AISDUE
Associazione Italiana Studiosi
di Diritto dell'Unione Europea

QUADERNI AISDUE

1/2021

Editoriale Scientifica

ASSOCIAZIONE ITALIANA DEGLI STUDIOSI DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Organi dell'Associazione

Presidente: Antonio Tizzano
Segretario generale: Patrizia De Pasquale

Consiglio direttivo:

Antonio Tizzano (presidente), Patrizia De Pasquale (segretario generale),
Pietro Manzini, Paola Mori, Francesco Rossi Dal Pozzo,
Lorenzo Schiano di Pepe, Fabio Spitaleri

Collegio dei garanti:

Giandonato Caggiano, Paolo Mengozzi,
Bruno Nascimbene, Ennio Triggiani

Quaderni AISDUE

Comitato scientifico:

Antonio Tizzano, Patrizia De Pasquale,
Pietro Manzini, Paola Mori, Francesco Rossi Dal Pozzo,
Lorenzo Schiano di Pepe, Fabio Spitaleri

Comitato editoriale Quaderni AISDUE:

Patrizia De Pasquale e Fabio Spitaleri (coordinatori),
Andrea Circolo, Angela Correra, Giulia D'Agnone, Benedetta Minucci

Comitato editoriale BlogDUE:

Patrizia De Pasquale e Fabio Spitaleri (coordinatori),
Mario Barbano, Andrea Circolo, Erika Colombo, Angela Correra,
Giulia D'Agnone, Alessandra Favi, Rosario Federico, Federica Ferrari,
Federico Ferri, Elena Gualco, Sarah Lattanzi, Claudia Massa,
Benedetta Minucci, Emmanuel Pagano, Martina Previatello,
Enrico Tinti, Alessia Voinich, Laura Zoboli

QUADERNI AISDUE

2021/1

Editoriale Scientifica
Napoli

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2022 Editoriale Scientifica srl
via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli

ISBN 979-12-5976-246-7
ISNN 2723 9969

INDICE

ANTONIO TIZZANO, *Presentazione Quaderni AISDUE* 9

Articoli

TESAURO G., *Una nuova revisione dei Trattati dell'Unione per conservare i valori del passato*, 18 giugno 2021 13

MARTINES F., *La Conferenza sul futuro dell'Europa: uno strumento innovativo di partecipazione democratica per rafforzare la legittimità dell'Unione?*, 29 luglio 2021 23

MORI P., *Il rapporto tra la Corte di giustizia e le giurisdizioni nazionali nell'interpretazione della Carta dei diritti fondamentali: la posizione della Corte di giustizia*, 26 luglio 2021 45

Note e commenti

AGRATI G., CIPRANDI A., TORRESAN R., *Il rinvio pregiudiziale nel "caso* Randstad*": riflessioni critiche sul fragile primato del diritto dell'Unione europea*, 10 giugno 2021 69

CAPUANO V., *Limiti di età ed accesso alla professione notarile tra diritti fondamentali e sistemi contributivi nazionali*, 5 luglio 2021 103

CIRCOLO A., Ultra vires *e* Rule of Law: *a proposito della recente sentenza del Tribunale costituzionale polacco sul regime disciplinare dei giudici*, 15 luglio 2021 117

MAOLI F., *Contratti e illeciti nel Regolamento Bruxelles I-bis: la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso* Wikingerhof, 29 luglio 2021 121

BlogDUE

TIZZANO A., *Presentazione BlogDUE*, 13 ottobre 2021 133

BARBANO M., *Le sentenze del Tribunale dell'Unione sulla vicenda Air Berlin (cause T-240/18 e T-296/18):* to O&D or not to O&D?, 2 dicembre 2021 135

BARBANO M., Wind of change: *la sentenza* Google Shopping *del Tribunale dell'Unione (T-612/17) e i possibili riflessi sulla prassi di antitrust* enforcement *nel settore delle piattaforme digitali*, 29 dicembre 2021 145

CIRCOLO A., *Un "approdo" per le concessioni balneari: l'Adunanza plenaria nega la proroga automatica delle concessioni*, 2 dicembre 2021 155

D'AGNONE G., *La Corte di giustizia condanna la Polonia al pagamento di una penalità di mora per non aver osservato le misure cautelari emesse riguardo alla miniera di lignite di Turòw*, 13 ottobre 2021 165

DE PASQUALE P., *Inespugnabile la roccaforte dei criteri CILFIT (Causa C-561/19)*, 18 ottobre 2021 171

DI FEDERICO G., *Il Tribunale costituzionale polacco si pronuncia sul primato (della Costituzione polacca):* et nunc quo vadis?, 13 ottobre 2021 179

FERRARI F., *I nuovi abusi "digitali": il* self-preferencing *di Google al vaglio del Tribunale dell'Unione*, 21 novembre 2021 189

FERRI F., *L'impugnazione delle direttive da parte dei singoli: la rivoluzione "gentile" dell'Avv. gen. Bobek*, 23 novembre 2021 197

LANOTTE M., *La mancata applicazione del meccanismo di condizionalità: carenza o incoerenza?*,16 novembre 2021 205

LATTANZI S., *Nello scenario* post-Brexit *il Tribunale offre dei chiarimenti in merito alla natura dell'accordo di recesso e delle decisioni ad esso relative*, 7 dicembre 2021 211

MASSA C., *DMA or not DMA, that is the question*, 7 dicembre 2021 217

MINUCCI B., *Il fermo amministrativo della nave Sea-Watch 4 al vaglio della Corte di giustizia*, 15 dicembre 2021 225

PACE L., *La sentenza della Corte costituzionale polacca del 7 ottobre 2021: tra natura giuridica dell'Unione, l'illegittimità del sindacato ultra vires e l'attesa della soluzione della "crisi" tra Bruxelles e Berlino*, 29 ottobre 2021 233

PESCE C., *Taluni profili del diritto penale europeo quale banco di prova per il legislatore italiano*, 20 dicembre 2021 241

Focus Carta dei diritti fondamentali

MORI P., *La Commissione adotta la nuova Strategia per rafforzare l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* 253

Presentazione Quaderni AISDUE

Presentiamo oggi il primo numero dei "Quaderni" dell'AISDUE, che inaugura la nuova serie delle nostre pubblicazioni, in sostituzione dei vecchi "Annali", con l'ambizione di raccogliere, periodicamente, gli scritti dei nostri Soci: uno o più numeri per anno, in funzione del materiale che avremo raccolto.

Li accogliamo con soddisfazione e speranza. Con soddisfazione perché ogni loro numero testimonierà la passione dei nostri Soci nel cercare spunti per un intervento e al tempo stesso nel profittare degli strumenti per rinvigorire la propria scrittura scientifica, educando la mano alla severità e al rigore di essa. Con speranza perché i Quaderni offrono una sede appropriata per ospitare tali contributi, ma anche uno stimolo, specie per i giovani studiosi, per lanciarsi nell'impresa di tentare una prima o una delle prime pubblicazioni. Auspichiamo quindi che l'occasione sia colta.

Va detto, comunque che i Quaderni ospiteranno anche altri scritti, come gli Atti dei Convegni organizzati dall'Associazione o contributi più articolati di un commento di prima mano. In questo primo numero, ad es., abbiamo la fortuna di aprire il fascicolo con un contributo del nostro Presidente onorario, prof. Giuseppe Tesauro, ultimo scritto prima della Sua immatura scomparsa.

Per concludere questa breve presentazione, insomma, possiamo dire che ci sono tutte le premesse perché la nostra offerta abbia un esito positivo. Confidiamo che il futuro confermi questo auspicio.

