza al suddetto sistema.

La Corte riconosce che un sistema di distribuzione chiuso consuma essenzialmente l'energia elettrica prodotta internamente a tale sistema, facendo ricorso alla rete pubblica soltanto in maniera residua, nei casi in cui la produzione non sia sufficiente a soddisfare i fabbisogni dei propri utenti. Gli utenti di un sistema di distribuzione chiuso non sono, dunque, nella stessa situazione degli utenti della rete pubblica ed il prestatore del servizio di dispacciamento della rete pubblica sopporta costi limitati rispetto ad essi. La Corte concorda, pertanto, con l'Avvocato generale nell'affermare che una normativa nazionale come quella di cui trattasi possa essere considerata discriminatoria, avendo il sostanziale effetto di allineare il regime applicabile agli utenti del sistema di distribuzione chiuso a quello applicabile agli utenti della rete pubblica, non fornendo alcun elemento incentivante all'autoproduzione ed alla sostanziale autosufficienza energetica del sistema.

Al contempo la Corte pone grande attenzione al requisito del collegamento con i costi del servizio di dispacciamento di cui all'art. 15, par. 7 e all'art. 25, par. 6, nonché sul nesso con il volume di energia elettrica scambiata con la rete pubblica e – diversamente da quanto sostenuto dall'Avvocato generale – afferma che "gli utenti di sistemi come quelli di cui trattasi nei procedimenti principali, sono allacciati alla rete pubblica e possono ricorrere, così come qualsiasi altro utente di tale rete, al servizio di dispacciamento. Le ricorrenti non possono quindi validamente sostenere né che gli utenti dei sistemi di distribuzione chiusi non generino alcun costo per il

membri di esonerare le imprese elettriche integrate che riforniscono meno di 100 000 clienti allacciati dagli obblighi di separazione previsti all'art. 26, paragrafi 1-3.

[16] Sentenze *Solvay*, punto 56; sentenza *Citiwork*, punti 44 e 55; sentenza *Sabatauskas*, punti 31, 33 e 46; sentenza *Essent Belgium*, punto 76.

[17] Cfr, *inter alia,* art. 3, par. 14 della direttiva 2009/72/CE; sentenza *Solvay*, punto 57; sentenza *Citiworks*, punto 60; sentenza *Essent Belgium*, punto 91.

prestatore del servizio di dispacciamento, né, pertanto, che la normativa nazionale li obblighi a sopportare i costi di un servizio di cui non usufruiscono"[18].

Alla luce di ciò la Corte, nel rispondere al quesito se l'opzione di approvvigionarsi dalla rete pubblica debba o meno essere compensata in quanto tale (ossia, anche nel caso in cui l'opzione non sia esercitata e non sia prelevata energia elettrica dalla rete pubblica) si discosta dalla posizione di cautela adottata dall'Avvocato generale[19], precisando che "certamente potrebbe essere legittimo per uno Stato membro imporre, agli utenti di un sistema di distribuzione chiuso, oneri per il servizio di dispacciamento il cui importo non sia calcolato sulla sola energia elettrica effettivamente scambiata con la rete pubblica, se si potesse dimostrare, ad esempio, che tale importo corrisponde a un costo specifico, per il prestatore di tale servizio, collegato alla possibilità stessa, per gli utenti di un sistema di distribuzione chiuso, di scambiare energia elettrica con la rete pubblica ricorrendo a detto servizio. Tuttavia, nessuno degli interessati che hanno partecipato al presente procedimento ha prospettato l'esistenza di un siffatto costo specifico"[20].

4. Come affermato dalla Commissione nella nota interpretativa della direttiva 2009/72/CE[21], in seguito al caso *Citiworks* è cresciuta la preoccupazione che un'applicazione indifferenziata delle norme relative agli obblighi degli operatori dei sistemi di distribuzione avrebbe potuto costituire un onere amministrativo sproporzionato specie per i gestori di più modeste dimensioni (come ricorda il considerando 29 della direttiva), pertanto la nuova direttiva ha introdotto la definizione di sistema di distribuzione chiuso di cui all'art. 28 al fine di garantire certezza giuridica a situazioni preesistenti.

La disposizione non costituisce, tuttavia, alcuna deroga al principio di libero accesso di terze parti al sistema[22] specificando semplicemente che tale accesso può essere applicato, per esempio, sulla base di tariffe negoziate[23]. Con tale *sub*-categoria il legislatore riconosce che le circostanze predominanti per tali sistemi possono differire da quelle relative alle reti pubbliche e permette agli Stati membri di definire regole mirate e proporzionate che prendano in considerazione tali peculiari circostanze[24].

La Corte, in maniera del tutto condivisibile, puntualizza non solo che le esenzioni che gli Stati membri possono concedere ai sensi della direttiva debbano essere limitate a quelle espressamente previste dalla stessa, ma anche che le relative disposizioni debbano essere interpretate in modo restrittivo, essendo il libero accesso dei terzi alla rete principio fondamentale del funzionamento del mercato interno dell'elettricità.

---

18 Sentenza *Solvay*, punti 59-67.

19 Conclusioni *Solvay*, punto 109.

20 Sentenza *Solvay*, punto 73.

21 Nota interpretativa della Commissione sui mercati al dettaglio, cit.

22 Cfr. sul tema K. Talus, *Introduction to EU Energy Law*, Oxford, 2016; Id., *Just What Is the Scope of the Essential Facilities Doctrine in the Energy Sector: Third Party Access-Friendly Interpretation in the EU V. Contractual Freedom in the US*, in *Common Market Law* Review, 48(5), 2011, p. 1571 ss.

23 Cfr. A. Johnston, G. Block, *EU Energy Law*, Oxford, 2012.

24 Nota interpretativa della Commissione sui mercati al dettaglio, par. 5.1.

L'introduzione dell'art. 28 all'interno della direttiva rispecchia, pertanto, la volontà del legislatore europeo non di creare una categoria distinta di sistemi di distribuzione che possa esulare dai principi generali di mercato, bensì di garantire certezza giuridica rispetto ai casi che possano ricadere nelle eccezioni previste dalla direttiva stessa ed agli strumenti a disposizione degli Stati Membri per l'elaborazione di una disciplina, relativa a tali sistemi di distribuzione chiusi, che permetta di ponderare, da un lato, l'esigenza di garantire l'accesso dei terzi alla rete e, dall'altro, la salvaguardia di interessi generali come la sicurezza degli approvvigionamenti di energia e la fornitura di servizi nell'interesse economico generale.

Come sostenuto dall'Avvocato generale Mazák nel caso *Citiworks*, "uno degli elementi essenziali della liberalizzazione dei mercati dell'energia consiste nel garantire ai consumatori di energia elettrica la libera scelta dei fornitori e ad ogni fornitore la libera fornitura ai propri clienti. I due suddetti diritti sono necessariamente collegati poiché, se ai clienti dev'essere consentito di scegliere liberamente i fornitori, è necessario che i fornitori abbiano il diritto di accedere, dietro un compenso adeguato e non discriminatorio, ai diversi sistemi di trasmissione e di distribuzione che trasportano l'elettricità ai clienti"[25].

Non è, pertanto, ammissibile che esistano infrastrutture che non siano soggette all'obbligo di garantire l'accesso di terzi tra i sistemi di trasmissione e gli impianti dei consumatori[26]. Ciò richiede che ogni fornitore possa fare uso di tutte le infrastrutture disponibili nel sistema di distribuzione del proprio consumatore[27].

La pronuncia in esame dunque non solo conferma la giurisprudenza del caso *Citiworks*, ma ne amplia la portata informando della stessa l'interpretazione il nuovo art. 28 della direttiva che da tale precedente deriva.

5. Quanto appena affermato risulta ancor più condivisibile alla luce di quelli che sono gli obiettivi ed i principi ispiratori del nuovo pacchetto "Energia Pulita per Tutti gli Europei", un pacchetto di misure proposte dalla Commissione europea nel novembre 2016 al fine di una riforma radicale del mercato dell'energia e, in particolare, del perseguimento di tre obiettivi principali: privilegiare l'efficienza energetica, conquistare la *leadership* a livello mondiale nelle energie rinnovabili e garantire condizioni eque ai consumatori[28].

---

[25] Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Mazàk del 13 dicembre 2007, causa C-439/06, *Citiworks*, ECLI:EU:C:2007:791, punto 72.

[26] Cfr. W. Geldhof, S. Tormans, *Case C-439/06: ECJ Leaves Limited Scope for Exemptions from Third Party Access Obligations for So-called Operational Networks*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 17(4), 2008, p. 256.

[27] S. Pront-van Bommel, *Smart Energy Grids within the Framework of the Third Energy Package*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 20(2), 2011, p. 32.

[28] Le negoziazioni sul pacchetto "Energia Pulita per Tutti gli Europei" o "*Clean Energy Package*" si sono ufficialmente concluse il 26 marzo 2019, con l'approvazione da parte del Parlamento Europeo della proposta relativa a nuove regole di design del mercato elettrico: il nuovo Regolamento sul mercato elettrico e la direttiva sul mercato elettrico (comunicato stampa, 18 dicembre 2018: europa.eu/rapid/press-release_IP-18-6870_en.htm). Contestualmente all'approvazione di tali proposte, sono stati approvati anche: i nuovi Regolamenti relativi all'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (ACER) (comunicato stampa, 18 dicembre 2018: europa.eu/rapid/press-release_IP-18-6870_en.htm) ed al "*Risk Preparedness*" (comunicato stampa, 22 novembre 2018: europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-18-6533_en.htm). Altre quattro delle otto proposte legislative del pacchetto

Tale pacchetto, nel perseguire gli obiettivi di lotta al cambiamento climatico e di riduzione delle emissioni di CO2, pone il proprio *focus* sull'obiettivo dell'integrazione delle energie rinnovabili e delle fonti di energia decentrate sul mercato, nonché dell'utilizzo delle nuove tecnologie al fine della digitalizzazione del mercato e dell'introduzione progressiva di meccanismi sempre più efficienti di gestione della domanda (*demand response*).

Il vecchio modello di mercato in cui la produzione energetica si trova nelle mani di poche grandi centrali alimentate da combustibili fossili è, infatti, destinato ad essere sostituito da un sistema di generazione distribuita in cui anche i clienti sono chiamati a partecipare[29]. Tali fonti, specialmente quelle rinnovabili, sono in costante evoluzione e sono per loro natura imprevedibili, variabili e decentralizzate, spesso di minori dimensioni e connesse alle reti di tensione media e bassa, cioè alle reti di distribuzione[30].

Dunque, i TSO (*Transmission System Operator*, ovvero gli operatori della rete di trasmissione responsabili della gestione del sistema di trasmissione in una data zona, delle relative interconnessioni con altri sistemi e di assicurare la trasmissione ed il dispacciamento di energia elettrica[31]) hanno una necessità crescente di poter contare su risorse che offrano un certo grado di flessibilità in modo distribuito. In tale nuovo disegno di mercato le reti sono in grado di ricevere dati, elaborare informazioni e stabilire un dialogo in tempo reale con gli operatori e, al contempo, il consumatore non è più un operatore passivo sul mercato, ma è in grado di produrre energia partecipando attivamente sulla rete, grazie alle nuove soluzioni tecnologiche offerte ed ai soggetti (come ad es. gli aggregatori) che gestiscono questi flussi di energia.

Diviene, dunque, possibile affrontare le nuove sfide poste dai processi di dispacciamento e dalla prerogativa di sicurezza energetica attraverso strategie di mercato improntate sulla domanda, introducendo meccanismi di gestione della stessa: per *demand response* o "reazione alla domanda" s'intende dunque la modulazione da parte dei consumatori finali dei propri *pattern* abituali di consumo energetico al fine di garantire l'affidabilità della rete, rispondendo ai segnali di mercato, mettendo a

---

erano già entrate in vigore nel corso del 2018: il regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla governance dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima; la direttiva 2018/844 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, che modifica la direttiva 2010/31 sulla prestazione energetica nell'edilizia e la direttiva 2012/27 sull'efficienza energetica; la direttiva 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili. Per approfondimenti sul punto cfr.: europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1836_en.htm.

[29] Cfr. M. M. Sokołwski, *European Law on the Energy Communities: A Long Way to a Direct Legal Framework*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 27(2), 2018, p. 60.

[30] Cfr. Commissione europea, Staff Working Document Evaluation Report Covering the Evaluation of the EU's Regulatory Framework for Electricity Market Design and Consumer Protection in the Fields of Electricity and Gas Evaluation of the EU Rules on Measures to Safeguard Security of Electricity Supply and Infrastructure Investment (Directive 2005/89/CE) Accompanying the Document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Common Rules for the Internal Market in Electricity, SWD/2016/412.

[31] Cfr. art. 2, par. 1, n. 4, direttiva 2009/72/CE, il quale definisce "gestore del sistema di trasmissione" "qualsiasi persona fisica o giuridica responsabile della gestione, della manutenzione e, se necessario, dello sviluppo del sistema di trasmissione in una data zona e, se del caso, delle relative interconnessioni con altri sistemi, e di assicurare la capacità a lungo termine del sistema di soddisfare richieste ragionevoli di trasmissione di energia elettrica".

disposizione i propri carichi flessibili in risposta ai picchi di offerta e domanda di energia, riducendo così il divario esistente tra produzione e consumo, apportando una maggiore flessibilità alla rete e garantendo maggiore stabilità assieme ad un più efficiente utilizzo delle infrastrutture[32].

Inoltre le nuove tecnologie disponibili sul mercato permettono agli stessi DSO (*Distribution System Operator*, cioè i gestori delle reti di distribuzione a tensione media e bassa, responsabili della gestione del sistema di distribuzione in una data zona e della distribuzione dell'energia fornita da parte del TSO per l'approvvigionamento delle proprie zone di influenza[33]) di ridurre la necessità di immissione in rete, gestendo localmente la produzione e la domanda di energia relativa alla propria area di controllo, fornendo ai TSO dati certi ed in tempo reale relativi alla richiesta di produzione energetica nella propria area di controllo.

Tuttavia, l'attuale impianto normativo ed i meccanismi di funzionamento delle reti di trasmissione e distribuzione risultano insufficienti a garantire il funzionamento di tale modello di mercato in modo efficiente[34]. È, dunque, necessario che le reti di distribuzione passino da passive ad attive riuscendo a scambiare segnali con i punti di immissione e di prelievo per il mantenimento dei vincoli di sicurezza, contribuendo allo sviluppo dei sistemi di gestione della domanda ed alla partecipazione delle fonti energetiche decentrate dal mercato.

In tale quadro normativo due punti inerenti alla pronuncia in questione appaiono evidenti: in primo luogo come sia fondamentale un regime di accesso di terzi alla rete, uniforme e performante, che permetta ai DSO di avere il totale controllo sulla propria area di gestione e fornire informazioni il più possibile precise ed aggiornate ai TSO.

In secondo luogo, è evidente che la fornitura di servizi di dispacciamento stia diventando sempre più complicata ed imprevedibile almeno fintanto che non verrà recepito nei singoli Stati membri un regime coerente di utilizzo dei meccanismi di *demand response* e delle nuove tecnologie, volto all'integrazione delle fonti energetiche rinnovabili e delle fonti energetiche decentrate sul mercato[35]. Da ciò deriva che gli oneri di dispacciamento dovranno rispecchiare i costi e gli oneri implicati in tale processo di rivoluzione del mercato e fornire un corrispettivo adeguato al tipo di servizio fornito.

---

[32] Cfr. regolamento (UE) 2017/2195 della Commissione, del 23 novembre 2017, che stabilisce orientamenti in materia di bilanciamento del sistema elettrico; Commissione, Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the Document Commission Regulation (EU) No 2017/2195 Establishing a Guideline on Electricity Balancing, SWD/2017/0383 final.

[33] Cfr. art. 2, par. 1, n. 6, direttiva 2009/72/CE che definisce "gestore del sistema di distribuzione" "qualsiasi persona fisica o giuridica responsabile della gestione, della manutenzione e, se necessario, dello sviluppo del sistema di distribuzione in una data zona e, se del caso, delle relative interconnessioni con altri sistemi, e di assicurare la capacità a lungo termine del sistema di soddisfare richieste ragionevoli di distribuzione di energia elettrica".

[34] S. Pront-van Bommel, *op. cit.*, pp. 32-44.