Il Presidente
Antonio Tizzano

Articoli

UNA NUOVA REVISIONE DEI TRATTATI DELL'UNIONE PER CONSERVARE I VALORI DEL PASSATO

GIUSEPPE TESAURO*

La decisione di AISDUE di contribuire al dibattitto in seno alla "*Conferenza sul futuro dell'Europa*"[1] offre lo spunto per una riflessione sugli oltre settanta anni passati e sul cammino percorso dal processo di integrazione iniziato con la Dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950, dopo una prima considerazione di Churchill all'Università di Zurigo nel 1946: "*Noi dobbiamo costruire gli Stati Uniti d'Europa. […] Il Primo passo nella ricostruzione della famiglia europea dev'essere una partnership tra Francia e Germania*". La Dichiarazione Schuman in sostanza sottolinea anch'essa i due obiettivi[2]. Il principale era senza alcun dubbio la pace, il secondo era di perseguirlo e raggiungerlo, in parallelo con la NATO, con decisioni collettive, in particolare nei settori del carbone (leggi energia) e dell'acciaio (leggi armamenti).

Tuttavia, nonostante l'origine convenzionale come qualsiasi organizzazione internazionale, va precisato che con i trattati CECA e CEE gli Stati contraenti hanno costruito qualcosa di diverso dal modello tradizionale di organizzazione internazionale, che evidentemente non risponde esattamente ad una logica metodologica e teorica propria del diritto internazionale. Il disegno complessivo e il modo di essere e di rapportarsi al diritto internazionale e/o al diritto interno non è l'esito di una riflessione teorico-scientifica, ma di una precisa volontà di evitare per il futuro le fin troppe criticità del passato nei rapporti soprattutto tra Francia e Germania. In breve, fu esigenza politica e pratica a stimolare gli Stati contraenti ad attivare un progetto che era sempre rimasto nelle pastoie di discussioni teoriche.

* Presidente emerito della Corte costituzionale, già Avvocato generale presso la Corte di giustizia.

[1] futureu.europa.eu

[2] "La mise en commun des productions de charbon et d'acier assurera immédiatement l'établissement de bases communes de développement économique, […] et changera le destin des régions longtemps vouées à la fabrication des armes de guerre dont elles ont été les plus constantes victimes. […] cette proposition réalisera les premières assises concrètes d'une Fédération européenne indispensable à la préservation de la paix" (Paris, 9 mai 1950).

La conferma si ritrova puntualmente e con straordinaria chiarezza in alcune affermazioni scolpite in una sentenza che qualsiasi giurista almeno nel titolo conosce, anche se non specialista di diritto dell'Unione: *Van Gend en Loos*[3]. In quella occasione – alquanto banale invero, poiché si trattava di una violazione evidente del divieto di aumentare i dazi doganali sancito dal trattato CEE – i giudici della Corte di giustizia si posero il problema anche esistenziale (perché tacerlo?), degli effetti di un accertamento di una violazione commessa da uno Stato membro, se fossero limitati ad una dichiarazione d'infrazione senza alcuna conseguenza concreta e certa sulla posizione giuridica soggettiva dei singoli danneggiati. Con l'aggravante che la procedura d'infrazione non prevedeva e non prevede un obbligo della Commissione di attivarla. La Corte si domandò se l'art. 12 del Trattato fosse immediatamente efficace negli ordinamenti interni e attribuisse ai singoli diritti soggettivi che il giudice nazionale deve tutelare. La risposta positiva fu netta, il Trattato, con l'instaurazione del mercato comune, incide direttamente sui soggetti della Comunità, dunque "implica che esso va al di là di un accordo che si limiti a creare degli obblighi reciproci tra gli Stati contraenti"[4]. E a tal fine richiama il preambolo del Trattato, che menziona i popoli e gli organi investiti di poteri da esercitarsi nei confronti degli Stati membri e dei loro cittadini; inoltre ricorda il ruolo della funzione attribuita ad essa, Corte, dagli Stati membri, allo scopo di garantire l'uniformità di interpretazione e applicazione delle norme della Comunità nell'intera area. La Corte concluse, pertanto, che "la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale (si noti la significativa sottigliezza di "nel campo del" e non "del"), a favore del quale gli Stati hanno rinunziato, anche se in settori limitati, all'esercizio dei loro poteri, ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini[5]. Le conseguenze sono: a) l'art. 12 (di allora) non richiedeva alcun intervento legislativo degli Stati perché ne godessero i cittadini ed era perfettamente atto a produrre direttamente degli effetti sui rapporti tra gli Stati e i loro amministrati (effetto diretto); b) la procedura d'infrazione non preclude ai singoli di far valere i diritti derivanti dagli obblighi degli Stati dinanzi al giudice nazionale (ed eventualmente attivando il rinvio pregiudiziale, di cui dirò in seguito), pena l'inefficacia del sistema di controllo giurisdizionale in quan-

[3] Sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26/62.
[4] *Van Gend en Loos*, sopra citata, p. 23.
[5] *Ivi*.

to rimarrebbero privi di tutela diretta. La vigilanza dei singoli, interessati alla salvaguardia dei loro diritti, "costituisce d'altronde un efficace controllo che si aggiunge a quello della procedura d'infrazione"[6].

Devo riconoscere che essendomi laureato in diritto internazionale ed essendomi molto fermato sulla lettura della sentenza appena ricordata non mi lasciò entusiasta, al contrario mi alimentò qualche perplessità, che non nascosi al mio maestro prof. Quadri. La reazione fu immediata: mi mandò a fare una esercitazione agli studenti, i quali furono ancor più sorpresi da quella evidente e fresca novità. Tuttavia, non mi lasciai scoraggiare e riuscii a cogliere nella prosa elegante di Lecourt e nell'approccio cattolico di Alberto Trabucchi, i presupposti di una complessiva cultura giuridica diversa, che avrebbe potuto contribuire ad uno sviluppo e un consolidamento del sistema giuridico della Comunità in misura consistente, al di là del raggiungimento dell'obiettivo fondamentale della pace.

Il mercato comune con le quattro libertà fondamentali di circolazione delle merci, delle persone, dei servizi, dei capitali, fu lo strumento utilizzato, perché la Comunità riducesse le preoccupazioni di quanti paventavano una perdita di sovranità, nonostante la sovranità per molti fosse una difficoltà per la pace, ad esempio secondo Einaudi[7].

Si voleva l'integrazione, che non è qualcosa di nuovo nella vita di relazione internazionale e nel suo diritto. Ma per il gruppo di Paesi si trattava di una integrazione tra ordinamenti giuridici, ciò che ha caratterizzato questa cooperazione organizzata tra Paesi europei e non anche una comune organizzazione internazionale[8]. Il diritto internazionale regola i rapporti tra i componenti della Comunità internazionale, con il fine di una pacifica convivenza, pur con autonomia decisionale piena di ciascuno. Ma questo

[6] *Ivi*.

[7] "Perché l'idea della società delle nazioni è infeconda e distruttiva? Perché essa è fondata sul principio dello stato "sovrano". Questo è oggi il nemico numero uno della civiltà umana, il fomentatore pericoloso dei nazionalismi e delle conquiste. Il concetto dello stato sovrano, dello stato che, entro i suoi limiti territoriali, può fare leggi, senza badare a quel che accade fuor di quei limiti, è oggi anacronistico ed è falso" (in *Risorgimento liberale*, 3 gennaio 1945).