[35] Cfr. R. Van der Veen, L. J. De Vries, *The Impact of Microgeneration upon the Dutch Balancing Market,* in *Energy Policy*, 37(7), 2009, pp. 2789 e 2790; M. M. Sokołwski, *op. cit.*, p. 60; G. Ault, D. Frame, N. Hughes, N. Strachan, *Electricity Network Scenarios for Great-Britain in 2050, Final Report for Ofgem's LENS Projects*, London, 2008, pp. 103 e 104. Cfr. anche la comunicazione della Commissione Energy Pnfrastructure priorities for 2020 and Beyond: A Blueprint for an Integrated European Energy Network, COM(2010)677 final, p. 39.

La pronuncia in esame sembra fare riferimento ad una correlazione tra gli oneri di dispacciamento e la natura del servizio fornito, tuttavia non coglie totalmente nel segno evitando di affrontare la questione in modo esauriente.

In primo luogo, essa evita di precisare che in Italia si ha un modello di dispacciamento di tipo centralizzato[36], in cui i programmi di generazione ed i programmi di consumo così come il dispacciamento degli impianti di generazione e degli impianti di consumo sono determinati da un solo TSO (Terna S.p.a.), nell'ambito di un processo di programmazione integrato. Pertanto, è Terna S.p.a. a gestire l'intero processo di dispacciamento, garantendo l'equilibrio tra domanda ed offerta sul mercato e cercando di prevedere il fabbisogno energetico, considerando anche i fattori di produzione energetica decentrata. Tuttavia, essendo la sicurezza energetica la prerogativa principale di un sistema di bilanciamento efficiente, il contributo della produzione di FER e delle fonti energetiche decentrate risulterà limitato, vista la loro imprevedibilità e difficoltà di gestione: Terna S.p.a. tenderà ad assicurarsi una quantità di energia superiore rispetto a quanto potrebbe essere effettivamente necessario.

Tale modello di mercato costituisce già di per sé una barriera alla penetrazione dei meccanismi di reazione alla domanda sul Mercato, non essendo i segnali di mercato adeguati e risultando difficile per i DSO adottare un ruolo attivo nella gestione della domanda e della produzione decentrata nella propria area di controllo.

Nel caso di un sistema di distribuzione chiuso, il cui tratto essenziale è quello dell'autoproduzione e della distribuzione di energia elettrica al proprio interno, appare evidente la totale inadeguatezza di un metodo di calcolo degli oneri di dispacciamento quale quello in esame: basato cioè non sull'energia elettrica scambiata con la rete pubblica dal sistema di distribuzione chiuso nel suo complesso bensì in base all'energia elettrica scambiata con il sistema di distribuzione chiuso da ciascun utente, includendo negli oneri di dispacciamento anche l'energia prodotta all'interno del medesimo sistema.

Tale metodologia allinea il regime applicabile agli utenti del sistema di distribuzione chiuso a quello applicabile agli utenti della rete pubblica, non fornendo alcun incentivo all'autoproduzione energetica ed all'autogestione della domanda, dal momento che ad ogni unità all'interno del sistema di distribuzione chiuso verrà comunque applicata la stessa disciplina applicabile ad ogni altro operatore di mercato.

Ciò è incompatibile non solo con gli articoli 15, par. 7 e 37, par. 6, lett. b) della direttiva 2009/72/CE per cui gli oneri di bilanciamento devono "rispecchiare i costi" e devono essere forniti "nel modo più economico possibile", ma anche con l'imperativo di ottimizzare e razionalizzare la domanda di energia sul mercato attraverso meccanismi di incentivazione di tipo premiale nei confronti di elementi di aggregazione ed autogestione della produzione energetica, cui corrisponde una corrispettiva riduzione della domanda energetica.

[36] Cfr. art. 2, par. 1, n. 18, regolamento (UE) 2017/2195. L'altro modello di dispacciamento è quello di c.d. "auto-dispacciamento" in cui i programmi di generazione ed i programmi di consumo, così come il dispacciamento degli impianti di generazione e degli impianti di consumo, sono determinati dai programmatori di rete di tali impianti (art. 2, par. 1, n. 17, regolamento cit.).

D'altro canto, è comunque possibile affermare che una normativa nazionale quale quella precedente alla deliberazione dell'AEEGSI n. 539/2015 (ai sensi della quale gli oneri di dispacciamento erano applicati unicamente in relazione all'energia elettrica immessa o prelevata dal sistema di distribuzione chiuso, nel suo insieme) sia comunque parzialmente in contrasto con le disposizioni appena richiamate.

I costi sostenuti da Terna S.p.a. nei confronti del sistema di distribuzione chiuso, per la fornitura del servizio di dispacciamento, sono sì inferiori a quelli sostenuti per gli altri utenti, tuttavia non è corretto affermare che essi siano limitati alla quantità di energia elettrica che il sistema chiuso scambia con la rete pubblica, includendo anche i costi sostenuti al fine di garantire che in caso di picchi della domanda o di interruzione della produzione il sistema possa attingere alla rete pubblica in modo eccezionale.

La Corte precisa che non è possibile sostenere che gli utenti di tali sistemi di distribuzione chiusi non generino alcun costo per il prestatore del servizio di dispacciamento e che essi debbano sopportare il costo di un servizio di cui non usufruiscono[37]. Tale constatazione spinge a considerare la natura del servizio in questione.

Nel caso di specie essa si sostanzia non nel fatto che il sistema di distribuzione chiuso faccia o meno ricorso alla rete pubblica, bensì sul rilievo che esso "potrebbe" farlo in ogni momento, richiedendo così al gestore della rete pubblica di garantire in ogni momento una disponibilità energetica sufficiente a coprire gli eventuali fabbisogni del sistema di distribuzione chiuso. Viene così sottolineata l'imprescindibilità del requisito del "collegamento sufficiente con i costi del servizio di dispacciamento" che, se da un lato rende evidente la discriminatorietà della normativa risultante dalla deliberazione n. 539/2015, dall'altro invita ad un'analisi più approfondita dei costi effettivamente sostenuti da Terna S.p.a. al fine di fornire il servizio di dispacciamento, cercando di individuare un costo specifico, oltre all'energia elettrica effettivamente scambiata con la rete pubblica, rispetto al quale parametrare il valore del servizio collegato alla possibilità stessa, per gli utenti di un sistema di distribuzione chiuso, di scambiare energia elettrica con la rete pubblica[38].

Tale rilievo potrebbe forse indicare una presa di coscienza, da parte della Corte, della necessità di riconoscere il ruolo sempre più complesso e gravoso dei gestori della rete pubblica, rispetto al costante imperativo di bilanciare domanda ed offerta di energia sulla rete, e dell'opportunità di bilanciare tale dato con l'obiettivo di fornire validi incentivi all'autogestione della produzione distribuita di energia ed alla razionalizzazione della domanda.

[37] Sentenza *Solvay*, punto 67.
[38] Sentenza *Solvay*, punti 71-73.

Abstract

Note a margine del caso *Solvay*: sistemi di distribuzione chiusi e oneri di dispacciamento nel nuovo pacchetto "Energia Pulita per Tutti gli Europei"

Nel caso *Solvay* la Corte di giustizia interpreta la nozione di "sistemi di distribuzione chiusi" precisando che questi sono sistemi di distribuzione a tutti gli effetti; pertanto soggetti all'onere di garantire l'accesso a terzi. La Corte si pronuncia poi su una normativa nazionale relativa agli oneri di dispacciamento che equipara gli utenti di sistemi di distribuzione chiusi agli utenti della rete pubblica. Tale normativa non solo risulta discriminatoria ma, non fornendo alcun incentivo all'autosufficienza energetica del sistema, si pone in contrasto con gli obiettivi del nuovo pacchetto "Energia Pulita per tutti gli Europei", che privilegia l'efficienza energetica ed i meccanismi di gestione della domanda.

Notes on the *Solvay* Case: Closed Distribution Dystems and Dispatching Charges in the New "Clean Energy for All Europeans" Package

In the *Solvay* case the Court of Justice interprets the notion of "closed distribution systems", stating that the latter are full-fledged distribution systems and are therefore subject to the burden of granting access to third parties. The Court then rules on a national legislation on dispatching charges which treats users of closed distribution systems as equivalent to users of the public network. This legislation is not only discriminatory but, by not providing any incentive for the self-sufficiency of the system, is in contrast with the objectives of the new "Clean Energy for All Europeans" package, which gives priority to energy efficiency and demand response mechanisms.

Maurizio Orlandi*

È indispensabile per la tutela dei lavoratori che il datore proceda all'effettiva registrazione delle ore da essi lavorate

Sommario: 1. I fatti all'origine della controversia e la limitazione degli orari di lavoro nel diritto dell'Unione europea. – 2. La "natura" del diritto del lavoratore a che sia limitata la durata massima del suo periodo di lavoro. – 3. L'esigenza di dati concreti per stabilire l'applicabilità dei limiti al lavoro ordinario ed il diritto a percepire le indennità per lo straordinario. – 4. Le argomentazioni aggiuntive.

1. Con la sentenza del 14 maggio 2019, in causa C-55/18[1], la Corte di giustizia ha chiarito alcuni aspetti di primaria importanza in materia di conteggio degli orari di lavoro ordinari e straordinari e della loro limitazione.

La controversia originaria è nata da una contestazione, a prima vista singolare, che un sindacato spagnolo, facente parte di un'organizzazione rappresentata a livello statale, la *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO)*, aveva effettuato ad un datore di lavoro, la *Deutsche Bank SAE*: quella di non aver predisposto un meccanismo di registrazione dell'orario di lavoro dei propri dipendenti.

La contestazione appare a prima vista singolare in quanto sembra richiedere un'intensificazione dei poteri di controllo del datore di lavoro sul comportamento dei propri dipendenti (che si estrinseca in una forma di certificazione della loro effettiva prestazione), e comunque implica una certa limitazione del diritto alla riservatezza[2]. Tale apparente singolarità peraltro si dissolve ove si osservi che una siffatta registrazione è funzionale alla verifica che i limiti di lavoro giornaliero, settimanale e annuale imposti dalla normativa europea e nazionale non vengano di fatto sforati e, dall'altro che siano correttamente conteggiate le ore di straordinario prestate dai dipendenti. Resta il fatto che la necessità di un tale meccanismo non è esplicita-

* Ricercatore confermato e Professore aggregato di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

1 Sentenza del 14 maggio 2019, causa C-55/18, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras CCOO c. Deutsche Bank SAE*, ECLI:EU:C:2019:402.

2 Argomento questo sostenuto dal *Tribunal Supremo*, il quale evidenzia che la tenuta di un simile registro implicherebbe un'ingerenza ingiustificata nella vita privata del lavoratore.

mente previsto né dalla direttiva 2003/88/CE[3], né nella direttiva 89/391/CEE[4], né dalla normativa spagnola[5].

La normativa europea in materia è in effetti piuttosto dettagliata anche se, al contempo, è ragionevolmente flessibile: proseguendo sulla via avviata con la raccomandazione del Consiglio CEE del 1975[6], ed in analogia con quanto avveniva in applicazione della direttiva 93/104/CE[7], la direttiva 2003/88/CE prescrive infatti l'obbligatorietà di un numero minimo di ore di riposo giornaliero (11)[8], che si aggiunge a quello settimanale (24 ore cui si devono poter sommare le 11 di riposo giornaliero). Inoltre, se è previsto che all'orario di lavoro "regolare" si possano aggiungere dei periodi di lavoro "straordinario", i quali vanno adeguatamente conteggiati, è anche stabilito che la durata media del lavoro settimanale (da calcolarsi su base annua) non può comunque eccedere una media di 48 ore settimanali[9].

I richiamati orari di riposo possono essere eccezionalmente derogati nei confronti di specifiche categorie di lavoratori (in particolare i dirigenti od altre persone aventi potere di decisione autonomo, la manodopera familiare, i lavoratori nel settore liturgico delle chiese e delle comunità religiose) e, questo quando "a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata e/o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi"[10].

Gli obblighi prescritti dal diritto dell'Unione europea sono strutturati come norme di natura sostanziale e non sono corredati, di prescrizioni di ordine procedurale. In altri termini la direttiva non impone le modalità attraverso le quali si devono eseguire i conteggi, e in particolare non prescrive formalmente l'obbligo che sia istituito uno specifico sistema di registrazione dell'inizio e della fine del lavoro.

Dal canto suo il diritto spagnolo, adottato in esecuzione della direttiva, riprende piuttosto fedelmente l'impostazione di quest'ultima e circoscrive: la durata massima dell'orario ordinario di lavoro settimanale calcolato su media annuale (40 ore)[11]; un

---

[3] Direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro.

[4] Direttiva 89/391/CEE del Consiglio, del 12 giugno 1989, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro.

[5] Il *Real Decreto legislativo* 2/2015, "por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores", del 23 ottobre 2015, in *Boletín Oficial del Estado*, del 24 ottobre 2015, n. 255, p. 100224.

[6] Raccomandazione 75/457/CEE del Consiglio del 22 luglio 1975, relativa al principio della settimana di quaranta ore e al principio delle quattro settimane di ferie annue retribuite (spec. al punto 1). Come sottolineato da S. Bologna, *I tempi di lavoro e di riposo nel diritto dell'Unione europea*, in *Temilavoro.it*, 2016, vol. 8, n. 1, p. 1, spec. a p. 2, tale raccomandazione, così come la risoluzione del Consiglio del 18 dicembre 1979, sulla ristrutturazione del tempo di lavoro, non ebbero un grande seguito negli Stati membri.

[7] La direttiva 93/104/CE del Consiglio, del 23 novembre 1993, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, dettava disposizioni di armonizzazioni delle legislazioni degli Stati membri. In realtà, come evidenziato da M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Padova, 2016, p. 343, la direttiva 93/104 aveva contenuti piuttosto circoscritti affrontando "soltanto alcuni aspetti fondamentali dell'organizzazione dell'orario di lavoro, considerati particolarmente importanti sotto il profilo della salute e sicurezza dei lavoratori sul luogo di lavoro".

[8] Si cfr. la direttiva 2003/88/CE, cit., art. 3.

[9] *Ivi*, art. 6.

[10] *Ivi*, art. 17.

[11] Si cfr. il *Real Decreto legislativo* 2/2015, cit., art. 34, par. 1, 2° periodo.

numero massimo di ore di lavoro giornaliere (9)[12] derogabile tramite accordo collettivo o tramite accordo tra impresa e i rappresentanti dei lavoratori; un intervallo minimo di riposo di 12 ore tra due distinti periodi di lavoro[13]; un numero massimo di ore di lavoro straordinario che possono essere svolte nell'anno di riferimento (80)[14]; la tenuta (salvo patto contrario) di un registro delle ore di lavoro straordinario svolte dai singoli lavoratori il quale deve essere trasmesso su base mensile ai lavoratori stessi e ai loro rappresentanti[15].

In forza dell'assenza di specifiche prescrizioni normative, la *Deutsche Bank SAE* si è rifiutata di istituire per i propri dipendenti il sistema di registrazione richiesto dalla *Federación de Servicios de Comisiones Obreras*, continuando ad avvalersi di una più semplice applicazione informatica che si limitava a rilevare le assenze giornaliere dal lavoro. La *Federación de Servicios de Comisiones Obreras*, in conseguenza del rifiuto della *Deutsche Bank SAE*, ha redatto un verbale di accertamento dei fatti. Il 26 luglio 2017 la *Federación* proponeva quindi un ricorso collettivo innanzi all'*Audiencia Nacional* (Corte centrale, Spagna) teso ad accertare l'esistenza di un obbligo in tal senso, il quale deriverebbe dal dovere dei datori di lavoro di tenere il registro dell'orario di lavoro straordinario e di trasmetterlo ai rappresentanti dei lavoratori.

In contrasto con due relazioni presentate dalla *Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* la giurisprudenza del *Tribunal supremo* (Corte suprema della Spagna), aveva tuttavia stabilito che nel diritto spagnolo non vi è alcuna esplicita norma che impone al datore di lavoro di mantenere un registro delle ore ordinarie lavorate (ma solamente quella di un registro delle ore di lavoro straordinario) e che la sua assenza non è tale da ledere i diritti dei lavoratori[16]. Dal canto suo l'*Audiencia Nacional*, dubitava della compatibilità di tale impostazione con il diritto dell'Unione ed ha quindi chiesto, attraverso un rinvio pregiudiziale, alla Corte di giustizia di valutare la compatibilità di un siffatto sistema con la normativa europea ed in particolare con: il combinato disposto dell'art. 31, par. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e degli articoli 3, 5, 6, 16 e 22 della direttiva 2003/88/CE, e questo anche in relazione con gli articoli 4, par. 1, 11, par. 3 e 16, par. 3 della direttiva 89/391/CEE. In effetti, i dubbi del giudice spagnolo derivavano dalla considerazione per la quale l'assenza di un sistema di registrazione degli orari di lavoro dei dipendenti li priverebbe, in buona sostanza, di un mezzo di prova essenziale per dimostrare di aver effettivamente prestato un'attività eccedente le ore di lavoro ordinario. I dubbi risultavano peraltro rafforzati dai dati che emergevano dall'inchiesta condotta in Spagna nel 2016 "sulla forza lavoro", e richiamata dal giudice del rinvio, in base alla quale il 53,7% delle ore di lavoro straordinario, concretamente non vengono registrate, e che l'osservanza dei prescritti periodi di riposo sarebbe in sostanza lasciata all'arbitrio del datore di lavoro, con conseguente grave danno per i lavoratori.