[8] Cfr. P. PESCATORE, *International Law and Community Law: a comparative analysis*, in *Common Market Law Review*, vol. 7, n. 2, 1970, p. 169: "The social conditions which formed the environment of what is usually called the 'international community' have been described in some fascinating pages by Charles de Visscher as 'the want of solidarity'. Because of this absence of solidarity international law is fundamentally a law of conflicts, equilibrium and co-ordination. In the areas where it has had most success it is a law of inter-State co-operation. Community Law is more than that; it is a law of solidarity and integration". Cfr. anche B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, X ed., Napoli, 2014, p. 406 ss.

dato della realtà non può essere confuso con l'integrazione realizzata tra i Paesi dell'Unione, che perseguono sì l'obiettivo della pace ma con strumenti diversi, come il mercato comune e gli atti delle istituzioni, nei limiti delle competenze loro attribuite[9]. Il mercato comune o unico, con le politiche che vi si riconducono direttamente o indirettamente, sono nella sostanza un sistema articolato e tendenzialmente completo. Nel suo ambito trovano riconoscimento non solo le libertà economiche fondamentali (libertà degli scambi e concorrenza), ma anche l'insieme delle istanze proprie di una moderna democrazia, dalla tutela del lavoro (si ricordi il dopo Marcinelle[10]), delle donne e dei giovani, a quella dell'ambiente, della cultura delle aree meno favorite.

Significativo è che la Corte ha qualificato la Comunità, oggi Unione, come un ordinamento speciale nel campo del diritto internazionale. Cioè non si tratta di uno Stato, né federale né altro, sì che è assolutamente improprio fare paragoni o pretendere di rilevare le stesse o simili modalità di agire di uno Stato, ciò che invece molti improvvisati cultori del diritto europeo pretendono di fare senza avere cognizioni di causa. D'altra parte, è evidente che ancora oggi gli Stati non hanno alcuna intenzione di arrivare a tanto, come si legge con molta chiarezza nel protocollo n. 8 collegato al TFUE e nel conseguente parere della Corte sull'adesione alla CEDU[11], ol-

[9] Verso l'interno, l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione è assicurata dal principio di attribuzione, seppur non senza qualche fisiologico sconfinamento. Verso l'esterno, invece, essa è garantita dalla specificità dell'ordinamento dell'Unione, che trova sostegno nel carattere della flessibilità del diritto internazionale consuetudinario. In più occasioni, la Corte di giustizia ha messo in luce – soprattutto nell'ambito della tutela giurisdizionale – che tale singolarità è da ricollegarsi alle caratteristiche essenziali dell'Unione, alla sua struttura costituzionale e alla natura del suo diritto: di recente, v. sentenza del 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*, punto 33; sentenza del 10 dicembre 2018, causa C-617/18, *Wightman*, punto 45 (seduta plenaria); ma v. già le risalenti sentenze del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. Enel* ("A differenza dei comuni trattati internazionali, il trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico"); del 13 novembre 1964, cause riunite 90 e 91/63, *Commissione/Belgio e Lussemburgo* ("Il trattato non si è limitato ad imporre degli obblighi reciproci ai singoli soggetti, bensì ha dato vita ad un nuovo ordinamento giuridico il quale determina i poteri, i diritti e gli obblighi dei soggetti stessi come pure le procedure per far constatare e reprimere le eventuali violazioni"). Ed invero, la specificità rappresenta da sempre il grimaldello che argina l'ingresso di alcuni princìpi generali del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione, ritenuti contrastanti con le sue finalità e dunque incompatibili con i Trattati: si pensi, su tutti, all'autotutela e alla reciprocità (*inadimplenti non est adimplendum*).

[10] Incendio dell'8 agosto 1956 nella miniera di carbone di Bois du Cazier di Marcinelle in Belgio.

[11] *Avis* del 18 dicembre 2014, 2/13, *Adhésion de l'Union à la CEDH* (seduta plenaria).

tre che nel TUE. Ci sarebbe poi da chiedersi seriamente quale ne sarebbe il vantaggio, come pure sarebbe stato sostituendo semplicemente il nome Trattato con Costituzione. Vero è che di Europa si parla molto senza conoscerla, ma sol perché è argomento senza dubbio accattivante più di altri. Né solo un titolo accademico o la collocazione strutturata in un dipartimento, quando è solo forma e non anche sostanza, sono sufficienti garanzie, al contrario possono rappresentare un danno per i giovani.

Nonostante l'origine convenzionale dell'Unione, non poco è cambiato nel rapporto con il diritto internazionale.

Anche ad una lettura superficiale, il diritto dell'Unione sembra più vicino, in termini funzionali e di approccio metodologico, al diritto interno, in particolare al diritto costituzionale e al diritto civile. E non c'è dubbio che la vicinanza col diritto interno si è sviluppata in gran parte in ragione del sistema di controllo giurisdizionale, elemento strutturale del sistema giuridico dell'Unione complessivamente considerato. Infatti, il contributo maggiore, a volte anche a dispetto degli Stati membri, allo sviluppo del processo d'integrazione lo ha dato la Corte di giustizia, organo di individui e del tutto indipendente, ancor più della Commissione, i cui innesti di molti *ex* politici non sono passati senza conseguenze.

I valori sui quali si è fondato il processo di integrazione sono anche a prima lettura rimasti quelli delle origini: si sono semmai consolidati ma sicuramente non indeboliti, nonostante qualche criticità in gran parte senza conseguenze negative irreversibili. In origine, al centro del sistema c'era il mercato comune con la quattro libertà ed in particolare fu privilegiata la libera circolazione delle merci. Ciò non giovò all'idea di Europa, da molti considerata e qualificata Europa dei mercanti, termine assolutamente improprio e ingiusto almeno per chi ne ha una conoscenza adeguata. La Comunità fu realizzata per la pace: e pace è stata, per un tempo mai così lungo. Ma non c'è solo questo successo. Soprattutto per merito della Corte il baricentro del sistema si è spostato verso la libertà di circolazione delle persone che ha prodotto effetti di grandissimo rilievo. Infatti, com'è ben noto l'assenza nel Trattato originario di un vero e proprio catalogo dei diritti fondamentali fu superata grazie alla celeberrima sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*[12]. Con essa, la Corte introdusse, accanto all'affer-

[12] Nel senso di un primo approccio escludente la tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario, v. sentenza del 4 febbraio 1959, causa 1/58, *Stork*; l'orientamento è mutato invece con le sentenze del 12 novembre 1969, 29/69, *Stauder*; del 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, spec. punti 3 e 4; del 14 maggio 1974, causa 4/73, *Nold.*

mazione incondizionata del principio del primato del diritto comunitario, la protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario, affermando che il "rispetto dei diritti fondamentali è parte integrante dei principi generali del diritto tutelati dalla Corte di giustizia", e sostenendo che i giudici dell'allora Comunità potevano attingere alle "tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri" per proteggerli.

La tutela dei diritti dei singoli ha visto aumentare la sua importanza e l'eguaglianza in tutta l'area dell'Unione quanto alla tutela sempre maggiore ed estesa di diritti dei lavoratori, nonché quanto ai progressi notevoli nel diritto di famiglia per renderne sempre più facile l'unione e meno disagevoli gli spostamenti. Un progresso molto significativo lo abbiamo avuto, anche in ragione della più diffusa circolazione delle persone, che ha influito in maniera determinante e inevitabile sulla rilevanza dei diritti fondamentali delle persone che si spostano da un Paese all'altro insieme al bagaglio di diritti, fondamentali e non, che la Corte di giustizia è stata chiamata a tutelare.