---

12 *Ivi*, par. 3, 1° periodo.

13 *Ivi*, par. 3, 2° periodo.

14 *Ivi*, art. 35, par. 2.

15 *Real Decreto* n. 1561/1995 del 21 settembre 1995, *sobre jornadas especiales de trabajo*, in *Boletín Oficial del Estado*, del 26 settembre 1995, n. 230, p. 28606, terza disposizione addizionale, lett. *b*).

16 Si cfr. *Tribunal Supremo* della Spagna, 23 marzo 2017, n. 246/2017, in *Racc.* 81/2016; 20 aprile 2017, n. 338/2017, in *Racc.* 116/2016.

Tecnicamente, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale, la Corte non sarebbe abilitata ad effettuare un siffatto accertamento, ma, fornendo al giudice nazionale tutti gli elementi d'interpretazione del diritto europeo che gli consentono di rilevare eventuali profili d'incompatibilità del diritto interno con quello dell'Unione[17], in effetti lo farà[18].

2. Per affrontare correttamente la questione sembra utile partire da alcune valutazioni sulla natura del diritto del lavoratore europeo[19] al riposo e alle ferie, e correlativamente ad una limitazione della durata massima del periodo di lavoro. In effetti il diritto al riposo, e alla limitazione della durata massima del tempo di lavoro, è sancito sin dai tempi antichi[20], e confermato in tempi più moderni, oltreché nella Costituzione italiana[21] ed in quella di altri Stati europei[22], anche in molteplici atti di diritto internazionale e dell'Unione europea, ed in particolare: nella Convenzione OIL sulla limitazione dell'orario di lavoro nell'industria a 8 ore al giorno e 48 a settimana del 1919[23]; nella Convenzione OIL sulla regolamentazione dell'orario di

---

17 Si cfr. R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 345.

18 In effetti la Corte non dirà che il *Real Decreto legislativo 2/2015* è o meno compatibile con il diritto dell'Unione europea ma si riferirà ad una generica "normativa nazionale che non preveda l'obbligo di ricorrere a uno strumento che consente di stabilire con oggettività e affidabilità il numero di ore di lavoro giornaliero e settimanale". Si cfr., in particolare, il punto 50 della sentenza *CCOO c. Deutsche Bank SAE*.

19 Inteso come la persona che "fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione" (così la sentenza della Corte di giustizia del 3 luglio 1986, causa C-66/85, *Lawrie-Blum*, ECLI:EU:C:1986:284, punto 17; dell'8 giugno 1999, causa C-337/97, *Meeusen*, ECLI:EU:C:1999:284, punto 13; del 23 marzo 2004, causa C-138/02, *Collins*, ECLI:EU:C:2004:172, punto 26; del 14 ottobre 2010, causa C-428/09, *Union syndicale Solidaires Isère*, ECLI:EU:C:2010:612 (anche in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2011, p. 1262, con nota di M. Falsone, *La Corte di giustizia interviene in tema di periodo minimo di riposo giornaliero e di durata massima dell'orario settimanale di lavoro*), punto 28; del 3 maggio 2012, causa C-337/10, *Neidel*, ECLI:EU:C:2012:263, punto 23; del 19 luglio 2017, causa C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia Srl*, ECLI:EU:C:2017:566, punto 19; del 20 novembre 2018, causa C147/17, *Sindicatul Familia Constanţa* e a., ECLI:EU:C:2018:926, punto 41. In dottrina si cfr. M. Orlandi, *Cittadinanza europea e libera circolazione delle persone*, Napoli, 1996, p. 113 ss.

20 I primi riferimenti ad esso possono addirittura essere ricercati nell'Antico testamento (CEI 2008), Esodo, cap. 20, dove si legge che: "sei giorni lavorerai e farai ogni tuo lavoro. Ma il settimo giorno (...) non farai alcun lavoro, né tu né tuo figlio, né tua figlia, né la tua schiava, né il tuo bestiame, né lo straniero che dimora presso di te".

21 Come è ben noto l'art. 36 Cost. dispone che: "il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa. La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge. Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi".

22 In particolare: la Costituzione portoghese del 2 aprile 1976, all'art. 59, n. 1, lett. *d*), sancisce il diritto al riposo e allo svago, ad una durata massima dell'orario di lavoro giornaliero, ad una pausa di riposo settimanale, nonché a ferie regolari e retribuite; la Costituzione slovacca, del 1° settembre 1992, all'art. 36, lett. *d*), riserva alla Legge il potere di definire il periodo massimo di lavoro; la Costituzione polacca, del 2 aprile 1997, all'art. 66, par. 2, stabilisce che il limite massimo di orario di lavoro è stabilito dalla legge; la Costituzione lituana, entrata in vigore il 2 novembre 1992, così come modificata il 1 giugno 2006 all'art. 49, n. 1, prevede che la durata del periodo di lavoro è stabilita dalla legge; *etc*.

23 Convenzione promossa dall'Organizzazione internazionale del lavoro n. 1, *Limiting the Hours of Work in Industrial Undertakings to Eight in the Day and Forty-eight in the Week*, adottata a Washington, il 28 novembre 1919, la quale, all'art. 2 dispone che: "the working hours of persons employed in any public or private industrial undertaking or in any branch thereof, other than an undertaking in which

lavoro negli uffici e nel commercio del 1933[24]; nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948[25]; nella Carta sociale europea del 1961[26]; nel Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966[27]; nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori[28]; nella Carta sociale europea (riveduta) del 1999[29]; nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[30]. Esso è entrato a far parte del diritto dell'Unione europea in quanto concorre, insieme ad altre misure a garantire la sicurezza e la salute dei dipendenti[31]. Non è infatti un caso che le direttive in materia sono state adottate tutte sulla base giuridica fornita dall'art. 153 TFUE.

---

only members of the same family are employed, shall not exceed eight in the day and forty-eight in the week, with the exceptions hereinafter provided for (...)".

[24] Convenzione promossa dall'Organizzazione internazionale del lavoro n. 30, *concerning the Regulation of Hours of Work in Commerce and Offices*, adottata a Ginevra il 28 giugno 1930, la quale, all'art. 3 dispone che: "the hours of work of persons to whom this Convention applies shall not exceed forty-eight hours in the week and eight hours in the day, except as hereinafter otherwise provided".

[25] Approvata il 10 dicembre 1948, dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con la Risoluzione n. 217 A (III), il cui art. 24 dispone che: "ogni individuo ha diritto al riposo ed allo svago, comprendendo in ciò una ragionevole limitazione delle ore di lavoro e ferie periodiche retribuite".

[26] *Charte sociale européenne*, la quale è un Trattato promosso dal Consiglio d'Europa, firmato a Torino il 18 ottobre 1961, ratificato dall'Italia con L. del 3 luglio 1965, n. 929. Esso, all'art. 2, dispone che: "en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à des conditions de travail équitables, les Parties contractantes s'engagent: *à fixer une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire, la semaine de travail devant être progressivement réduite pour autant que l'augmentation de la productivité et les autres facteurs entrant en jeu le permettent* (...) *à prévoir des jours fériés payés; à assurer l'octroi d'un congé payé annuel de deux semaines au minimum*".

[27] Adottato dall'Assemblea Generale il 16 dicembre 1966 con la Risoluzione n. 2200 A (XXI)), il cui art. 7, lett. *d*), prevede: "il riposo, gli svaghi, una ragionevole limitazione delle ore di lavoro, e le ferie periodiche retribuite, nonché la remunerazione per i giorni festivi".

[28] La Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, proclamata dal Consiglio europeo dell'8 e 9 dicembre 1999, punto 8, dispone che: "ogni lavoratore della Comunità europea ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite i cui periodi devono essere via via ravvicinati, in modo da ottenere un progresso, conformemente alle prassi nazionali".

[29] La Carta sociale europea (riveduta) è un Trattato promosso dal Consiglio d'Europa e firmata a Strasburgo il 3 maggio 1996, ratificato dall'Italia con L. 9 febbraio 1999, n. 30- Esso all'art. 2, dispone che: "per assicurare l'effettivo esercizio del diritto ad eque condizioni di lavoro, le Parti s'impegnano: a fissare una durata ragionevole per il lavoro giornaliero e settimanale in vista di ridurre gradualmente la settimana lavorativa a condizione che ciò sia consentito dall'aumento della produttività e dagli altri fattori in gioco; (...)".

[30] Proclamata solennemente con una dichiarazione interistituzionale il 7-9 dicembre 2000 dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione. Essa è stata sostituita da una nuova versione adottata, sempre con una dichiarazione interistituzionale, il 12 dicembre 2007 dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione. Ad essa l'art. 6 TUE (già 6 UE), così come riformato dal Trattato di Lisbona (che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, ratificato dall'Italia con L. 2 agosto 2008, n. 130), gli riconosce "lo stesso valore giuridico dei Trattati". La Carta, all'art. 31, dispone che: "1. Ogni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose. 2. Ogni lavoratore ha diritto a una limitazione della durata massima del lavoro, a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite".

[31] In effetti come sottolineato da V. Fillì, *L'organizzazione del lavoro*, in F. Carinci, A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro nell'Unione europea*, Torino, 2018, p. 282, spec. p. 285: "le Direttive in materia di orario di lavoro concorrono, con quelle volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori, costituendo l'orario solo un aspetto del più ampio e poliedrico problema della tutela delle condizioni di lavoro e dei limiti al potere organizzativo del datore di lavoro".

In questo contesto non sorprende dunque che, sin dalla sentenza *Pfeiffer* del 2004, la Corte ha chiarito che: "l'art. 6, lett. b), della direttiva 2003/88 costituisce una norma del diritto sociale dell'Unione che riveste importanza particolare, di cui ogni lavoratore deve poter beneficiare quale prescrizione minima necessaria per garantire la tutela della sua sicurezza e della sua salute, la quale impone agli Stati membri l'obbligo di prevedere un limite di 48 ore alla durata media settimanale del lavoro, limite massimo che, come espressamente precisato, include le ore di straordinario"[32], impostazione che poi la sentenza, *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras* del 2015, estenderà alle varie prescrizioni enunciate dalla direttiva in materia di durata massima dell'orario di lavoro e di periodi minimi di riposo[33]. Nel caso di specie, tornando ancora sulla questione, la Corte di giustizia ha ribadito i concetti precedentemente richiamati collegandoli anche all'art. 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[34].

Dal quadro così definito deriva che le disposizioni della direttiva 2003/88/CE, essendo finalizzate a tutelare dei diritti fondamentali dei lavoratori, "non possono essere oggetto di interpretazione restrittiva a scapito dei diritti che il lavoratore trae da quest'ultima"[35]. Resta il fatto che, di qui ad accertare la sussistenza di un esplicito dovere di natura procedurale di gravare il datore di lavoro di un vero e proprio onere di registrare gli orari effettivamente lavorati dai propri dipendenti, il passo non è breve. Non lo è anche perché, in altre circostanze in cui il legislatore dell'Unione ha ritenuto d'imporre un siffatto obbligo, lo ha fatto in maniera esplicita[36], ed, in applicazione della direttiva 2003/88/CE esso è stato esplicitamente previsto nel solo caso in cui, a sensi dell'art. 22, gli Stati membri decidano di non applicare l'art. 6 della direttiva (concernente la limitazione dell'orario settimanale)[37], norma che peraltro non trova applicazione nel caso di specie. Peraltro, dal fatto che in alcune

[32] Così la sentenza del 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397 a 403/01, *Pfeiffer*, ECLI:EU:C:2004:584, punto 100.

[33] Così la sentenza del 10 settembre 2015, causa C-266/14, *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras* ECLI:EU:C:2015:578 (anche in *Il Foro italiano*, 2016, parte IV, p. 209, con nota di G. Ricci), punto 24. Si cfr. anche la sentenza del 1° dicembre 2005, causa C-14/04, *Dellas e a.*, ECLI:EU:C:2005:728, punto 49; l'ordinanza del 4 marzo 2011, causa C-258/10, *Grigore*, ECLI:EU:C:2011:122, punto 41; la sentenza del 14 ottobre 2010, causa C-243/09, *Fuß*, C-243/09, punto 34.

[34] Così la sentenza *CCOO c. Deutsche Bank SAE*, punto 30. Si cfr. anche la sentenza *Pfeiffer*, punto 100.

[35] Così la sentenza *CCOO c. Deutsche Bank SAE*, punto 32. Si cfr. anche la sentenza dell'8 novembre 2012, cause riunite C-229 e 230/11, *Heimann e Toltschin*, ECLI:EU:C:2012:693 (con nota di D. Krömer, *The Holiday You Don't Deserve*, in *European Law Reporter*, 2013, n. 2, p. 59); del 12 giugno 2014, causa C-118/13, *Bollacke*, ECLI:EU:C:2014:1755, punto 22; del 6 novembre 2018, cause riunite C569 e 570/16, *Bauer e Willmeroth*, ECLI:EU:C:2018:871, punto 38.

[36] Si cfr., ad es.: direttiva del Consiglio 1999/63/CE, del 21 giugno 1999, relativa all'accordo sull'organizzazione dell'orario di lavoro della gente di mare concluso dall'Associazione armatori della Comunità europea (ECSA) e dalla Federazione dei sindacati dei trasportatori dell'Unione europea (FST) - Allegato: Accordo europeo sull'organizzazione dell'orario di lavoro della gente di mare; direttiva 2002/15/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 marzo 2002, relativa all'organizzazione dell'orario di lavoro delle persone che svolgono attività mobile di trasporto su strada; direttiva 2014/112/UE del Consiglio, del 19 dicembre 2014, che attua l'accordo europeo concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro nel trasporto per vie navigabili interne, concluso tra la *European Barge Union* (EBU), l'Organizzazione europea dei capitani (ESO) e la Federazione europea dei lavoratori dei trasporti (ETF), allegato, articolo 12.

[37] E la cui applicazione prevede l'esplicito consenso del lavoratore interessato.

circostanze la tenuta di registri sia stata resa obbligatoria, non si può automaticamente e definitivamente inferire che in altre situazioni non possa essere considerata altrettanto necessaria[38].

3. Nel verificare se sussiste un sostanziale e generalizzato dovere del datore di lavoro di predisporre un registro delle ore effettivamente prestate dai propri dipendenti, la Corte è partita dalla considerazione per la quale l'obiettivo perseguito dal legislatore europeo, prima attraverso la direttiva 93/104/CE, e oggi attraverso la direttiva 2003/88/CE, è quello di "fissare prescrizioni minime destinate a migliorare le condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori mediante il ravvicinamento delle disposizioni nazionali riguardanti, in particolare, l'orario di lavoro"[39], e che tale armonizzazione a livello comunitario è intesa a garantire una migliore protezione della sicurezza e della salute dei dipendenti[40]. Riprendendo l'impostazione adottata dall'Avvocato generale Pitruzzella, la Corte ha correttamente rilevato che l'obbligo imposto agli Stati membri di circoscrivere l'orario massimo di lavoro è comunque un obbligo effettivo e dettagliato[41], il quale deve essere conseguito attraverso strumenti efficaci. In questo contesto, in conformità con una consolidata giurisprudenza, la Corte ribadisce che, in forza di una norma cui è stata riconosciuta l'efficacia diretta[42], gli Stati sono tenuti ad impedire ogni superamento del limite massimo della durata media settimanale di lavoro e garantire il rispetto dei periodi di riposo minimi[43]. Resta il fatto che, anche se la direttiva 89/391/CEE e poi la direttiva 2003/88/CE non hanno effettivamente imposto l'obbligo di tenere precisi registri degli orari di lavoro, la Corte ha rilevato che l'obbiettivo di garantire il rispetto dei limiti dei vari orari non può essere raggiunto con stime o calcoli approssimativi i quali potrebbero svuotare di contenuto i diritti enunciati nell'art. 31 della Carta e le norme che garantiscono il rispetto delle singole prescrizioni minime della direttiva 2003/88/CE[44].

La legittima domanda che la Corte sembra essersi posta è: come si può determinare che un dipendente abbia svolto la propria attività per un periodo più lungo di quello che gli compete, e dunque abbia svolto lavoro straordinario, se non si sa

38 Si cfr. la sentenza *CCOO c. Deutsche Bank SAE*, punto 64.

39 Così la sentenza del 26 giugno 2001, causa C-173/99, *BECTU*, ECLI:EU:C:2001:356, punto 37. Si cfr. anche la sentenza della Corte di giustizia del 12 ottobre 2004, causa C313/02, *Wippel*, ECLI:EU:C:2004:607, punto 46; *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras*, punto 23; *Sindicatul Familia Constanţa* e a., punto 39; *CCOO c. Deutsche Bank SAE*, punto 34.

40 Si cfr. la sentenza del 3 ottobre 2000, causa C-303/98, *Sindicato de Médicos de Asistencia Pública*, ECLI:EU:C:2000:528, punto 49; *BECTU*, punto 38; del 9 settembre 2003, causa C151/02, *Jaeger*, ECLI:EU:C:2003:437, punto 46; *Wippel*, punto 47.

41 Come sottolineato dall'Avv. gen. Giovanni Pitruzzella nelle conclusioni presentate il 31 gennaio 2019 alla causa C-55/18, *CCOO* c. *Deutsche Bank SAE*, ECLI:EU:C:2019:87, punto 49, "se gli Stati membri sono liberi di scegliere le forme e i modi con cui attuare la Direttiva 2003/88, essi devono comunque adottare misure che possano assicurare l'effettivo godimento dei diritti garantiti dalla Direttiva stessa, attraverso una disciplina normativa nazionale che sia in concreto idonea a conseguire il risultato della tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori tramite l'effettivo rispetto dei limiti sui tempi di lavoro".

42 Si cfr. le sentenze *Pfeiffer*, punto 104 e *Fuß*, punti 57 e 61.

43 Si cfr. la sentenza *Pfeiffer*, punto 118; *Fuß*, punto 51; *CCOO* c. *Deutsche Bank SAE*, punto 40.

44 Si cfr. la sentenza *Dellas e a.*, punto 53; del 7 settembre 2006, causa C484/04, *Commissione* c. *Regno Unito*, ECLI:EU:C:2006:526, punti 39 e 40; *Fuß*, punto 64; *CCOO* c. *Deutsche Bank SAE*, punto 43.

esattamente quando è iniziato e quando è finito il suo turno di lavoro ordinario[45]? Correlativamente la Corte sembra essersi chiesta come può essere verificato se il monte ore massimo previsto su base settimanale è stato o meno superato se non si sa quante ore di straordinario sono state svolte?

In effetti, sembra del tutto ragionevole ritenere che, al fine di effettuare un calcolo esatto ed oggettivo dello straordinario che può svolgere un lavoratore, e al fine di calcolare l'orario massimo che può lavorare, è indispensabile stabilire un meccanismo di registrazione dell'orario effettivamente prestato[46]. In altri termini, secondo la Corte, in assenza di precisi registri, risulterebbe "eccessivamente difficile per i lavoratori, se non impossibile in pratica, far rispettare i diritti ad essi conferiti dall'articolo 31, paragrafo 2, della Carta e dalla direttiva 2003/88/CE, al fine di beneficiare effettivamente della limitazione dell'orario settimanale di lavoro e dei periodi minimi di riposo giornaliero e settimanale previsti dalla menzionata direttiva"[47]. In tale circostanza non potrebbe essere garantito l'effetto utile della direttiva[48].

Ne deriva che: "una normativa nazionale che non preveda l'obbligo di ricorrere a uno strumento che consente di stabilire con oggettività e affidabilità il numero di ore di lavoro giornaliero e settimanale non è idonea a garantire (...), l'effetto utile dei diritti conferiti dall'articolo 31, paragrafo 2, della Carta e da tale direttiva, poiché essa priva sia i datori di lavoro sia i lavoratori della possibilità di verificare se tali diritti sono rispettati e può quindi compromettere l'obiettivo di detta direttiva consistente nel garantire una migliore protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori"[49].

Tale argomentazione risulta vieppiù corroborata dalle considerazioni per le quali il lavoratore viene tradizionalmente considerato essere la parte debole nel contratto di lavoro e che è dunque necessario tutelarlo dall'eventualità che la parte più forte del rapporto finisca con il restringere la portata dei suoi diritti[50]. In effetti, come ricordava Henri-Dominique Lacordaire, nelle relazioni tra il forte ed il debole è la libertà che opprime e il diritto che tutela[51].

In effetti, se è vero che, come riconosciuto dalla stessa Corte di giustizia, nel sistema giuridico spagnolo, quando un'impresa non abbia attivato un meccanismo di registrazione delle presenze e degli orari di lavoro, il lavoratore è legittimato a

---

45 In effetti come sottolineato dalla sentenza *CCOO* c. *Deutsche Bank SAE*, punto 52, "la qualificazione di ore di lavoro "straordinario" presuppone infatti che la durata dell'orario di lavoro svolto da ciascun lavoratore interessato sia nota, e quindi previamente misurata".

46 *Ivi*, punti 47 e 49.

47 *Ivi*, punto 48.

48 *Ivi*, punto 42: gli Stati membri "sono tenuti a garantire che l'effetto utile [...dei diritti garantiti dalla direttiva] sia integralmente assicurato, facendo (...) beneficiare [i lavoratori] effettivamente dei periodi minimi di riposo giornaliero e settimanale e del limite massimo della durata media settimanale di lavoro previsti".

49 *Ivi*, punto 50.

50 Si cfr. la sentenza *Pfeiffer*, punto 82; *Fuß*, punto 80; *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, punto 41; *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras*, punto 44.

51 Come evidenziato da H.-D. Lacordaire, *Conférences de Notre-Dame de Paris,* Tome troisième, Années 1846-1848, Librairie Poussielgue Frères, Paris 1872, p. 494, "sachent donc ceux qui l'ignorent (...), qu'entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit".

dimostrare la sua presenza sul posto di lavoro con qualsiasi altro mezzo di prova[52], tuttavia la prova fornita con "altri mezzi" oltre ad essere complessa e farraginosa, non consente "di dimostrare in modo oggettivo e affidabile il numero di ore di lavoro quotidiano e settimanale svolte dal lavoratore"[53] e, sembra opportuno aggiungere, rende oltremodo difficile al lavoratore tutelare i propri diritti in sede giudiziaria[54].

A tal proposito, in conformità con una consolidata giurisprudenza, la Corte aggiunge che: "tenuto conto di tale situazione di debolezza, un lavoratore può essere dissuaso dal far valere espressamente i suoi diritti nei confronti del suo datore di lavoro, dal momento che, in particolare, la loro rivendicazione potrebbe esporlo a misure adottate da quest'ultimo in grado di incidere sul rapporto di lavoro in danno di detto lavoratore"[55].

La circostanza posta in rilievo dal Governo spagnolo, e dall'interveniente Governo del Regno Unito, in base alla quale un simile intervento potrebbe generare dei costi per i datori di lavoro non può in questo contesto assumere rilievo. Come sottolineato dalla Corte di giustizia[56], nella motivazione stessa della direttiva 2003/88/CE viene posto in rilievo un concetto che dovrebbe essere considerato ovvio: "il miglioramento della sicurezza, dell'igiene e della salute dei lavoratori durante il lavoro rappresenta un obiettivo che non può dipendere da considerazioni di carattere puramente economico"[57]. Ne deriva che l'art. 31, par. 2 della Carta e la direttiva 2003/88/CE, sia pur implicitamente, definiscono un sostanziale obbligo degli Stati membri d'imporre al datore di lavoro di tenere dei puntuali registri delle ore effettivamente prestate[58].

L'obbligo di tenere un simile registro, se pur non espressamente previsto dalla norma europea deve essere dunque considerato come "strumentale" ai fini del conseguimento degli obiettivi in essa previsti.

Sebbene l'effetto diretto di cui gode una direttiva, in condizioni normali, non sarebbe tale da produrre obblighi giuridici in capo ai singoli[59], nel caso di specie sembra sia sufficiente dare una corretta interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale, ipotesi nella quale, in conformità con la giurisprudenza *Marleasing*[60], vige

---

52 Così come riconosciuto dalla sentenza *CCOO* c. *Deutsche Bank SAE*, punto 53.

53 *Ivi*, punto 54.

54 Si cfr. anche le conclusioni *CCOO* c. *Deutsche Bank SAE*, punti 63 e 64.

55 Così la sentenza *CCOO* c. *Deutsche Bank SAE*, punto 45. Si cfr. anche la sentenza *Fuß*, punto 81; *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, punto 41.

56 Si cfr. la sentenza *BECTU*, punto 59; *Jaeger*, punto 67; *CCOO* c. *Deutsche Bank SAE*, punto 66.

57 Così il punto 4 della motivazione della direttiva 2003/88/CE.

58 Ovviamente, la sentenza *CCOO* c. *Deutsche Bank SAE*, al punto 60, ha precisato che, in assenza di disposizioni europee, gli Stati membri hanno la massima libertà nel definire le modalità secondo le quali dovrà essere tenuto il registro, sempreché siano idonee a monitorare gli orari di lavoro svolti. Si cfr. anche le conclusioni *CCOO* c. *Deutsche Bank SAE*, punti 86-88.

59 Si cfr. la sentenza del 26 febbraio 1986, causa C-152/84, *Marshall*, ECLI:EU:C:1986:84, punto 48; del 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, ECLI:EU:C:1994:292, punto 20; del 19 aprile 2007, causa C-356/05, *Farrell*, ECLI:EU:C:2007:229, punto 40; del 19 gennaio 2010, *Kücükdeveci*, causa C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, punto 46; del 26 settembre 2013, causa C-476/11, *HK Danmark*, ECLI:EU:C:2013:590, punto 18.

60 Si cfr. la sentenza del 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*, ECLI:EU:C:1990:395, punto 8; *Faccini Dori*, cit., punto 26; *Pfeiffer*, cit., punti 113 e 114; *Kücükdeveci*, cit., punto 48; del 9 aprile 2016, causa C-441/14, *Dansk Industri*, ECLI:EU:C:2016:278, punto 31; del 3 dicembre 2018, causa C385/17, *Hein*, ECLI:EU:C:2018:1018, punto 50.

per il giudice interno il dovere d'interpretarlo ed applicarlo in maniera conforme al diritto dell'Unione[61]. Per questa via l'*Audiencia Nacional* sembrerebbe tenuta a modificare la giurisprudenza del *Tribunal supremo* e constatare la violazione dei diritti dei lavoratori commessi dalla *Deutsche Bank SAE*.

Ad analogo risultato sarebbe probabilmente potuta giungere la Corte considerando che le rilevanti disposizioni della direttiva 2003/88/CE, costituiscono una specificazione del diritto fondamentale dell'Unione europea, enunciato all'art. 31, par. 2 della Carta, il che impone al giudice nazionale, di assicurarne la tutela e di garantirne la piena efficacia anche in un rapporto orizzontale[62].

4. Le argomentazioni sin qui sviluppate sono coerenti e convincenti e si condivide dunque pienamente la conclusione cui giunge la Corte di giustizia: anche in assenza di specifiche prescrizioni contenute nella normativa europea "gli Stati membri devono imporre ai datori di lavoro l'obbligo di predisporre un sistema oggettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore"[63].

Resta il fatto che la Corte ritiene, *ad abundantiam*, di sviluppare ulteriori argomentazioni e lo fa richiamando la direttiva 89/391/CEE, "concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro". In particolare, la Corte richiama l'art. 4, par. 1 della direttiva il quale dispone che: "gli Stati membri adottano le disposizioni necessarie per garantire che i datori di lavoro, i lavoratori e i rappresentanti dei lavoratori siano sottoposti alle disposizioni giuridiche necessarie per l'attuazione della presente direttiva". Inoltre, il successivo art. 6, par. 1 di tale norma dispone che: "nel quadro delle proprie responsabilità il datore di lavoro prende le misure necessarie per la protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, comprese le attività di prevenzione dei rischi professionali, d'informazione e di formazione, nonché l'approntamento di un'organizzazione e dei mezzi necessari". Sebbene la direttiva non abbia un collegamento diretto con gli orari di lavoro di cui alla direttiva 2003/88/CE, la Corte ritiene che "l'instaurazione di un sistema obiettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore rientra nell'ambito dell'obbligo generale, per gli Stati membri e i datori di lavoro"[64]. L'affermazione di per sé non è delle più convincenti, e non lo diviene nemmeno richiamando il disposto dell'art. 11, par. 3, della stessa direttiva ai sensi del quale "i rappresentanti dei lavoratori i quali hanno una funzione specifica in materia di protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori hanno il diritto di chiedere al datore di lavoro di prendere misure adeguate e di presentargli proposte in tal senso, per ridurre qualsiasi rischio per i lavoratori e/o eliminare le cause di pericolo". Non lo

---

61 Si cfr. la sentenza *CCOO* c. *Deutsche Bank SAE*, punti 69 e 70.

62 Si cfr. la sentenza del 22 novembre 2005, causa C144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709, punto 77; *Kücükdeveci*, cit., punto 51; del 15 gennaio 2014, causa C176/12, *Association de médiation sociale*, ECLI:EU:C:2014:2, punto 43. Più specificamente l'art. 31 della Carta è stato considerato capace di produrre effetti diretti nell'ambito d'applicazione della direttiva 2003/88/CE, già dalla sentenza *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, punti 49 e 50. Si cfr. anche le conclusioni *CCOO* c. *Deutsche Bank SAE*, punto 96.

63 Così la sentenza *CCOO* c. *Deutsche Bank SAE*, punto 60.

64 *Ivi*, punto 62.

sembra in quanto l'impegno gravante sugli Stati ai sensi dell'art. 4, par. 1, così come l'obbligo definito dall'art. 6, par. 1, è circoscritto all'attuazione della direttiva stessa. Inoltre, il diritto di chiedere misure adeguate e presentare proposte per ridurre i rischi per i lavoratori non equivale ad un diritto ad ottenerle.

Abstract

È indispensabile per la tutela dei lavoratori che il datore proceda all'effettiva registrazione delle ore da essi lavorate

Nella sentenza del 14 maggio 2019, *CCOO c. Deutsche Bank SAE*, la Corte di giustizia ha posto in evidenza come la Direttiva 2003/88/CE ponga a carico degli Stati membri degli obblighi precisi ed incondizionati di circoscrivere l'orario massimo che un lavoratore può svolgere. Tale obbligo, che deve essere perseguito attraverso strumenti efficaci, non può essere considerato assolto in assenza di un meccanismo che registri il momento d'inizio e di fine del lavoro. In effetti non si può calcolare l'orario di lavoro straordinario se non si conosce esattamente quale sia stato l'orario di lavoro ordinario concretamente svolto. L'obbligo di tenere specifici registri elle ore lavorate, se pur non espressamente previsto dalla norma europea, deve essere dunque considerato come "strumentale" ai fini del conseguimento degli obiettivi in essa previsti.

It Is Essential for the Worker's Protection that the Employer Actually Keeps a Record of the Worked Hours

In the Court of Justice judgment of 14 May 2019, *CCOO v Deutsche Bank SAE* it has been highlighted that the Directive 2003/88/EC imposes on Member States precise and unconditional obligations to limit the maximum time that a worker can perform. This obligation, which must be pursued through effective instruments, cannot be considered fulfilled in the absence of a mechanism that registers the beginning and end of the work times. In fact, it is not possible to calculate overtime if is not exactly known what the ordinary working time actually was. The obligation to keep specific records of worked hours, although not expressly provided for by Directive 2003/88/EC, must therefore be considered as "instrumental" for the purposes of achieving the objectives set in European law.

Vito Rubino*

I sapori fra *copyright* e altri strumenti di tutela della proprietà industriale: note a margine della sentenza *Levola* della Corte di giustizia

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La vicenda da cui è derivata la controversia. – 2.1. La soluzione interpretativa data dalla Corte. – 3. Valutazioni giuridiche. – 3.1. Il concetto di "opera" tutelabile nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. – 3.2. Sapori, soggettivizzazione del giudizio e "certezza del diritto". – 4. Conclusioni: *copyright* e altri strumenti di tutela: quale soluzione per il settore alimentare?