Come ricordato nei Trattati originari non troviamo alcun cenno ai diritti fondamentali della persona, furono i giudici costituzionali di Italia e Germania a stimolare la Corte di giustizia ad occuparsene e non si è andati molto oltre rispetto alla ricca e convincente giurisprudenza ormai consolidata della Corte neppure con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Qualche incertezza la Carta ha provocato ai giudici comuni[13]. In

[13] Pur essendo stata la Corte di giustizia sempre molto chiara: "Da una costante giurisprudenza della Corte risulta infatti sostanzialmente che i diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione si applicano in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, ma non al di fuori di esse. A tal proposito la Corte ha già ricordato che essa, per quanto riguarda la Carta, non può valutare una normativa nazionale che non si colloca nell'ambito del diritto dell'Unione. Per contro, una volta che una siffatta normativa rientra nell'ambito di applicazione di tale diritto, 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 essa garantisce il rispetto. Tale definizione dell'ambito di applicazione dei diritti fondamentali dell'Unione è confermata dalle spiegazioni relative all'articolo 51 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 di quest'ultima. Secondo tali spiegazioni, 'l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali definiti nell'ambito dell'Unione vale per gli Stati membri soltanto quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione'. Di conseguenza, 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. Ove, per contro, una situazione

particolare, qualche giudice comune italiano è stato tentato di utilizzare la Carta europea come parametro di legittimità costituzionale di norme italiane in luogo della Corte costituzionale, utilizzando il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. La Consulta ha affermato, in un *obiter dictum*[14], la priorità del proprio controllo rispetto a quello della Corte di giustizia, quando si era sempre affermato il contrario, il rinvio pregiudiziale avendo la priorità logica oltre che giuridica ed inoltre ponendo una questione di rilevanza della questione di legittimità costituzionale il semplice dubbio del giudice comune sulla compatibilità comunitaria della norma. Vero è che sull'applicazione del diritto dell'Unione ed in particolare sull'uso del rinvio pregiudiziale c'è ancora molto da precisare, visto che alcune criticità ogni tanto emergono, apparendo quasi come una sorta di difesa del controllo giurisdizionale interno, libero da ogni interferenza di quello della Corte di giustizia, a dispetto della competenza definitiva esclusiva di quella Corte quanto all'interpretazione delle norme dell'Unione. Recenti esempi sono illuminanti. Nella sentenza *Avastin*, la Corte di giustizia aveva invitato il Consiglio di Stato a verificare alcuni aspetti prima di decidere in un modo piuttosto che in un altro: invano, nonostante l'oggetto dell'invito era parte importante della sentenza e quindi vincolante[15]. Nella sentenza *Randstad Italia* del 2020[16], la Cassazione ha chiesto alla Corte se è compatibile l'art. 111, ult. comma, della nostra Costituzione, laddove consente il ricorso in Cassazione del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti solo per motivi di giurisdizione ma dichiara inammissibile il rinvio pregiudiziale obbligatorio alla Corte di giustizia, non per la sussistenza di uno dei motivi *Cilfit*[17], ma non rientrando il rinvio pregiudiziale tra i motivi di giurisdizione[18]. Il risultato è evidente: si impedisce con una norma, sia pure costituzionale (certo non un controlimite, altrimenti lo sarebbero tutte le norme costituzionali),

giuridica non rientri nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, la Corte non è competente al riguardo e le disposizioni della Carta eventualmente richiamate non possono giustificare, di per sé, tale competenza" (sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, punti 19-22).

[14] Corte cost. 14 dicembre 2017, n. 269.

[15] A tal proposito, sia consentito rinviare a G. TESAURO, *Sui vincoli (talvolta ignorati) del giudice nazionale prima e dopo il rinvio pregiudiziale: una riflessione sul caso* Avastin/Lucentis *e non solo*, in *federalismi.it*, n. 6, 2020, p. 189 ss.

[16] Corte cost. ord. 8 settembre 2020, n. 19598.

[17] Sentenza del 6 ottobre 1982, causa 283/81.

[18] Per un ulteriore approfondimento sulla questione, G. TESAURO, *L'interpretazione della Corte costituzionale dell'art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*, in *federalismi.it*, n. 34, 2020, p. 237 ss.

al giudice nazionale il rinvio pregiudiziale obbligatorio, ciò che secondo una consolidata giurisprudenza è assolutamente precluso, a partire da *Simmenthal*[19] per arrivare alle più recenti decisioni, in particolare quella dei geologi[20]. La competenza esclusiva della Corte di giustizia è uno dei cardini fondamentali del sistema del controllo giurisdizionale, tanto che si è affermato che "non devono essere applicate norme nazionali che abbiano l'effetto di ledere tale competenza".

Al di là del contingente variare dell'*appeal* rispetto al progetto europeo, tuttavia, lo stato di salute del sistema giuridico dell'Unione non mi pare soffra più di tanto e più che in passato. Qualche criticità, qualche fantasia di qualche giudice nazionale non sono una sofferenza, semmai la ricchezza di un dibattito che può solo giovare alla crescita del sistema.

Nondimeno, se la Conferenza dovesse avere un seguito e dovesse esserci una nuova revisione dei Trattati allora qualche miglioramento al sistema potrebbe essere apportato. Dovrebbe trattarsi, però, non di un mero *restyling*, ma di una revisione che dia vita ad un serio ripensamento del sistema, soprattutto con riferimento al riparto di competenze che, come attualmente disciplinato, presenta talune gravi e pericolose fratture. Ricordo la divisione tra politica monetaria e politica economica ed altresì quella tra tutela della salute e politica sanitaria pubblica, nonché quella tra mercato interno e concorrenza. L'elenco potrebbe continuare ed arricchirsi di esempi importanti, ma inutili. Perché la verità è che il riparto vigente, nato come sappiamo sulle ceneri del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, non riflette più le esigenze degli Stati né soddisfa gli obiettivi del processo di integrazione.

È necessario soprattutto che sia fatto un altro piccolo passo verso un'Europa che realizzi "anzitutto una solidarietà di fatto" (Dichiarazione Schuman); una solidarietà che si concretizzi in azioni concordate, caratterizzate da una sostanziale convergenza o da identità di interessi. E questo sarà possibile soltanto se gli Stati decideranno di declinare in uno spirito di maggiore integrazione talune politiche che nella definizione in vigore non sono in grado di perseguire appieno gli obiettivi fissati.

È pur vero, come notava Schuman, che "L'Europa non potrà farsi in una sola volta, né sarà costruita tutta insieme". Né, mi permetto di aggiungere, è necessario che l'ulteriore passo in avanti sia fatto all'unisono da tutti

[19] Sentenza del 28 giugno 1978, causa 70/77.

[20] Sentenza del 18 luglio 2013, causa C-136/12, *Consiglio Nazionale dei Geologi e Autorità Garante della Concorrenza e del mercato*.

gli Stati membri. Il meccanismo della cooperazione rafforzata, purché non divenga abusato e trasformi l'Unione in un'Europa *à la carte*, potrebbe essere utilmente utilizzato dagli Stati che, dal 1957, hanno creduto (e continuano a credere) nella condivisione di obiettivi comuni.

LA CONFERENZA SUL FUTURO DELL'EUROPA: UNO STRUMENTO INNOVATIVO DI PARTECIPAZIONE DEMOCRATICA PER RAFFORZARE LA LEGITTIMITÀ DELL'UNIONE?

FRANCESCA MARTINES*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Le origini della Conferenza: democrazia partecipativa e legittimità dell'Unione. – 2. La struttura della Conferenza. – 2.1. La Piattaforma digitale multilingue. – 2.2. I Panel europei di cittadini. – 2.3. La Sessione plenaria. – 2.4 Il Comitato esecutivo e il Segretariato comune. – 2.5. La Presidenza. – 3. La definizione dell'agenda europea e gli obiettivi della Conferenza. – 4. Osservazioni conclusive.