1. La recente sentenza della Corte di giustizia UE del 13 novembre 2018 "*Levola*"[1] affronta il tema della riconducibilità dei sapori alimentari (intesi come profilo organolettico e tattile nell'ambito della c.d. "palatabilità") alla privativa connessa al diritto d'autore, disciplinata nel diritto dell'Unione europea dalla direttiva (CE) n. 2001/29[2]. La questione a prima lettura potrebbe sembrare singolare, considerata l'apparente estraneità degli alimenti realizzati a livello industriale rispetto alla creazione di "opere" che esprimano contenuti artistici di grande impatto culturale e sociale.

In realtà, come si avrà modo di chiarire meglio in seguito, per un verso la sentenza in commento – procedendo da una ricostruzione sistematica del quadro giuridico europeo e internazionale in materia – conferma la notevole ampiezza della nozione di "opera" ai fini che qui interessano, consentendo di includervi anche prodotti realizzati per scopi essenzialmente economici. Per altro verso, nell'escludere i "sapori" dal novero di ciò che può essere protetto in base al *copyright*, fa emergere in

* Ricercatore di Diritto dell'Unione europea presso l'Università Piemonte Orientale.

1 Cfr. la sentenza del 13 novembre 2018, causa C- 310/17, *Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV*, ECLI:EU:C:2018:899.

2 Cfr. la direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione. Com'è noto la disciplina del diritto d'autore è in fase di modifica: si veda al riguardo l'approvazione finale da parte del Parlamento europeo della proposta della Commissione (COM(2016)593 def) approvata dal Parlamento europeo il 26 marzo scorso, su cui si veda il commento a prima lettura di G. Ghidini, *Scontro sul diritto d'autore? "Ma c'è ancora una terza via"*, in *DIMT Diritto Mercato Tecnologia*, reperibile *online.*

modo evidente una criticità tipica del settore alimentare, ove la ricerca e sviluppo di nuovi prodotti incontra notevoli difficoltà di accesso a forme di tutela nell'ambito del diritto industriale per via del necessario utilizzo di ricette e ingredienti "tradizionali".

Sia il primo che il secondo aspetto meritano, dunque, un sintetico approfondimento, anche per valutare quali possano essere le strategie più adatte a proteggere un settore ad elevata competitività globale e di grandissimo rilievo economico.

2. Le questioni giuridiche oggetto di esame richiedono anzitutto una rapida sintesi dei fatti di causa e della soluzione data dalla Corte ai quesiti interpretativi pregiudiziali ad essa sottoposti.

La vicenda trae origine dalla invenzione nel 2007 da parte di un commerciante olandese di una ricetta per un formaggio composto da panna, latte ed erba cipollina. Il prodotto risultava avere una particolare delicatezza al palato e un sapore originale, sicché i diritti connessi alla invenzione venivano rilevati da una società che ne avviava la commercializzazione in grande distribuzione.

Il successo riscontrato sul mercato spingeva alcune società *competitors* a inserire fra le proprie gamme alimenti con formula identica, pur mantenendo ben distinti dall'originale i marchi e le denominazioni di vendita.

La società titolare della ricetta "originale" decideva, quindi, di avviare una serie di azioni inibitorie fondandole sulla privativa derivante dal diritto d'autore: nella ricostruzione giuridica della ricorrente, infatti, il concetto di "opera" ai fini della normativa nazionale di recepimento della direttiva 2001/29/CE non poteva essere limitato solo all'ambito artistico-letterario, dovendo abbracciare tutte le espressioni dell'ingegno umano capaci di produrre risultati "emozionali" nei destinatari del prodotto, ivi inclusa la messa a punto di una formula con le caratteristiche descritte.

Dopo alterne vicende giudiziarie la questione finiva in Corte d'appello, ove il collegio giudicante, rilevata una certa divergenza degli orientamenti giurisprudenziali negli altri paesi europei, decideva di chiarire il significato e la portata della direttiva UE formulando alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE una serie di quesiti interpretativi pregiudiziali sottesi essenzialmente ad ottenere indicazioni sull'ampiezza della norma.

2.1. Con la sentenza in commento la Corte fornisce una risposta chiara al giudice del rinvio con alcuni semplici passaggi logico-argomentativi che fanno perno sulla nozione di "opera" e sul principio generale di "certezza del diritto".

Secondo la Corte in primo luogo il carattere esauriente della direttiva impone di interpretarla in modo autonomo rispetto alle norme nazionali di recepimento della stessa ed in coerenza con le fonti internazionali rilevanti, cui l'Unione europea si è vincolata[3].

L'ampiezza della norma deve quindi essere desunta anzitutto dalla nozione di "opera artistica", che deve in primo luogo tenere conto di quanto previsto dagli artt. 1- 21 della Convenzione di Berna sul diritto d'autore[4], cui l'Unione è

[3] Cfr. il punto 33 delle motivazioni. Per il quadro giuridico internazionale di riferimento si veda *oltre*.

[4] Cfr. la Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche, firmata il 9 settembre 1886, così come da ultimo modificata a Parigi il 28 settembre 1979.

tenuta a conformarsi in base all'art. 1, par. 4, del Trattato di Ginevra istitutivo dell'OMPI[5] e all'art. 9 dell'Accordo TRIPs allegato al Trattato di Marrakech[6].

Il combinato disposto di queste norme porta la Corte a ritenere che la protezione di una "opera" ai sensi della direttiva 2001/29/CE (e delle norme nazionali di recepimento) è possibile quando sussistano contemporaneamente due requisiti:

l'oggetto di tutela può essere considerato "originale", in quanto effettivamente costituisce il risultato di una creazione intellettuale esclusiva del suo autore;

l'espressione che si intende proteggere è caratterizzata da contenuti identificabili con assoluta precisione e obiettività, in quanto ciò che viene tutelato dal c.d. "*copyright*" non è il prodotto in sé o l'ingegnerizzazione del suo processo produttivo (aspetti, questi, eventualmente rilevanti per altri titoli di proprietà industriale e intellettuale), bensì il modo attraverso cui l'originalità dell'autore si esprime all'esterno (c.d. "espressione")[7].

Muovendo da queste considerazioni la sentenza afferma che nella materia controversa non può esservi alcuno spazio per l'opinabilità valutativa, in quanto occorre garantire una adeguata tutela al diritto stesso (che non può risultare "contendibile" in base ad opinioni individuali) nonché assicurare anche ai concorrenti una adeguata prevedibilità dell'area di "rispetto" della privativa derivante dal diritto in questione.

In questo senso il principio generale della "certezza del diritto" assurge a criterio interpretativo dell'intera materia, sicché, una volta preso atto della impossibilità tecnico-scientifica di esprimere in formule o accertare con prove analitiche a risultato costante il contenuto di un sapore[8] (sempre, in ultima analisi, influenzato dall'apparato soggettivo di fattori di condizionamento quali il contesto emozionale,

---

[5] Cfr. il Trattato OMPI sul diritto d'autore adottato a Ginevra il 20 dicembre 1996 ed entrato in vigore il 6 marzo 2002, approvato dalla Comunità europea con decisione 2000/278/EC del Consiglio del 16 marzo del 2000, relativa all'approvazione, in nome della Comunità europea, del trattato dell'OMPI sul diritto d'autore e del Trattato dell'OMPI sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi.

[6] Cfr. l'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPs) del 15 aprile 1994, che costituisce l'allegato 1 C all'accordo conclusivo dei negoziati multilaterali dell'Uruguay Round (1986-1994) che ha dato vita al WTO, il cui articolo 9 impone agli Stati membri di conformarsi agli artt. 1 – 21 della Convenzione di Berna.

[7] Cfr. i punti 39-40 delle motivazioni, ove la Corte afferma che "sono le espressioni e non le idee, i procedimenti, i metodi di funzionamento o i concetti matematici in quanto tali a poter essere protette in virtù del diritto d'autore". Cfr. in questo senso anche la sentenza 2 maggio 2012, causa C-406/10, *SAS Institute*, ECLI:EU:C:2012:259, punto 33, su cui si vedano G. Noto la Diega, *I programmi per elaboratore e i confini del diritto d'autore. La Corte di Giustizia nega la tutela a funzionalità, linguaggio di programmazione e formato dei file di dati*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2013, p. 69 ss.; R. Onslow, *Copyright Infringement and Software Emulation: SAS Inc v World Programming Ltd*, in *European Intellectual Property Review*, 2013, p. 352 ss.; L. Costes, *Protection par le droit d'auteur des programmes d'ordinateur: les précisions de la CJUE*, in *Droit de l'immatériel: informatique, médias, communication,* 2012, n. 82, p. 20 ss.; M. Trézéguet, *Absence de protection des fonctionnalités et du langage de programmation d'un logiciel*, in *ibidem,* p. 21 ss.; A. Geraci, *Copia di un software e violazione del diritto d'autore: la Corte di giustizia sul caso SAS c. WP*, in *Il diritto industriale*, 2012, p. 457 ss.; H. Harding, *Copyright, the Ideas/Expression Dichotomy and Harmonization: Digging Deeper into SAS*, in *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2012, p. 673 ss.; D. Nickless, *Functionality of a Computer Program and Programming Language Cannot be Protected by Copyright under the Software Directive*, in *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2012, p. 709 ss.; A. Sirotti Gaudenzi, *Protezione software: legittima la rivendica delle licenze di programmi on-line "usate"*, in *Guida dir*., 2012, p. 107 ss.

[8] Cfr. il punto 44 delle motivazioni, in cui la Corte afferma che i mezzi tecnici attuali non consentono un accertamento preciso e obiettivo dell'identità del sapore.

l'età, l'esperienza di chi "assaggia" etc.), la Corte non può che concludere per la non riconducibilità di questo specifico aspetto al diritto d'autore.

3. Così riepilogati i fatti di causa e le conclusioni della Corte merita, anzitutto, segnalazione il significativo passaggio della sentenza sulla ampiezza dell'ambito di proiezione del *copyright*, cui, peraltro, si ricollega la criticità specifica dei "sapori" che costituiscono uno dei principali fattori oggetto di ricerca e sviluppo di prodotto nel settore industriale alimentare.

Secondo la Corte nell'ambito di tutela della direttiva UE possono rientrare di fatto anche prodotti diversi da opere in senso stretto "artistiche" o "letterarie", bastando a tal fine che questi siano espressione della personalità e del valore aggiunto "autoriale" dell'inventore[9].

Infatti, secondo i giudici del Lussemburgo, l'art. 2, par. 1 della Convenzione di Berna consente di considerare "opere artistiche" tutte le produzioni materiali dell'ingegno umano, o, meglio, di ricondurre il diritto d'autore a qualsiasi "espressione" – anche materiale – ai fini anzidetti.

In questo senso la Corte precisa che il fulcro della nozione in esame non deve essere identificato nelle "idee, i procedimenti, i metodi di funzionamento o i concetti matematici in quanto tali", quanto, piuttosto, nel risultato percepibile dal destinatario, cui può astrattamente riferirsi una tutela dell'autore ancorché espansa dalla natura "industriale" del prodotto stesso[10].

L'indicazione sembrerebbe poter trarre, d'altra parte, conferma indiretta anche dalla possibilità di riconoscere un certo grado di "originalità" ai prodotti destinati ad essere realizzati in serie, vuoi perché le stesse opere artistiche del mondo contemporaneo hanno un mercato di larga diffusione (si pensi banalmente alle canzoni, oggi commercializzate a livello globale via internet o condivise attraverso piattaforme di fruizione a pagamento, ma anche, banalmente, alle litografie o alle copie numerate dallo stesso artista etc.), vuoi perché – come più volte affermato dalla stessa Corte di giustizia – l'originalità è un carattere che riflette l'identità e la personalità dell'autore (cfr. sentenze *Infopaq International*[11] e *Painer*[12]), e, dunque, può essere riscontrata in

[9] In questo senso, peraltro, la Corte si era già espressa nelle sentenze 15 marzo 2012, C-135/10, *SCF*, ECLI:EU:C:2012:140, punti 39 e 40, e 2 maggio 2012, *SAS Institute*, cit., punto 33. In merito sia consentito rinviare, per più ampia disamina, a A. Sirotti Gaudenzi, *Il nuovo diritto d'autore*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2018, sp. pp. 75- 89; M. Porcari, *Lineamenti di tutela del copyright*, Torino, 2010; L.C. Ubertazzi, *I diritti d'autore e connessi*, Milano, 2003;

[10] Il fatto stesso che l'articolo 2 della Convenzione di Berna in discussione contenga un elenco di "opere" comunemente inteso come non esaustivo potrebbe essere letto come conferma della natura "aperta" della nozione, ossia della sua capacità di estendersi anche a oggetti di produzione aventi finalità prevalentemente economiche e non solo "culturali" o "artistiche". Cfr. sul tema la nota n. 21 delle Conclusioni dell'Avvocato Generale Wathelet presentate il 25 luglio 2018.

[11] Cfr. la sentenza del 16 luglio 2009, causa C-5/08, *Infopaq International*, ECLI:EU:C:2009:465, su cui si vedano i commenti di P. Blomme, *On the Meaning of 'Originality' Required for the Protection of Authorial Works*, *Landmark IP Decisions of the European Court of Justice 2008-2013*, Brussels, 2014 p. 34 ss.; T. Höppner, *Reproduction in Part of Online Articles in the Aftermath of Infopaq (C-5/08): Newspaper Licensing Agency Ltd v. Meltwater Holding BV*, in *European Intellectual Property Review,* 2011, p. 331 ss.; L. Marino, *Florilège de notions communautaires en droit d'auteur, à partir du droit de reproduction et de l'exception de reproduction provisoire*, in *La Semaine Juridique*, 2009, p. 31 ss.

[12] Cfr. la sentenza del 7 marzo 2013, causa C-145/10, *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH e altri*, ECLI:EU:C:2011:798, su cui si vedano i commenti di L. Costes, *Utilisation d'une photographie*

qualunque prodotto, incontrando quale unico limite il dato tecnico/tecnologico che si ponga quale limitazione materiale nei confronti della sua autonomia di espressione (cfr. la sentenza *Football Dataco*[13]).

3.1. Il vincolo derivante dalla necessitò di ricondurre il *copyright* ad una espressione autoriale determina, peraltro, l'elemento di vulnerabilità nel caso di specie e, più in generale, nei confronti dell'intero settore alimentare rispetto alla categoria giuridica in questione.

La sentenza *Levola*, infatti, dopo aver apparentemente allargato i confini di applicazione della norma offrendo alle imprese una *chance* di protezione in più rispetto ai più canonici diritti di proprietà industriale quali il marchio, il brevetto etc., arriva in ultima analisi a negare la protezione giuridica dei sapori in base ad una valutazione che appare in parte sorprendente.

Secondo la Corte, infatti, allo stato attuale delle conoscenze scientifiche "non è possibile procedere a un'identificazione precisa e obiettiva del sapore di un alimento, che consenta di distinguerlo dal sapore di altri prodotti dello stesso tipo"[14].

Il giudizio si fonda su risultanze istruttorie che dimostrerebbero la diversità di un "sapore" da altri aspetti dei prodotti industriali riconducibili a formule chimiche (come nel caso dei "profumi") o matematiche (come per i profili nutrizionali etc.), sicché, richiamata la certezza del diritto quale fondamento degli ordinamenti liberal-democratici, la Corte ha ritenuto che il tentativo di includere i sapori nel novero delle espressioni "autoriali" proteggibili renderebbe del tutto evanescente (per non dire "arbitrario") il confine giuridico della norma e le sue ricadute in termini anche concorrenziali, aggiudicando un monopolio su basi scientificamente incostanti.

Senza voler entrare nel merito dei profili tecnici, occorre tuttavia prendere atto che l'assunto (intrinseca inattendibilità delle prove organolettiche), per quanto condizionato dalla natura eccezionale della fattispecie in discussione, appare pluri-problematico.

Infatti per un verso non è chiaro per quale ragione nel campo in oggetto la privativa debba essere concessa solo a fronte di un giudizio comparativo matematicamente o scientificamente riconducibile a formula oggettiva, laddove in numerosi

---

de portrait comme modèle pour établir un portrait-robot: l'analyse de la CJUE, in *Droit de l'immatériel: informatique, médias, communication*, 2012, p. 14 ss.; V. Dahan, *Arrêt Painer du 1er décembre 2011: la CJUE poursuit son oeuvre d'harmonisation du droit d'auteur*, in *Droit de l'immatériel: informatique, médias, communication*, 2012, p. 14 ss.; M. Di Mattia, *Cronaca giudiziaria e diritti d'autore sull'opera fotografica di fronte alla Corte di giustizia*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2012, p. 212 ss.; B. Michaux, *La notion d'originalité en droit d'auteur: une harmonisation communatuaire en marche accélérée*, in *Revue de droit commercial belge*, 2012, p. 599 ss.; C. E. Mezzetti, *Il caso Painer: una rivoluzione copernicana per la tutela della fotografia in Italia?*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, p. 2563 ss.; N. Martial-Bratz, *Cliché d'une harmonisation du droit d'auteur par la CJUE: du grand art!*, in *Recueil Le Dalloz*, 2012, p. 471 ss.

[13] Cfr. la sentenza del 1 marzo 2012, causa C-604/10, *Football Dataco Ltd e altri contro Yahoo! UK Ltd e altri*, ECLI :EU:C:2012:115, su cui si vedano i commenti di N. Xanthoulis, *On Copyright Protection of Databases Constituting Sporting Fixture Lists under the Database Directive 96/9/EC*, in *Landmark IP decisions of the European Court of Justice 2008-2013*, Brussels, 2014, p. 219 ss.; C. Castets-Renard, *L'originalité en droit d'auteur européen: la CJUE creuse le sillon*, in *Droit de l'immatériel: informatique, médias, communication*, 2012, p. 6 ss.; D. Rose, *Football Dataco v Yahoo! Implications of the ECJ Judgment*, in *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2012, p. 792 ss..

[14] Cfr. il punto 43 delle motivazioni

altri settori del diritto industriale la valutazione di comparabilità incorpora un certo grado di discrezionalità (quantomeno del giudice, laddove chiamato a valutare la somiglianza di segni, simboli, *lay-out*, modelli etc. o anche solo la c.d. "affinità di prodotto"[15]).

Per altro verso la regola sembra cadere in insanabile contraddizione con il fatto che lo stesso legislatore Ue, non di rado, ricorre alle prove organolettiche come regola per l'effettuazione di delicatissime classificazioni merceologiche e qualitative, rinviando il giudizio a "prove di assaggio", "commissioni di degustazione", "analisi sensoriali" etc. che, a questo punto, risulterebbero incorporare nel dato normativo un elemento di opinabilità difficilmente compatibile con il principio di certezza del diritto e di legalità in discussione.

A titolo esemplificativo è sufficiente pensare a quanto accaduto nel settore degli oli di oliva, ove il regolamento della Commissione n. 2568/91/CE, concernente il "metodo di valutazione sensoriale" ai fini della classificazione delle diverse categorie del prodotto[16], ha stabilito i criteri per l'accertamento anche su base organolettica della sussistenza delle caratteristiche necessarie a poter vantare la qualità "extravergine", circostanza da cui, in epoca recente, sono scaturiti numerosi procedimenti sanzionatori amministrativi promossi dall'Autorità Garante Concorrenza e Mercato italiana[17] su esposto di alcune associazioni di categoria e in base ad indagini in corso da parte della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino[18].

Nelle vicende in esame, alcune delle quali effettivamente conclusesi con l'irrogazione di pesanti sanzioni, il discrimine fra condotte lecite e illecite è stato individuato facendo per l'appunto ricorso alle valutazioni sensoriali, ossia a un parametro che – stando alla sentenza *Levola* – non consentirebbe una obiettività sufficiente per accertare l'identità di un sapore da una degustazione all'altra.

Analoghi problemi potrebbero riscontrarsi nel settore vitivinicolo, ove fra i fattori di classificazione dei prodotti di qualità a denominazione geografica protetta è previsto il giudizio organolettico di commissioni d'assaggio[19] (prevedendosi finanche

---

15 Sul punto sia consentito rinviare alla esaustiva trattazione della problematica di S. Sandri, *L'affinità tra prodotti*, Ariccia, 2015.

16 Cfr. il Regolamento (CEE) 2568/91 della Commissione, dell'11 luglio 1991, relativo alle caratteristiche degli oli d'oliva e degli oli di sansa d'oliva nonché ai metodi ad essi attinenti.

17 Cfr. i provvedimenti dell'Autorità Garante Concorrenza e Mercato PS10283 – *Lidl olio extra vergine d'oliva*, n. 26070; PS 10284, *De Cecco olio extravergine di oliva*, n. 26071; PS 10285 – *Pietro Coricelli Olio extravergine di oliva*, n. 26072; PS 10286, *Carapelli olio extravergine di oliva*, n. 26073; PS 10288, *Carrefour olio extravergine di oliva*, n. 26074, tutti pubblicati nel *Bollettino Settimanale*, n. 22 del 27 giugno 2016, disponibile *on line* sul sito web www.agcm.it.

18 Cfr. in particolare il punto 11 del provvedimento dell'AGCM 26070 "LIDL", in cui si riferisce dell'inchiesta.

19 Cfr. l'art. 65 della legge 12 dicembre 2016, n. 238, Disciplina organica della coltivazione della vite e della produzione e del commercio del vino, che ha riordinato la materia in Italia in coerenza con la riforma della O.C.M. Vino, da ultimo confluita nel regolamento UE 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, il cui articolo 94 prevede, *inter alia*, le valutazioni organolettiche ai fini di classificazione di qualità.

meccanismi di impugnazione tecnica del responso dei *panels*[20]) o, ancora, nel settore dei grassi da spalmare per finalità più strettamente merceologiche[21] etc.

Per tutte queste fattispecie non pare ragionevole ipotizzare che il principio di certezza del diritto possa atteggiarsi in maniera diversa a seconda che si tratti di stabilire se un sapore sia espressione di un particolare *know-how* e, dunque, sia proteggibile con una privativa, o se un prodotto possieda caratteristiche qualitative che consentano di collocarlo all'interno di una gamma superiore.

Sicché delle due l'una: o il profilo organolettico include un elemento di soggettivizzazione eccessivamente indeterminato (e, allora, occorrerebbe sopprimerne la rilevanza giuridica in tutte le sedi), oppure – come pare più ragionevole – il grado di incertezza sotteso alla valutazione dei sapori costituisce nient'altro che la declinazione nello specifico settore del *copyright* della necessità di effettuare delle comparazioni fra prodotti affini che inevitabilmente incorporano un certo grado di discrezionalità, peraltro riconducibile nel caso di specie quantomeno a protocolli e procedimenti normativamente previsti per altri fini.

3.3. La difficoltà di individuare una soluzione univoca alle problematiche descritte mette in evidenza, infine, una criticità più generale legata all'accesso agli strumenti di proprietà industriale nel settore alimentare.

L'impossibilità di descrivere in modo obiettivo un sapore (secondo la sentenza della Corte) mette fuori giuoco questo specifico aspetto degli alimenti anche sul piano della rivendicazione brevettuale quale esito di una innovazione della formula.

L'aspetto organolettico, infatti, sconta la difficoltà di non poter essere fino in fondo descritto, il che vale per il *copyright* così come per l'individuazione dell'elemento innovativo a fini brevettuali.

Per impedire le "imitazioni" le imprese alimentari devono, quindi, ricorrere a tattiche e strumenti diversi, finendo per scontrarsi con i limiti derivanti dalla natura stessa del cibo: un insieme di prodotti che per definizione non possono essere altamente tecnologici o ingegnerizzati, dovendo rispettare severi canoni di sicurezza, tradizionalità di consumo e trasparenza comunicativa.

Così, a titolo esemplificativo, il ricorso allo strumento del "brevetto" sul prodotto e sul processo impone all'inventore di dimostrare anzitutto di aver individuato una soluzione innovativa per un problema noto, ossia di aver superato – in termini di ingredienti o di modalità produttive – lo "stato dell'arte" per raggiungere un risultato migliore o il medesimo risultato in modo più efficace.

Esclusa l'area del "sapore" (come detto, di fatto indescrivibile) simili innovazioni rappresentano aspetti di nicchia, peraltro ben difficilmente capaci di sfuggire al campo di applicazione del regolamento (UE) 2015/2283[22], a mente del quale

[20] Cfr. il Decreto 11 novembre 2011 del Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze - Disciplina degli esami analitici per i vini DOP e IGP, degli esami organolettici e dell'attività delle commissioni di degustazione per i vini DOP e del relativo finanziamento.

[21] Cfr. l'art. 83 del regolamento (UE) 1308/2013 cit.

[22] Cfr. il Regolamento (UE) 2015/2283 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, relativo ai nuovi alimenti e che modifica il regolamento (UE) n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio e abroga il regolamento (CE) n. 258/97 del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 1852/2001 della Commissione.

i prodotti "nuovi" (ossia non apprezzabilmente diffusi sul mercato unico europeo prima del 15 maggio 1997) che derivino da una modifica molecolare, dall'isolamento con tecniche innovative rispetto a ingredienti tradizionali ovvero da nuovi processi produttivi che incidano su valori nutrizionali, metabolismo o tenore di sostanze indesiderate (cfr. art. 2), devono sempre essere preventivamente autorizzati dalla Commissione UE attraverso una complessa e costosa procedura valutativa che prevede il coinvolgimento di EFSA[23] e delle autorità sanitarie nazionali.

In altre parole, proprio l'elemento della "novità", richiesto per assicurare all'inventore il monopolio della scoperta o dell'innovazione, porta ad escluderne la sussistenza per la maggior parte dei procedimenti di formulazione delle ricette alimentari, ovvero, laddove ne sussistano gli estremi, rischia di determinare uno sbarramento all'accesso degli strumenti di P.I. per l'estrema complessità e dispendiosità delle procedure di prevalutazione di sicurezza imposte dal regolamento sui c.d. "*novel foods*".

Analogamente i vincoli di trasparenza imposti dalla tracciabilità[24] e dalla responsabilità solidale di filiera[25] rendono difficoltoso utilizzare la "riservatezza" come strumento per garantirsi l'esclusività[26]: l'intera disciplina del settore alimentare, infatti, ha ormai da tempo assunto la trasparenza come requisito interno ed esterno per la strutturazione dei rapporti commerciali (anche in termini di concorrenza e di diritti), di fatto erodendo gran parte dei margini di tutelabilità del segreto industriale[27].

In definitiva, dunque, esclusa la protezione dei sapori e accertata la difficoltà di una vera e propria "innovazione" nel contenuto del prodotto o nei processi di produzione che su questo possono incidere in forma sostanziale, la tutela industriale del settore alimentare transita per lo più attraverso i marchi e le forme di presentazione del prodotto (disegni e modelli di *packaging* o particolari espressioni visive dell'alimento), che convogliano gli sforzi e gli investimenti più sul *marketing* che sulla ricerca di nuovi alimenti o nuove ricette particolari.

Un risultato tutto sommato modesto (anche dal punto di vista normativo) ove si consideri l'importanza del comparto in questione che risulta essere il primo in Europa per volume e valore di merci importate ed esportate (255 mld/€ nel 2017)[28],

---

[23] Autorità europea per la sicurezza alimentare, con sede in Parma.

[24] Cfr., a titolo esemplificativo, l'art. 18 del regolamento (CE) 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare.

[25] Cfr., a titolo esemplificativo, l'art. 8 del regolamento (UE) 1169/2011 concernente le informazioni sugli alimenti ai consumatori, a mente del quale gli operatori del settore alimentare diversi dal responsabile commerciale del prodotto devono comunque astenersi dalla vendita B2B dello stesso se conoscono o hanno motivo di ritenere che l'etichettatura non sia conforme alla normativa UE in materia. Per poter ottemperare ad una simile disposizione questi soggetti hanno diritto ad una piena *discovery* sui contenuti del prodotto.

[26] È noto, in questo senso, il c.d. "caso *Coca-Cola*", in cui la bevanda viene definita esclusiva in quanto la ricetta renderebbe inintelligibile il contenuto degli aromi che la caratterizzano, indicati complessivamente per macro-categoria senza dettagliarne natura e qualità.

[27] L'opacità sulla formula è, di fatto, ormai limitata alle "quantità" degli ingredienti (ove non necessariamente espresse in forza della regola del "*quid*" di cui all'art. 22 del regolamento 1169/2011/UE cit.) e ad alcune categorie residuali come gli "aromi", che consentono di non dettagliarne precisamente il contenuto e la derivazione.

[28] Cfr. la Relazione 2017 della Commissione europea sul commercio dei prodotti agroalimentari, reperibile *online*.

e certamente fra i primi anche a livello di vocazione produttiva nazionale (ove il PIL generato dalla produzione e commercializzazione di alimenti è pari a 60,4 mld/€ nel 2018, ossia il 13,5% dell'intera produzione lorda nazionale)[29].

In questo senso la vicenda *Levola*, pur nella sua singolarità, non fa che sottolineare, ancora una volta, l'urgenza dell'avvio di un percorso normativo di sburocratizzazione delle procedure per il riconoscimento delle innovazioni scientifiche nella formulazione degli alimenti e per la semplificazione nell'accesso a strumenti di protezione giuridica dei prodotti originali (ancorché non "rivoluzionari") attraverso strumenti che valorizzino ingredienti e altri elementi sostanziali dei prodotti diversi dai soli marchi e dai modelli ornamentali.

Abstract

I sapori fra *copyright* e altri strumenti di tutela della proprietà industriale: note a margine della sentenza *Levola* della Corte di giustizia

Questo commento alla sentenza *Levola* della Corte di giustizia dell'Unione europea mette in evidenza tre conseguenza della sentenza analizzata: 1) l'interpretazione della nozione di "opera" artistica o letteraria data dalla Corte consente di espandere il novero delle fattispecie giuridiche riconducibili al diritto d'autore, includendovi anche prodotti industriali, purché questi rappresentino l'espressione di un apporto autoriale esclusivo; 2) l'esclusione dei "sapori" alimentari dal novero dei contenuti del *copyright*, giustificata dalla Corte per via della irriducibilità di questo aspetto a formula matematica o descrizione oggettiva, crea numerosi problemi sia in termini relativi (difficoltà di riconoscere la differenza sostanziale fra l'opinamento di un sapore rispetto a quello relativo all'affinità di marchi o prodotti brevettati) sia assoluti (rilevanza attribuita alle prove organolettiche in altri settori normativi per finalità di classificazione merceologica o riconoscimento di speciali qualità, potenzialmente confliggente con la "regola" della certezza del diritto come interpretata dalla Corte con riferimento al caso di specie); 3) l'esclusione dei sapori dal novero degli elementi proteggibili con le privative industriali evidenzia la fragilità del settore alimentare, costretto per ragioni di merito a fare i conti con la scarsa "ingegnerizzazione" dei prodotti (tenuti al rispetto dei vincoli di sicurezza, tradizionalità, trasparenza) e con una certa difficoltà di accesso alle tutele brevettuali e alla riservatezza del *know-how*. Ne consegue la necessità di trarre spunto dalle indicazioni della Corte per ripensare il *bouquet* di strumenti di P.I. a disposizione nello specifico settore, onde sburocratizzare le procedure e rendere più facile l'accesso alla protezione di nuovi ingredienti e nuove formule produttive.

[29] Cfr. il *Rapporto sulla competitività dell'agroalimentare italiano* redatto da ISMEA, 24 luglio 2018, reperibile *online*.

Flavours between copyright and other measures to protect industrial property: notes in margin of the Court of Justice's *Levola* judgement

This note to the Court of Justice's *Levola* judgment emphasises three consequences it bears: 1) the interpretation of the notion of artistic or literary "work" provided by the Court allows the expanding of the possible legal definitions referable to copyright, including industrial products, insofar as they represent the expression of an exclusive authorial contribution; 2) the exclusion of food's flavour from the possible gist of copyright, motivated by the Court on the argument of its irreducibility to a mathematical formula or objective description, creates plenty of problems both in relative terms (struggle to recognise the substantial difference between the opinion on a flavour in respect of that pertaining to brands and patented products) and absolute ones (relevance given to organoleptic evidence in other law branches to the end of product classification or attribution of particular qualities, potentially in conflict with the principle of legal certainty as interpreted by the Court in the present case); 3) the exclusion of flavour from the possible elements protected under industrial property rights highlights the fragility of the food sector, forced to deal for inherent reasons with the scarce "engineering" of products (hold to respect obligations of safety, traditionality, transparency), and a certain difficulty of accessing patent protection and the confidentiality of know-how. It follows that is necessary to draw from the Court's indications in order to reconsider the offer of means of IP available within the sector, to the end of reducing bureaucracy procedures and facilitating the access to protection of new ingredients and new productive formulas.