1. Questo scritto si propone di presentare alcune considerazioni sulla Conferenza sul futuro dell'Europa per iniziare a riflettere sul suo potenziale contributo al rafforzamento della democrazia partecipativa nell'Unione europea. La Conferenza presenta indubbi profili d'interesse, sia in rapporto a precedenti esperienze di coinvolgimento dei cittadini nel dibattito sull'agenda europea, sia in prospettiva futura. Pertanto, la questione che si intende porre è se la Conferenza[1] sia qualificabile come un (altro) esercizio di consultazione dei cittadini che rischia di non avere ricadute concrete sul futuro dell'Unione, o se, invece, possa considerarsi un nuovo metodo di partecipazione dal basso per la definizione dell'agenda dell'Unione anche come risposta alla crisi di legittimità di questo ordinamento (*input legitimacy*[2]). In realtà, non sembra sufficiente interrogarsi sulla partecipazione

* Professoressa associata di diritto dell'Unione europea, Università di Pisa.

[1] G. TESAURO, *Una nuova revisione dei Trattati per conservare i valori dell'Unione*, in *POST di AISDUE* III 2021, Focus "Conferenza sul futuro dell'Europa", n. 1, 18 giugno 2021; B. NASCIMBENE, *Dalla "paura" all'"ambizione". L'iniziativa per una Conferenza sul futuro dell'Unione europea*, in *rivista.eurojus.it*, 2020, p. 160 ss.

[2] F. SCHARPF, *Governing in Europe, Effective and Democratic*, Oxford, 1999 distingue *input* e *output legitimacy*. In sintesi, l'*input legitimacy* dipende dalla misura in cui le scelte politiche sono influenzate dalla partecipazione dei cittadini e dal loro coinvolgimento nei processi decisionali (rappresentativi o partecipativi) e dalla capacità dei governanti di rispondere; l'*output legitimacy* dipende dalla capacità di predisporre misure vincolanti volte a soddisfare i bisogni e gli interessi collettivi in modo compatibile con gli obiettivi democratici. Si veda anche R. BELLAMY, *Democracy Without Democracy? Can the EU's Democratic 'outputs' be Separated from the Democratic 'inputs' Provided by Competitive Parties and Ma-*

dei cittadini alla Conferenza nell'ottica esclusiva della *input legitimacy* ma è opportuno riflettere sul contributo di questo processo all'*output legitimacy* e quindi considerare anche la questione dei risultati concreti che la Conferenza potrà produrre.

Il quadro di riferimento in cui si colloca la Conferenza è costituito dalla dimensione partecipativa della democrazia europea (art. 11 TUE)[3]. Il Regolamento interno della Conferenza, all'art. 1 (Principi comuni) stabilisce infatti: "La Conferenza è un processo "dal basso verso l'alto", incentrato sui cittadini, che consente agli europei di esprimere la loro opinione su ciò che si aspettano dall'Unione europea"[4]. Per la Commissione europea: "La conferenza dovrà affrontare un elemento specifico dei dialoghi con i cittadini, ovvero il collegamento tra il punto di vista dei cittadini e l'elaborazione pratica delle politiche" [5]. Questa affermazione pone una questione cruciale: se la partecipazione dei cittadini non si limita ad un esercizio di dibattito, di confronto, di proposizione di idee (che avrebbe comunque un suo valore) e se si concepisce la Conferenza come una nuova forma di coinvolgimento fattivo dei cittadini, è necessario comprendere non solo come questo processo possa garantire una piena ed efficace partecipazione dei cittadini e della società civile, ma anche come le idee e le proposte si possano tradurre in azioni e interventi concreti. Sarà anche ne-

jority Rule? in *Journal of European Public Policy*, 2010, p. 2 ss. La qualifica di efficienza e di bontà dei risultati può lasciare ampi margini di valutazione soggettiva e non dovrebbe comunque essere il frutto di scelte che non coinvolgono i destinatari delle decisioni, circostanza che rende evidente il collegamento tra *input* e *output legitimacy*. Su questo punto anche L. EYMARD, *From the French Citizens' Convention on Climate to the Conference on the Future of Europe: A Participatory Science and Democracy Perspective*, in *European Law Journal*, 2020, p. 136 ss.

[3] Come noto, la democrazia partecipativa integra la dimensione rappresentativa della democrazia nell'Unione. *Ex multis*, F. CENGIZ, *Bringing the Citizen Back into EU Democracy: Against the Input-Output Model and Why Deliberative Democracy Might Be the Answer*, in *European Politics and Society* 2018, p. 577 ss., spec. p. 578; K. NICOLAIDIS, R.YOUNGS, *Europe's Democracy Trilemma*, in *International Affairs*, 2014, 1403 ss.; G. MORGESE, *Principio e strumenti della democrazia partecipativa nell'Unione europea*, in E. TRIGGIANI, *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, p. 37 ss. Una serie di fattori noti rende difficile proporre un modello forte di democrazia partecipativa. Tra questi il ruolo radicato nel contesto politico nazionale dei cittadini, dei media e delle associazioni, la peculiare forma di rappresentanza in Parlamento europeo dei cittadini, il ruolo chiave esercitato dagli Stati. Cfr. J. CROWLEY, L. GIORGI, I. VON HOMEYER, W. PARSONS, *Democracy in the European Union: Towards the Emergence of a Public Sphere,* London, 2006.

[4] Il testo è scaricabile dal sito della Conferenza futureu.europa.eu/.

[5] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio *Dare forma alla Conferenza sul Futuro dell'Europa*, COM (2020) 27, 22 gennaio 2020, p. 5.

cessario chiarire se questo obiettivo sia effettivamente realizzabile. In realtà, come si vedrà, si riscontrano alcune ambiguità sia per quanto riguarda la Conferenza come strumento di partecipazione dal basso alla definizione dell'agenda, sia per quanto riguarda gli esiti di questo processo.

La Commissione e il Consiglio europeo concepiscono l'attuale Conferenza come naturale continuazione del precedente dibattito sul futuro dell'Unione. Le esperienze pregresse sono costituite dai *Dialoghi con Cittadini europei* e dalle *Consultazioni dei cittadini europei*. I primi, istituiti già nel 2012 dalla Commissione Barroso, erano stati riproposti dalla Commissione Juncker [6] che aveva contribuito al dibattito sulle prospettive future dell'Unione con il *Libro bianco* del 2017[7]. *Le Consultazioni dei cittadini* originavano da un'idea del Presidente Macron[8] e si ispiravano al modello dei comitati locali che avevano organizzato dibattiti e presentato idee che erano convogliate nella piattaforma *En Marche!*. Le *Consultazioni dei cittadini* dovevano costituire un processo di legittimazione dal basso delle priorità future dell'Unione, da dibattere nei diversi Stati membri, se pure con il coinvolgimento delle istituzioni, e della Commissione in particolare[9]. Nel quadro di questa iniziativa si prevedevano tre modalità di partecipazione dei cittadini. La prima era costituita da eventi organizzati dagli Stati membri; la seconda, di impianto transnazionale, aveva previsto la formazione di un Panel di cittadini, composto da 96 persone (di diverse provenienze sociodemografiche) selezionate da una società indipendente di ricerche di mercato; la terza modalità di partecipazione consisteva in una consultazione *online* dei cittadini europei su 12 quesiti redatti dal Panel[10]. Senza entrare nel dettaglio di un esame dei profili critici di queste iniziative[11], si pos-

[6] Cfr. il documento *Joint Report on the Citizens' Consultations on Behalf of the Austrian Presidency and the Incoming Romanian Presidency*. Consiglio dell'Unione. Doc. 14535/18, 3 dicembre 2018. Si vedano anche i documenti scaricabili dal sito: ec.europa.eu/info/progress-reports-citizens-dialogues-and-consultations_en.