Viviana Sachetti*

La nozione di autorità giudiziaria nel mandato d'arresto europeo, tra mutuo riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il riconoscimento dei diritti fondamentali nel contesto del mandato d'arresto europeo. – 3. I fatti di causa. – 3.1. La definizione di autorità giudiziaria indipendente secondo la CGUE. – 4. Alcune considerazioni conclusive.

1. La Corte di giustizia dell'Unione europea, riunita nella sua Grande Sezione, ha avuto occasione di pronunciarsi il 27 maggio 2019 su tre rinvii pregiudiziali proposti dalla *Supreme Court* e dalla *High Court* irlandesi, concernenti la nozione di "autorità giudiziaria emittente" di un mandato d'arresto europeo (MAE), e, in particolare il requisito dell'indipendenza che tale autorità è tenuta a garantire[1].

La CGUE è chiamata a decidere su un tema evidentemente delicato, in quanto investita di una questione vertente sulla compatibilità del sistema giudiziario tedesco e lituano rispetto al MAE emesso da una procura anziché da un giudice, figura certamente idonea, per natura del suo ufficio, a fornire tutte le garanzie richieste agli organi giurisdizionali nel panorama europeo. La questione risulta di indubbia rilevanza in quanto la Corte deve valutare l'opportunità di fornire elementi comuni nel definire cosa debba intendersi per "autorità giudiziaria emittente", al contempo riaffermando lo spazio di autonomia di cui godono gli Stati membri nell'identificare gli organi a ciò preposti nell'ambito del proprio ordinamento nazionale.

Il presente contributo si propone dunque, premessi brevi cenni sulla disciplina della decisione quadro sul MAE, con particolare riguardo alla tutela dei diritti fondamentali ivi prevista, di analizzare le pronunce da ultimo intervenute in relazione alla più recente giurisprudenza della CGUE, sempre più orientata verso un'interpretazione delle questioni giuridiche che le sono sottoposte alla luce dei valori fondamentali dell'Unione europea, come evidenziato anche dall'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona nelle sue conclusioni del 30 aprile 2019 sui casi in esame.

* Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea, presso l'Università degli Studi Roma Tre.

1 Sentenza della Corte di giustizia del 27 maggio 2019, cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU, *OG* e *PI*, ECLI:EU:C:2019:456; nonché, nella stessa data, C-509/18, *PF*, ECLI:EU:C:2019:457.

2. Il mandato d'arresto europeo trova il proprio fondamento giuridico nella decisione quadro 2002/584/GAI[2], che, come noto, si fonda sul principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, oggi espressamente riconosciuto dall'art. 82 TFUE, ed è volto a semplificare le procedure di estradizione consentendo un dialogo diretto tra le autorità giudiziarie degli Stati membri, senza la necessità di attendere e dipendere dalla discrezionalità del potere esecutivo. Il MAE può infatti essere emesso "da uno Stato membro in vista dell'arresto e della consegna da parte di un altro Stato membro di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o una misura di sicurezza privative della libertà"[3], operando dunque in via tendenzialmente automatica ed incontrando il solo limite dell'obbligo "di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea (che) non può essere modificata per effetto della presente decisione quadro"[4].

La decisione quadro presenta una serie di cause ostative all'esecuzione del MAE richiesto da altro Stato membro, tanto di natura obbligatoria (art. 3) quanto facoltativa (articoli 4 e 4 *bis*), con valutazione a riguardo rimessa all'autorità giudiziaria chiamata all'esecuzione del mandato. Significativamente, tali motivi concernono per lo più ragioni procedurali (es. violazione del *ne bis in idem*, intervenuta prescrizione del reato, amnistia, mancato raggiungimento dell'età penalmente rilevante da parte dell'imputato), che, pur fornendo delle importanti garanzie al soggetto implicato in un procedimento penale, non guardano ad una più esaustiva tutela dei suoi diritti fondamentali[5].

Appare evidente la volontà del legislatore europeo del 2002 di rendere del tutto preminente il principio del mutuo riconoscimento, soprattutto in relazione all'istituto del MAE, la cui portata rivoluzionaria fu da subito percepita nel panorama comunitario[6]. Tuttavia, la mancata attenzione ai diritti fondamentali in tale sede non costituisce un limite alla loro tutela, soprattutto nel mutato quadro giuridico a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, come evidenziato dalla CGUE

---

[2] Decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI, del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra gli Stati membri come modificato dalla decisione quadro 2009/299/GAI (in seguito, decisione quadro MAE).

[3] Art. 1, par. 1, decisione quadro MAE. L'art. 2 prevede l'applicabilità del MAE ai reati puniti nello Stato membro emittente con la privazione della libertà non inferiore a mesi dodici ovvero con condanne non inferiori a mesi quattro, salvo in ogni caso l'applicabilità dello stesso ai reati elencati al par. 2 dell'articolo in questione.

[4] Art. 1, par. 3, decisione quadro MAE.

[5] Tale esigenza non può ritenersi infatti pienamente adempiuta con la previsione, atteso il ruolo che tale parte riveste giuridicamente, del Considerando n. 10, il quale enuncia come il meccanismo del MAE "si basa su un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri. L'attuazione di tale meccanismo può essere sospesa solo in caso di grave e persistente violazione da parte di uno Stato membro dei principi sanciti dall'articolo 6, paragrafo 1, del trattato sull'Unione europea, constatata dal Consiglio in applicazione dell'articolo 7, paragrafo 1, dello stesso trattato, e con le conseguenze previste al paragrafo 2 dello stesso articolo" (cfr. L. Bachmaier, *Mutual Recognition Instruments and the Role of the CJEU: Grounds for Non-Execution*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, p. 11 ss.; C. Heard, D. Mansell, *The European Arrest Warrant: The Role of Judges When Human Rights Are at Risk*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2011, p. 144).

[6] K. Lenaerts, *The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2015, p. 525.

in una pluralità di pronunce[7]. Detta evoluzione risulta particolarmente chiara se si considera il progressivo passaggio da una impostazione più rigida, antecedente al Trattato di Lisbona, all'orientamento certamente più intrusivo, ma al contempo maggiormente attento ai diritti fondamentali, nonché più in generale ai valori fondanti l'Unione, che sta marcando la più recente giurisprudenza europea[8].

Effettivamente, in una prima fase, il giudice comunitario interpretò in modo rigido le eccezioni al primato del principio del mutuo riconoscimento, "cui è improntata l'economia generale della decisione quadro, implica[ndo] anche, a norma dell'art. 1, n. 2, di quest'ultima, che gli Stati membri sono in linea di principio tenuti a dar corso ad un mandato di arresto europeo. Infatti, tali Stati debbono ovvero possono rifiutare l'esecuzione di un mandato siffatto soltanto nei casi elencati agli articoli 3 e 4"[9].

Il superamento di tale impostazione avviene con la relazione della Commissione europea del 2011 sull'attuazione del MAE[10], la quale evidenziava la preoccupazione di alcuni Stati membri circa le conseguenze a detrimento della tutela dei diritti fondamentali, soprattutto alla luce dell'intervenuto Trattato di Lisbona e della natura vincolante assunta dalla Carta di Nizza[11]. La Commissione evidenziava in tale sede come proprio il rispetto dei diritti fondamentali costituisse un fattore rafforzativo della reciproca fiducia e un elemento essenziale per il corretto ed efficace funzionamento della decisione quadro sul MAE[12].

---

[7] Una importante ricostruzione a riguardo è offerta da S. Marino, *La mutua fiducia ai tempi della crisi di valori: il caso del mandato d'arresto europeo*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2018, p. 633 ss.

[8] Come analizzato in F. Bianco, *Mutual Recognition in Criminal Matters*, in R. Sicurella, V. Mitsilegas, R. Parizot, A. Lucifora (a cura di), *General Principles for a Criminal Common Law Framework in the EU*, Milano, 2017, pp. 353 ss; A. P. Van Der Mei, *The European Arrest Warrant System: Recent Developments in the Case Law of the Court of Justice*, in *Maastricht Journal European Comparative Law*, 2017, p. 900.

[9] Sentenza della Corte di giustizia del 1° dicembre 2008, causa C-388/08, *Leymann and Pustovarov*, ECLI:EU:C:2008:669, punto 51. Tale interpretazione restrittiva è ribadita ad es. nella sentenza della Corte di giustizia del 16 novembre 2010, causa C-261/09, *Mantello*, ECLI:EU:C:2010:683, punto 37.

[10] Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione dal 2007 della decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, dell'11 aprile 2011, COM (2011)175. Proprio tale maggiore attenzione ai diritti fondamentali ha portato all'approvazione di una serie di direttive concernenti importanti prerogative degli imputati, che trovano espressamente applicazione tanto nei procedimenti interni quanto nell'ambito del MAE: Direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010 sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali; Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2012 sul diritto all'informazione nei procedimenti penali; Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013 relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo.

[11] Come graniticamente affermato nella sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, punto 21: "(…) dato che i diritti fondamentali garantiti dalla Carta devono essere rispettati quando una normativa nazionale rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, non possono quindi esistere casi rientranti nel diritto dell'Unione senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione. L'applicabilità del diritto dell'Unione implica quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta".

[12] Nel programmare l'attività successiva invero, la Commissione affermava in relazione ai diritti fondamentali che "devono essere adottate e recepite le misure (…) onde garantire il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali e accrescere la fiducia reciproca, elemento essenziale a mantenere operativi

Il vuoto legislativo di tale decisione è stato in seguito colmato in via ermeneutica dalla CGUE, che nell'ormai celebre caso *Aranyosi* e *Căldăraru*[13] ha avuto modo di affermare come l'autorità giudiziaria che riceva la richiesta di esecuzione di un MAE non può darvi luogo qualora, in virtù di "elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunatamente aggiornati", attestanti carenze sistemiche o generalizzate, vi sia il concreto rischio che la persona sia sottoposta nello Stato membro emittente ad una violazione dei propri diritti fondamentali[14]. Tale sentenza ha dunque sancito in modo inequivocabile l'affermazione di un "processo di 'europeizzazione' dei limiti da porre all'esecuzione" del MAE, riconoscendo la prevalenza della tutela dei diritti fondamentali sui principi di mutua fiducia e mutuo riconoscimento[15].

In tale quadro delineato dalla giurisprudenza, è dunque evidente quale rilievo possa assumere il diritto ad un'autorità giudiziaria emittente un MAE che rivesta il carattere di piena indipendenza. La previsione dell'art. 6 della decisione quadro si limita a stabilire come per autorità giudiziaria emittente debba intendersi "l'autorità giudiziaria dello Stato membro emittente che, in base alla legge di detto Stato, è competente a emettere un mandato d'arresto europeo" (par. 1), demandando a ciascuno Stato di comunicare al Segretario generale del Consiglio quale sia l'autorità competente "in base al proprio diritto interno" (art. 6, par. 3). Tale definizione appare alquanto laconica, lasciando in via di principio ampio spazio agli ordinamenti nazionali nello stabilire quale sia l'autorità giudiziaria procedente ad emettere un MAE.

La questione ha impegnato la CGUE solo di recente. I giudici di Lussemburgo sono arrivati ad escludere che nella definizione di "autorità giudiziaria" vi possa rientrare un organo del potere esecutivo, e più nello specifico il Ministero della giustizia[16] ed i servizi di polizia dello Stato[17], ben potendovi ricomprendere invece la figura del pubblico ministero, in quanto "autorità chiamata a partecipare all'amministrazione della giustizia penale di uno Stato membro"[18]. Ed è proprio in tale contesto di ricerca definitoria che si colloca la decisione in commento.

---

gli strumenti di reciproco riconoscimento quali la decisione quadro del Consiglio" (Relazione della Commissione sull'attuazione della direttiva quadro del MAE, 2011, p. 10).

13 Sentenza della Corte di giustizia del 5 aprile 2016, cause riunite C-404 e 659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198.

14 Sentenza *Aranyosi* e *Căldăraru*, cit., punto 94. Sul punto, G. Anagnostaras, *Mutual Confidence Is Not Blind Trust! Fundamental Rights Protection and the Execution of the European Arrest Warrant:* Aranyosi e Căldăraru, in *Common Market Law Review*, 2016, pp. 1675-1704; N. Lazzerini, *Gli obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali come limite all'esecuzione del mandato di arresto europeo: la sentenza* Aranyosi e Căldăraru, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, pp. 445-453.

15 Così G. De Amicis, *Il principio del reciproco riconoscimento e la sua attuazione nel diritto interno*, in M. R. Marchetti, E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Milano, 2019, pp. 239 ss.

16 Sentenza della Corte di giustizia del 10 novembre 2018, causa C-477/16 PPU, *Kovalkovas*, ECLI:EU:C:2016:861, punto 35 e seguenti. In particolare, al punto 37: ([c]iò comporta che non solo la decisione relativa all'esecuzione del mandato d'arresto europeo, ma anche quella relativa all'emissione di un tale mandato siano prese da un'autorità giudiziaria, in modo che l'intera procedura di consegna tra Stati membri prevista dalla decisione quadro sia esercitata sotto il controllo giudiziario".

17 Sentenza della Corte di giustizia del 10 novembre 2016, causa C-452/16 PPU, *Poltorak*, ECLI:EU:C:2016:858, punti 34 e seguenti.

18 Sentenza della Corte di giustizia del 10 novembre 2016, causa C-453/16 PPU, *Özçelik*, ECLI:EU:C:2016:860, punti 34 e seguenti.

3. Le cause riunite *OG* (C-508/18) e *PI* (C-82/19 PPU) traggono origine dalla medesima questione pregiudiziale, concernente due MAE emessi in Germania, rispettivamente dalla Procura di Lubecca nel 2016, che indagava il cittadino lituano OG, residente in Irlanda, per omicidio volontario e lesioni personali gravi, e da quella di Zwickau nel 2018, che aveva avviato un procedimento a carico del cittadino rumeno PI per furto organizzato o rapina a mano armata. OG proponeva ricorso dinanzi la High Court irlandese sostenendo come detta Procura non costituisse una autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 6, par. 1, della decisione quadro sul MAE. Ciò in quanto la figura del pubblico ministero in Germania non godrebbe di autonomia ed indipendenza, stante la previsione dell'art. 146 della legge tedesca sull'ordinamento giudiziario, che stabilisce il potere di vigilanza e di direzione del Ministero della giustizia nei confronti del Procuratore generale federale e dei procuratori federali. Inoltre, pur competente ad *eseguire* un mandato d'arresto nazionale, il pubblico ministero non disporrebbe del potere di *ordinare* la detenzione o l'arresto, dal che discenderebbe l'impossibilità di attribuire un simile potere, non previsto nel corrispondente assetto giudiziario nazionale, qualora si tratti di un MAE. Il giudice del rinvio dunque domanda alla Corte di giustizia se la procura di Lubecca rivesta il necessario requisito d'indipendenza e se possa essere considerata un'autorità giudiziaria, in conformità alla citata giurisprudenza della CGUE. Le questioni proposte nell'ambito del procedimento a carico di OG sono state condivise dalla High Court irlandese con riferimento al caso di PI[19].

La causa *PF* (C-509/18), sulla quale la Grande sezione si è pronunciata in pari data rispetto a *OG* e *PI*, concerne l'analoga situazione di un cittadino lituano residente in Irlanda, nei confronti del quale fu emesso un MAE da parte del procuratore generale del suo Stato d'origine per una presunta rapina a mano armata. Tuttavia, la questione pregiudiziale sottoposta alla Corte di Lussemburgo è parzialmente diversa da quella del precedente caso, domandandosi il giudice del rinvio – la Supreme Court irlandese – se la nozione di autorità giudiziaria possa ricomprendere il procuratore generale che, sebbene indipendente dal potere esecutivo, è altresì formalmente autonomo rispetto al potere giudiziario, nonostante gli sia attribuito il potere-dovere di esercitare l'azione penale nell'ordinamento nazionale.

3.1. Il ragionamento operato dalla CGUE in *OG* e *PI* si apre significativamente con la considerazione che, quando agiscono nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, gli Stati membri devono presumere, salvo casi eccezionali, che anche negli altri ordinamenti è rispettato "il diritto dell'Unione e, in particolare, i diritti fondamentali", e ciò in virtù del principio della mutua fiducia[20]. Tale affermazione preliminare risulta di per sé indicativa della posizione che la Corte si propone

[19] L'Irlanda ha recepito la decisione quadro sul MAE mediante l'*European Arrest Warrant Act* del 2003, fornendo all'art. 2, par. 1., co. 1, la seguente definizione di autorità giudiziaria: "il giudice, il magistrato o qualsiasi altra persona autorizzata ai sensi della legge dello Stato membro interessato a svolgere *funzioni identiche o simili* a quelle svolte ai sensi dell'art. 33 da un organo giurisdizionale (irlandese)" (corsivo aggiunto).

[20] Sentenza *OG* e *PI*, cit., punto 43. Tale prospettiva è stata già evidenziata nella fondamentale pronuncia della Corte di giustizia del 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU, *LM,* ECLI:EU:C:2018:586, (su cui più diffusamente *infra*, par. 4).

di assumere nel proprio ragionamento giuridico: la tutela dei diritti fondamentali è il fine ultimo cui gli Stati devono tendere nei loro rapporti reciproci.

Alla luce di tale osservazione iniziale, la Corte, pur ribadendo l'autonomia di cui è indubbio che gli Stati membri godano in materia processuale, ritiene che il senso e la portata della nozione di "autorità giudiziaria" non possano in ogni caso essere rimessi alla loro discrezionalità. Si impone invero la necessità di fornire una "interpretazione autonoma e uniforme" all'interno dell'Unione, considerando la lettera, il contesto e la finalità della decisione quadro sul MAE[21]. Ed è proprio da una interpretazione letterale della disposizione dell'art. 6, par. 1, della decisione quadro sul MAE che la CGUE desume come per autorità giudiziaria debba intendersi qualsiasi autorità che partecipi all'amministrazione della giustizia, pur non trattandosi necessariamente di organi giurisdizionali[22]. La precisazione dei giudici di Lussemburgo è avvallata peraltro tanto da elementi di natura sistematica, ammettendo l'art. 82, par. 1, lett. *d*), TFUE la cooperazione in materia penale "tra autorità giudiziarie o autorità omologhe", quanto da una lettura teleologica dell'intera decisione quadro, volta a creare un sistema celere ed efficace di circolazione delle decisioni in materia penale che intervengano tanto in fase anteriore quanto esecutiva della sentenza di condanna. All'esito di tale operazione ermeneutica, la Corte può dunque affermare che l'ufficio del pubblico ministero, in quanto detentore del potere – e talvolta dovere – di avviare l'azione penale, partecipa all'amministrazione della giustizia[23].

Discorso diverso concerne invece l'asserita mancanza di piena indipendenza di tale organo del potere giudiziario dall'esecutivo. Afferma infatti la Corte: "[i] l sistema del mandato d'arresto europeo comporta dunque una protezione su due livelli dei diritti in materia procedurale e dei diritti fondamentali di cui deve beneficiare la persona ricercata, in quanto alla protezione giudiziaria prevista al primo livello, in sede di adozione di una decisione nazionale come un mandato d'arresto nazionale, si aggiunge quella che deve essere garantita al secondo livello, in sede di emissione del mandato d'arresto europeo (…)". Ne consegue che l'autorità giudiziaria emittente, richiamata dall'art. 6, deve poter "esercitare tale funzione in maniera obiettiva, tenendo conto di tutti gli elementi a carico e a discarico, e senza essere esposta al rischio che il suo potere decisionale sia soggetto a ordini o istruzioni esterni, in particolare provenienti dal potere esecutivo, di modo che non vi sia alcun dubbio sul fatto che la decisione di emettere il mandato d'arresto europeo spetta a tale autorità e non, in definitiva, al predetto potere"[24]. Lo Stato membro è dunque chiamato a conformarsi all'art. 6 CEDU e ad assicurare l'indipendenza delle autorità incaricate di emettere un MAE, soprattutto qualora non costituiscano un organo giurisdizionale in senso stretto, mediante la predisposizione di "regole statutarie e organizzative idonee a garantire che l'autorità giudiziaria emittente non sia esposta, nell'ambito dell'adozione di una decisione di emettere un tale mandato d'arresto, a un qualsivoglia rischio di essere soggetta, in particolare, a istruzioni individuali da

[21] Ivi, punti 48 e 49.

[22] Ivi, punti 50 e 51. La Corte ribadisce dunque come, conformemente alla giurisprudenza *Poltorak* e *Kovalkovas*, da tale definizione restano esclusi i ministeri e i servizi di polizia, i quali sono alle dipendenze del potere esecutivo.

[23] Ivi, punti 60-62.

[24] Ivi, punti 67-73.

parte del potere esecutivo", garantendo altresì la possibilità di ricorrere per via giurisdizionale avverso tale decisione[25].

Alla luce di tali considerazioni, la Corte ritiene che l'apparato di garanzie, pur incontestabilmente presente nell'ordinamento giudiziario tedesco[26], non può ritenersi sufficiente e adeguato ad assicurare una piena indipendenza dell'ufficio del procuratore generale dal Ministro della giustizia, dal quale è ben possibile, seppure solo in taluni ristretti casi, che il pubblico ministero riceva delle istruzioni in grado di influire sull'emissione di un MAE. Per questi motivi, la CGUE ritiene che la nozione di "autorità giudiziaria emittente", ai sensi dell'art. 6, par. 1, della decisione quadro del MAE, debba essere interpretata nel senso di escludere "le procure di uno Stato membro che siano esposte al rischio di essere soggette, direttamente o indirettamente, a ordini o a istruzioni individuali da parte del potere esecutivo, quale un Ministro della giustizia, nell'ambito dell'adozione di una decisione relativa all'emissione di un mandato d'arresto europeo".

L'orientamento assunto dalla Corte nella pronuncia *OG* e *PI* è integralmente recepito nella sentenza *PF*, che, nel richiamare quasi *verbatim* la decisione di pari data, nota come il procuratore generale lituano, competente ad esercitare l'azione penale e dunque parte dell'amministrazione giudiziaria, goda di piena indipendenza da qualsiasi ingerenza del potere esecutivo in quanto ciò è stabilito dall'art. 118 della costituzione della Lituania[27].

4. Le sentenze sinora esaminate costituiscono una novità nel panorama delle pronunce sul mandato d'arresto europeo, in quanto la CGUE viene chiamata per la prima volta a svolgere considerazioni nel merito e avendo stretto riguardo al caso concreto circa le caratteristiche di autorità che indubbiamente rivestono un ruolo a livello giudiziario. Affermando con forza l'autonomia della definizione comunitaria di autorità giudiziaria, la Corte si addentra, infatti, in valutazioni che sono indubbiamente destinate ad avere importanti ricadute anche sul piano politico.

È interessante notare come la posizione assunta dalla Corte sia maggiormente temperata rispetto a quella proposta dall'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, che, nelle sue conclusioni[28], aveva escluso in radice la possibilità di annoverare la figura del pubblico ministero come "autorità giudiziaria"[29]. Tale

---

25 Ivi, punti 74 e 75.

26 In particolare, come emerge dalle dichiarazioni del Governo tedesco (ivi, punto 76 ss.), gli uffici della procura tedeschi sono tenuti ad operare secondo obiettività, indagando anche sugli elementi a discarico, nel rispetto del principio di legalità. Peraltro, i dipendenti di tali uffici non possono essere rimossi dal proprio incarico per mera inosservanza di eventuali istruzioni da parte del Ministro della giustizia, dovendo anzi costoro rifiutarne l'esecuzione qualora siano caratterizzate da manifesta illiceità.

27 Sentenza *PF*, cit., punto 55 ss. Peraltro, il procuratore è chiamato direttamente a verificare il rispetto dei diritti fondamentali delle persone che siano richieste per un MAE.

28 Conclusioni dell'Avv. gen. Sánchez-Bordona del 30 aprile 2019, cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU, *OG* e *PI*, ECLI:EU:C:2019:337 e del 30 aprile 2019, causa C-509/18, *PF*, ECLI:EU:C:2019:338.

29 E ciò secondo il rilievo per cui bisogna differenziare gli strumenti di cooperazione penale quale l'ordine europeo d'indagine, in cui certamente il pubblico ministero ricopre un ruolo essenziale, dal mandato d'arresto europeo, nell'ambito del quale si prospetta una privazione della libertà da parte del soggetto implicato ben più lunga della custodia precautelare che, sebbene di norma è stabilita dal pubblico ministero, necessita di una tempestiva convalida da parte degli "organi giurisdizionali *stricto sensu*" (conclusioni Avvocato generale in *OG* e *PI*, cit., punto 61). Fa peraltro notare ancora l'Avvocato generale

prospettiva appare eccessivamente drastica e difficilmente compatibile con i sistemi giudiziari europei, che necessiterebbero di corpose riforme dei propri ordinamenti, quantomeno per quel che concerne l'emissione dei MAE, per essere conformi a quanto prospettato dall'Avvocato generale. È dunque da condividersi l'impostazione dei giudici di Lussemburgo, il cui maggior riguardo per il caso di specie ha permesso di individuare specifici profili d'incompatibilità dell'ordinamento tedesco con la normativa europea.

Tuttavia, pur non accogliendosi la conclusione cui giunge, l'argomentazione dell'Avvocato generale appare maggiormente conforme alle nuove tendenze che hanno caratterizzato la più recente giurisprudenza europea, in particolare per quel che concerne l'attenzione allo strumento strettamente comunitario della Carta di Nizza e dei valori fondamentali dell'Unione. È, infatti, singolare come la Corte abbia condotto la propria indagine pregiudiziale, almeno per quanto concerne il necessario requisito dell'indipendenza del potere giudiziario, utilizzando quale esclusivo parametro normativo l'art. 6 CEDU. Sebbene tale percorso argomentativo non appaia necessariamente difforme dalla previsione dell'art. 52, par. 3, della Carta di Nizza, la mancata menzione delle rilevanti previsioni della Carta dei diritti fondamentali desta perplessità se non altro sul piano dell'opportunità giuridica di far ricorso al quadro normativo interno di tutela, già ben consolidato in merito alla tutela giurisdizionale effettiva (art. 47 Carta), che sul tema potrebbe avvantaggiarsi, *ad abundantiam*, dei riferimenti alla CEDU e alla relativa giurisprudenza sul piano ermenutico.

La CGUE sembra invero quasi voler prendere le distanze da quel *trend* giurisprudenziale inaugurato con la pronuncia *LM*[30], che aveva posto al centro delle proprie considerazioni l'art. 47 della Carta di Nizza e più in generale i valori fondamentali previsti dall'art. 2 TUE sui quali l'Unione si fonda. Invero, "il requisito dell'indipendenza dei giudici attiene al contenuto essenziale del diritto fondamentale a un equo processo, che riveste importanza cardinale quale garanzia della tutela dell'insieme dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e della salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati all'articolo 2 TUE, segnatamente, del valore dello Stato di diritto"[31]. Sulla scorta di tale premessa, la Corte affermava in tale occasione come gli Stati abbiano l'obbligo di conformarsi all'art. 47 della Carta di Nizza – e non, direttamente, all'art. 6 CEDU – per garantire una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, *ex* art. 19,

---

come la proposta iniziale della decisione quadro del MAE ricomprendesse esplicitamente il pubblico ministero nella nozione di autorità giudiziaria: ma tale proposta non è stata accolta nella versione definitiva (conclusioni dell'avv. gen. in *PF*, cit., punti 37-39).

[30] La pronuncia in questione verteva sulla più generale questione del diniego di consegna di una persona richiesta da un MAE emesso da uno Stato (nel caso di specie, la Polonia) dove vi sia un concreto rischio della violazione del diritto a un equo processo, il quale risulti peraltro da una proposta motivata della Commissione adottata ai sensi dell'art. 7, par. 1, TUE. Sul punto, v. M. Aranci, *Un nuovo rinvio pregiudiziale sul mandato d'arresto europeo: quale rapporto tra esecuzione e rispetto dei valori fondamentali dell'Unione?*, in *Eurojus.it*, 2018; V. Covolo, *Mutual Recognition and Effective Judicial Protection*, in S. Allegrezza, V. Covolo (a cura di), *Effective Defence Rights in Criminal Proceedings: A European and Comparative Study on Judicial Remedies*, Milano, 2018, pp. 190-194.

[31] Sentenza *LM*, cit., punto 47.

par. 1, TFUE[32]. Peraltro, la sentenza *LM* presenta l'indubbio pregio di fornire una definizione generale di indipendenza dell'autorità giudiziaria, fondata sugli articoli 47 e 48 della Carta[33], che pure non sembra essere recepita nelle sentenze qui oggetto di commento.

Un passo indietro, dunque, da parte della Corte di giustizia rispetto alle sue recenti statuizioni? La CGUE ha certamente perso un'ottima occasione per consolidare maggiormente il percorso verso una sempre crescente tutela dei diritti fondamentali nella cornice del MAE, che sembrava aver trovato il culmine proprio nella sentenza *LM*[34]. Tuttavia, l'atteggiamento più cauto della Corte può trovare una giustificazione considerando la delicatezza sul piano politico della decisione che era chiamata ad assumere, dovendo per la prima volta entrare concretamente nel merito delle valutazioni dell'indipendenza di un organo, quale quello del pubblico ministero, la cui terzietà *ex se* non aveva sinora mai costituito oggetto di contestazioni. Tale pronuncia rischia di mettere concretamente in crisi il sistema del MAE, soprattutto se richiesto in pendenza di un processo penale, contesto in cui diffusamente nei vari Stati membri è concesso ampio margine di potere al procuratore. Rimane tuttavia auspicabile un atteggiamento più coerente della Corte, che continui a porre al centro delle proprie valutazioni i valori fondamentali dell'Unione europea e la Carta di Nizza.

Abstract

[32] Pur precisando poi tale pronuncia come "occorre osservare che, nell'ambito dell'esercizio dell'azione penale o dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza privative della libertà, o ancora nel contesto del procedimento penale di merito, i quali non rientrano nell'ambito di applicazione della decisione quadro 2002/584 e del diritto dell'Unione, gli Stati membri restano soggetti all'obbligo di rispettare i diritti fondamentali sanciti dalla CEDU o dal loro diritto nazionale, compresi il diritto a un equo processo e le garanzie che ne derivano" (sentenza *LM*, cit., punto 57).

[33] Ivi, punto 67: "il requisito di indipendenza richiede inoltre che il regime disciplinare di coloro che hanno una funzione giurisdizionale presenti le garanzie necessarie per evitare qualsiasi rischio di utilizzo di un siffatto regime come sistema di controllo politico del contenuto delle decisioni giudiziarie. A tal riguardo, l'emanazione di norme che definiscono, segnatamente, sia i comportamenti che integrano illeciti disciplinari sia le sanzioni concretamente applicabili, che prevedono l'intervento di un organo indipendente conformemente a una procedura che garantisca appieno i diritti consacrati agli articoli 47 e 48 della Carta, in particolare i diritti della difesa, e che sanciscono la possibilità di contestare in sede giurisdizionale le decisioni degli organi disciplinari costituisce un insieme di garanzie essenziali ai fini della salvaguardia dell'indipendenza del potere giudiziario".

[34] Emblematica, a tale riguardo, l'affermazione dell'Avvocato generale nelle sue conclusioni del caso *OG* e *PI*: "sarebbe paradossale se, dopo le recenti pronunce della Corte di giustizia in materia di indipendenza dei giudici, si *abbassasse il livello* dei requisiti, riconoscendo come autorità giudiziaria indipendente un soggetto che può essere obbligato a seguire le istruzioni di altri poteri" (punto 88).

La nozione di autorità giudiziaria nel mandato d'arresto europeo, tra mutuo riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali

Con due pronunce del 27 maggio 2019, la Corte di giustizia è chiamata ad interpretare la nozione di "autorità giudiziaria emittente" nell'ambito del mandato d'arresto europeo. I giudici di Lussemburgo, pur ammettendo come in tale definizione vi possa rientrare il pubblico ministero, afferma la necessità che tale autorità presenti pieni requisiti di indipendenza dal potere esecutivo, non risultando tale criterio rispettato qualora il Ministero della giustizia possa fornire qualsiasi tipo di istruzione al procuratore generale. Tali pronunce adottano tuttavia una posizione più cauta riguardo ai diritti fondamentali, evitando qualsiasi richiamo alla Carta di Nizza.

The Definition of Judicial Authority within the European Arrest Warrant, Between Mutual Recognition and the Protection of Fundamental Rights

With two decisions of 27th May 2019, the EU Court of Justice is called to interpret the notion of "executing judicial authority" within the European Arrest Warrant context. The CJEU, while conceding that such a definition may include the public prosecutor, affirms that said authority must be fully independent from the executive branch: thus, the criterion is not met when the Ministry of Justice has the power to provide any kind of instruction to the attorney general. However, such decisions adopt a wary position for what concerns the fundamental rights therein concerned, avoiding any mention to the Nice Charter.