[7] Libro bianco sul futuro dell'Europea - *Riflessioni e scenari per l'UE a 27 verso il 2025,* COM (2017) 2025.

[8] E. MACRON, *Lettera ai cittadini europei, Per un Rinascimento europeo*, 4 marzo 2019, scaricabile dal sito www.elysee.fr/emmanuel-macron/2019/03/04/per-un-rinascimento-europeo.it.

[9] Il rapporto della Commissione sui *Dialoghi con i cittadini* aveva indicato come priorità: "Un'economia dinamica", "Un'Europa che protegge", "Affrontare la migrazione", "Lotta ai cambiamenti climatici, tutela dell'ambiente", "Un'Europa più forte nel mondo", "Un'Europa dei valori" e "Una prospettiva per la generazione più giovane".

[10] *Joint report on the Citizens' Consultations*, cit.

[11] Sono critici ma sottolineano anche aspetti positivi dell'esperimento, D. GUTIERREZ-PERIS, P. MORILLAS, H. SÁNCHEZ MARGALEF, *Europe's Conventions Démocratiques*, in S.

sono sottolineare due aspetti. In primo luogo, il metodo applicato nelle *Consultazioni* e nei *Dialoghi* li qualifica come incontri informativi e sessioni di domande e risposte[12]. In secondo luogo, le conseguenze di questi incontri sulla determinazione dell'agenda non sono chiare[13] ma appaiono comunque limitate, anche come conseguenza della metodologia applicata.

In ogni caso, quelle consultazioni si inquadrano nel dibattito sul futuro dell'Europa. La spinta propulsiva alla discussione era stata impressa dal referendum sulla Brexit. Altri fattori, migrazione, terrorismo, recessione economica, una crescente marginalizzazione politica ed economica dell'Europa, i cambiamenti climatici, e impulsi populistici hanno contribuito a mantenere la discussione in agenda.

BLOCKMANS, S. RUSSACK (eds.). *Direct Democracy in the EU. The Myth of a Citizens' Union*. London, Brussels, 2018, p. 42 ss. Li qualifica come uno strumento di "educazione civica" A. GIORDANO, *From Local to European: Putting Citizens at the Centre of the EU Agenda*, European Committee of the Regions, 2019, p. 65. Secondo la Relazione del Parlamento europeo *sui dialoghi con i cittadini e la partecipazione dei cittadini al processo decisionale dell'Unione europea* (2020/2201)INI, i dialoghi della Commissione con i cittadini sono "un modo per fornire informazioni ai cittadini anziché coinvolgerli in un dibattito sulla loro visione e sui cambiamenti che vorrebbero vedere nell'UE e non prevedono un meccanismo di feedback per informare i cittadini degli esiti della loro partecipazione". In sostanza, quanto emerge da questi incontri non è canalizzato nel processo decisionale. Sulla funzione delle consultazioni si veda J. TOMKOVA, *E-consultations: New Tools for Civic Engagement or Facades for Political Correctness?*, in *European Journal of ePractice*, No. 7, March 2009, p. 46. Scaricabile dal sito joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/91/da/cc/ePractice%20Journal-Vol.7-March%202009.pdf (11 giugno 2021). E. LIRONI, D. PETA, *EU Public Consultations in the Digital Age: Enhancing the Role of the EESC and Civil Society Organisations,* Studio elaborato per il CESE, 2017.

[12] Una delle cause dell'irrilevanza dell'esperimento per l'agenda europea è, per alcuni, l'assenza di collegamento tra le consultazioni e il processo decisionale, nonché la vaghezza dei temi trattati. G. ROSE, I.VAN KEULEN, G. AICHHOLZER, *Formal Agenda (Setting in Europe),* in L. HENNEN, I. VAN KEULEN I. KORTHAGEN, G. AICHHOLZER, R. LINDNER (eds.), *E-Democracy in Practice*, Berlin, 2020, p. 209 ss.

[13] Nella Dichiarazione di Roma sono stati indicati obiettivi che riprendevano quelli di Bratislava. A seguito delle *Consultazioni* con i cittadini è stato redatto un Rapporto presentato al Consiglio Europeo di Sibiu nel maggio 2019. Il Consiglio Europeo di Sibiu ha adottato una Dichiarazione in cui si indicano delle priorità (presentata come il risultato dell'Agenda del Consiglio, dei dibattiti dei cittadini e dei dialoghi e delle discussioni in PE) che avrebbero concluso il dibattito sul futuro dell'Unione europea. Le priorità – migrazione sicurezza ed economia - erano state precedentemente individuate dalla Dichiarazione di Bratislava che ha tenuto conto delle preoccupazioni espresse dai cittadini nel sondaggio di Eurobarometro www.eesc.europa.eu/sites/default/files/files/qe-07-17-001-en-n.pdf. Cfr. S. ANGHEL, R. DRACHENBERG, *Assessing the Leaders'Agenda*, EPRS, 2019. Si vedano anche i dibattiti dei Capi di Stato e governo che hanno parlato alla Plenaria del Parlamento tra gennaio 2018 e aprile 2019. In dottrina cfr. P. BUTCHER, S. PRONCKUTĖ, *European Citizens' Consultations: Consultation Begins at Home*, in *European View*, 2019, p. 80.

La proposta di riunire una Conferenza sul futuro dell'Unione europea è stata avanzata dal Presidente Macron nel marzo del 2019[14]. Annunciata dalla Presidente della Commissione Ursula Von der Leyen nel suo programma[15], l'idea è stata accolta nelle Conclusioni del Consiglio europeo del 12 dicembre 2019[16]. Il Parlamento europeo ha appoggiato l'iniziativa e approvato diverse risoluzioni che hanno progressivamente definito la sua posizione a riguardo[17].

La Conferenza sul futuro dell'Europa, il cui inizio era previsto nei primi mesi del 2020, è stata rinviata a causa della grave situazione sanitaria dovuta al Covid 19. In realtà si erano palesate difficoltà di ordine politico sulla *governance* della stessa che ne avrebbero presumibilmente posposto l'avvio in ogni caso. Dirimente, per superare il blocco, è stato il compromesso raggiunto nel febbraio 2021 al Coreper, in base al quale la Conferenza sarebbe stata presieduta dai Presidenti delle tre istituzioni (Consiglio, Commissione, Parlamento europeo) assistiti da un Comitato esecutivo (su cui *infra*). Il 21 marzo 2021 la Presidente della Commissione Ursula von der Leyen, il Presidente del Parlamento europeo David Sassoli e il Presidente di turno del Consiglio Antonio Costa hanno firmato la Dichiarazione congiunta sulla Conferenza che è stata aperta ufficialmente (e simbolicamente) il 9 maggio 2021.

2. La Conferenza ha un impianto organizzato su diversi livelli e la cui logica sembra riflettere una metodologia strutturata su tre azioni: ascolto (che si realizza nella Piattaforma digitale multilingue della Conferenza, la quale – come avremo a breve occasione di osservare – comprende idee ed eventi, nonché panel nazionali); traduzione delle idee in proposte (dalla Piattaforma ai Panel europei di cittadini, alla Plenaria e al Comitato esecu-

[14] www.politico.eu/article/emmanuel-macron-european-parliament-election-calls-for-big-eu-changes-in-european-renaissance/.

[15] Cfr. *Un'Unione più ambiziosa. Il mio programma per l'Europa*, p. 21 Uno dei membri della Commissione è stato incaricato dalla Presidente della Commissione di lavorare di concerto con le altre due istituzioni politiche per definire termini, modi e portata della Conferenza, di seguirne gli esiti ma anche di individuare modalità per permettere un'ampia partecipazione dei cittadini. Cfr. *President-elect von der Leyen's Mission Letter to Dubravka Šuica*, 10 Settembre 2019. Altri due Commissari sono impegnati nella Conferenza, rispettivamente Věra Jourová Vice-presidente della Commissione e responsabile per i Valori e la trasparenza che rappresenta la Commissione alla Conferenza (*President-elect von der Leyen's Mission Letter to Věra Jourová*, 10 Settembre 2019) e Maroš Šefčovič's per quanto riguarda gli esiti (*President-elect von der Leyen's Mission Letter to Maroš Šefčovič*, 10 Settembre 2019).

[16] Sui documenti in cui il Consiglio ha definito la sua posizione cfr. *infra*.

[17] Su cui cfr. *infra*.

tivo) e decisione (adozione di atti da parte delle istituzioni, eventuale decisione di procedere con modifiche dei Trattati).

2.1. Alla base della Conferenza si trova la Piattaforma digitale multilingue[18]. Si tratta del livello più ampio in termini di potenziale partecipazione, peraltro non limitata ai singoli privati cittadini, ma aperta a tutte le istanze della società civile, portatori d'interesse, autorità pubbliche europee, nazionali, regionali[19]. Nella Piattaforma sono indicati dei macro-temi: cambiamento climatico e ambiente; salute; un'economia più forte, giustizia sociale ed occupazione; l'UE nel mondo; valori e diritti, stato di diritto, sicurezza; trasformazione digitale; democrazia europea; istruzione, cultura, gioventù e sport; altre idee.

Ogni partecipante[20] – sulla base di un processo di auto-selezione[21] – può caricare sulla Piattaforma una "idea", riconducibile a un macro-tema (ma alcune idee possono intersecare più settori), presentata in termini sintetici e che può essere condivisa con o ricevere commenti da altri utenti. Sulla Piattaforma sono altresì indicati gli "eventi" organizzati da singoli o da gruppi o istituzioni (ong, università, ecc. e anche nella forma di panel di cittadini a livello nazionale) cui è possibile partecipare in varie forme: in modalità telematica o, se previsto e possibile (a causa della situazione pandemica[22]), in presenza[23]. Dalla Piattaforma si può accedere ai documenti e a tutte le informazioni riguardanti la Conferenza.

[18] Per la Commissione le tecnologie digitali e i social media hanno modificato in profondità la partecipazione civile e questi strumenti saranno immancabilmente utilizzati per garantire una più ampia partecipazione. Si veda il *Piano d'azione per la democrazia europea* della Commissione, COM (2020) 709, final, 3 dicembre 2020.

[19] La Piattaforma si avvale di "Decidim", una piattaforma open-source sviluppata inizialmente dalla Municipalità di Barcellona.

[20] La Piattaforma non prevede blocchi geografici e quindi potrebbero intervenire anche cittadini che si trovano in Stati terzi. Report del Comitato esecutivo del 24 marzo 2021, scaricabile dal sito della Conferenza.

[21] Secondo uno studio di A. BRADFORD, *The Brussels Effect*, in *Northwestern University Law Review*, 2012, p. 63, la distinzione più importante nell'Unione non è tra destra e sinistra ma tra pro-integrazionisti e anti-integrazionisti, come evidenziato anche dalle elezioni al Parlamento europeo del 2019. Ci si può chiedere, in effetti, se i partecipanti e iscritti alla Piattaforma per la gran parte non appartengano alla prima categoria.

[22] La situazione sanitaria ha evidentemente inciso su questo processo, sia ritardandone l'inizio, come già detto, sia influendo sulle attività e sull'organizzazione e riunioni dei Panel.

[23] Secondo uno studio recente, i panel (nazionali) già attivati sembrano ripetere il modello dei *Dialoghi* e delle *Consultazioni*. Cfr. M. ALANDER, N. VON ONDARZA, S. RUSSACK (eds.), *Managed Expectations: EU Member States' Views on the Conference on the Future of Europe*, in *EPIN Report*, June 2021.

Le problematiche che si pongono relativamente all'utilizzo e alla funzione della Piattaforma sono collegate al c.d. *digital divide*, al possesso di strumenti per collegarsi alla rete, e alla possibilità di accedere a una connessione internet. Il processo di auto-selezione comporta il rischio che partecipino solo persone che sono interessate all'ordinamento europeo, che conoscono i processi dell'Unione, oppure organizzazioni attive nei settori disciplinati dall'Unione o connessi alle sue politiche. Il numero di contatti avvenuto nel momento in cui si scrive non è particolarmente promettente (poco più di 20.000 partecipanti al 26 luglio). Nella Piattaforma si applica l'intelligenza artificiale attraverso il *text mining* sviluppato dal *Joint Research Centre* della Commissione[24].

Un altro aspetto qualificante della Piattaforma, che facilita l'interazione tra cittadini europei, è l'eliminazione dell'ostacolo linguistico grazie alla possibilità per ciascun utente di esprimersi in una delle lingue ufficiali dell'Unione e alla traduzione immediata del suo intervento nelle altre lingue (processo che, sperimentando la Piattaforma, mostra tuttavia ancora alcune problematiche di funzionamento).

I partecipanti devono acconsentire a rispettare la *Carta per i cittadini e gli organizzatori di eventi che partecipano alla Conferenza*[25].

La Piattaforma è, secondo chi scrive, uno degli strumenti più promettenti ed interessanti, nonostante le criticità segnalate[26]. Le diverse modalità

[24] *Summary report meeting of the Executive Board of the Conference on the Future of Europe*, doc. WK 4853/2021 INIT, 7 aprile 2021.

[25] La Carta è divisa in due parti. La prima rivolta ai partecipanti e la seconda agli organizzatori. I partecipanti si impegnano a rispettare i valori dell'Unione, indicati all'art. 2 TUE. Si impegnano a contribuire con proposte concrete e ad astenersi da diffondere o condividere contenuti illegali, che incitano all'odio, deliberatamente falsi o fuorvianti e si impegnano a fare riferimento a fonti affidabili. Vi è un riferimento alla partecipazione volontaria e all'impegno a non utilizzare la Piattaforma per fini privati o commerciali. La seconda parte riguarda gli organizzatori di eventi che si impegnano al rispetto dell'inclusività e accessibilità degli eventi, al rispetto dei principi enunciati nella Dichiarazione congiunta, al rispetto della partecipazione che assicuri la diversa rappresentanza, la trasversalità, il pluralismo linguistico, la trasparenza, la tutela dei dati.

[26] Non si tratta di un esperimento completamente nuovo. Come precedenti possiamo citare il *forum* della Convenzione di Laeken, sebbene fosse più modesto in termini di possibilità di interazione. Più recentemente si veda la piattaforma creata dalla Commissione e finalizzata a sostenere i promotori di una iniziativa dei cittadini europei, ma anche a facilitare l'interazione tra cittadini e attrarre più partecipanti soprattutto giovani. europa.eu/citizens-initiative-forum/_it. Infine, merita ricordare Futurium, una piattaforma per determinare modelli di *policy making* (*Policy Making 3.0*) basati su prove scientifiche e partecipazione dei portatori d'interesse. La piattaforma prevede strumenti di previsione *online* per facilitare la creazione congiunta di idee per progettare politiche future. F. ACCORDINO,

di intervento – formulazione di idee, commenti, comunicazione e partecipazione agli eventi – che sono a disposizione di una platea di utenti potenzialmente molto ampia possono favorire e incrementare l'interlocuzione tra i cittadini. Per questo motivo la Piattaforma della Conferenza potrebbe diventare uno strumento funzionale alla creazione almeno di un embrione di spazio pubblico europeo[27]. Anche se essa non è propriamente un *citizen-driven e-democracy tool* perché non è sviluppata e gestita solo dai cittadini, può comunque svolgere alcune funzioni di un *e-democracy tool*[28] .

Molto dipenderà naturalmente dal successo del suo utilizzo.

2.2. Al secondo livello della Conferenza si trovano i Panel europei di cittadini.[29] Sono quattro e ciascuno è composto da 200 membri. Il numero dei partecipanti è volto ad assicurare la diversità e la rappresentanza[30]. Il regolamento interno della Conferenza specifica che deve essere garantita la presenza di almeno un cittadino di sesso maschile e femminile per ciascuno Stato membro e che si applica il principio di proporzionalità degressiva; la rappresentanza dei cittadini tiene conto di cinque criteri: nazionalità, background urbano o rurale, background socioeconomico, età e genere; un

The Futurium—a Foresight Platform for Evidence-Based and Participatory Policymaking, in *Philosophy and Technology,* 2013, p. 321 ss.

[27] Nel Libro bianco sulla Governance europea del 2001 la Commissione scriveva: "Informare e comunicare di più e meglio è la condizione per sviluppare il sentimento di appartenenza all'Europa. Lo scopo deve essere la creazione di uno spazio transnazionale, nel quale i cittadini di paesi diversi possano discutere quelle che a loro parere sono le grandi sfide dell'Unione. In questo modo si aiuterebbero i politici a rimanere in contatto con la pubblica opinione in Europa ed a meglio individuare i progetti atti a suscitare l'adesione della popolazione.". Sulla nozione di sfera pubblica, oltre al classico J. HABERMAS, *The Structural Transformation of the Public Sphere*, Cambridge, 1989, si vedano P. MURRAY, *Exporting a New Public Space? Reflections on the EU Integration Experience as a Paradigm*, in *European Political Science*, 2008, p. 264 ss.; E.O. ERIKSEN, *An Emerging European Public Sphere*, in *European Journal of Social Theory*, 2005, p. 34 ss.; Id. *Conceptualizing European Public Spheres. General, Segmented and Strong Publics*, in *ARENA Working Papers*, 3/2004; T. RISSE, *How Do We Know a European Public Sphere When We See One? Theoretical Clarifications and Empirical Indicators*, Firenze, EUI 2002.

[28] F. GRAZIAN, H. NAHAR, *Next Level Participation*, in *European Liberal Forum*, 2020, scaricabile dal sito www.liberalforum.eu/publications/next-level-participation/.

[29] Cfr. Consiglio dell'Unione, *Update - Practical modalities of the European Citizens' Panels of the Conference on the Future of Europe,* 20 luglio 2021.

[30] la selezione è affidata ad una società esterna, l'agenzia Kantar, la stessa che conduce i sondaggi di Eurobarometro. Il contratto è pubblicato sulla Piattaforma della Conferenza.

terzo dei componenti di ogni Panel deve essere costituito da cittadini/e di età inferiore ai 25 anni[31] .

I Panel europei di cittadini sono in numero inferiore rispetto ai temi indicati nella Piattaforma, per cui ciascun Panel discuterà di un certo numero di argomenti[32]. Poiché sono chiamati a dibattere sulle idee espresse nella Piattaforma digitale, tradotte in contributi e proposte, e su quella base formulare raccomandazioni alla Plenaria, i Panel si collocano in una fase intermedia e fungono da cinghia di trasmissione tra il livello di base, cioè la Piattaforma, e il livello superiore, cioè la Sessione Plenaria.

I Panel sono diversi rispetto agli strumenti sopra richiamati, ovvero i *Dialoghi con i cittadini* e le *Consultazioni dei cittadini*. Come si è detto, questi ultimi, più che luoghi di dibattito e confronto erano strumenti di informazione *top-down*. Il Panel istituito in connessione con le *Consultazioni* aveva soprattutto la funzione di individuare le principali questioni da sottoporre ai cittadini europei mediante un questionario *online* i cui risultati dovevano essere inclusi in un Rapporto da presentare al Consiglio europeo di Sibiu. Si trattava quindi di un processo invertito – almeno per le prime due fasi – rispetto a quello attuale, in cui i Panel della Conferenza dovranno discutere partendo dalle sollecitazioni derivanti dal livello di base (Piattaforma).

I Panel europei di cittadini sono da considerare una componente qualificante della Conferenza in quanto permettono il confronto di idee tra cittadini dei diversi Stati membri selezionati secondo i criteri sopra richiamati che dovrebbero, appunto, garantire la diversità e l'equa rappresentanza e possono contribuire anch'essi alla creazione di un (embrione) di spazio pubblico europeo[33].

I Panel sono organizzati in sedute che applicano il metodo deliberativo che, in sintesi, è fondato sulla discussione e non sul voto, sulla disponibilità a cambiare opinione, sull'argomentazione razionale e sulla predisposizione

[31] Si veda il regolamento interno della Conferenza, art. 5.

[32] I quattro panel europei in programma si occuperanno di discutere dei temi indicati nella Piattaforma e raggruppati come segue: (1) valori, diritti, stato di diritto, democrazia, sicurezza; (2) cambiamenti climatici, ambiente/salute; (3) un'economia più forte, giustizia sociale, occupazione/istruzione, gioventù, cultura, sport/trasformazione digitale; (4) l'UE nel mondo/migrazione.

[33] Si veda anche per una visione dei *Dialoghi* come contributo alla creazione di uno spazio pubblico, Report from the European Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Citizens' Dialogues as a Contribution to Developing a European Public Space*, COM(2014) 173 final, Brussels, 24 aprile 2014.

ad ascoltare le posizioni degli altri senza preconcetti per arrivare a una soluzione consensuale[34]. Sarà di enorme interesse verificare, a processo concluso, come questa metodologia sarà stata applicata.

Il successo dei Panel nel formulare proposte per la Plenaria dipenderà ovviamente da diversi fattori: quello temporale appare il più problematico (la Conferenza deve terminare i lavori entro la primavera del 2022)[35], soprattutto data la complessità e il carattere tecnico dei temi da trattare; altri elementi che possono incidere sul risultato del processo sono, in particolare, la preparazione dei partecipanti, la riuscita del metodo deliberativo, il ruolo dei mediatori che assistono i cittadini nelle discussioni, e la questione delle differenze linguistiche.

2.3. Il terzo livello della Conferenza è costituito dalla Sessione Plenaria[36], che costituisce l'organismo in cui si confrontano anche rappresentanti delle istituzioni. La Plenaria, originariamente composta da 450 membri, ha visto la sua composizione allargata con una decisione del Comitato esecutivo del 20 luglio 2021 che ha portato il numero a 449. La Plenaria è composta da: rappresentanti dei parlamenti nazionali (108), del Consiglio (54, ovvero due per Stato membro), della Commissione (3), del Parlamento europeo (108), del Comitato economico e sociale (18), del Comitato delle Regioni (18), delle parti sociali (rappresentanti di sindacati) (8), della società civile (8) dei Panel dei cittadini (80) di cui un terzo devono esser giovani di meno di 25 anni[37]. Ogni panel dei cittadini europei elegge 20 delegati alla Plenaria a cui si aggiungono il Presidente del forum dei giovani e 27 (uno per Stato membro) partecipanti ai Panel nazionali o agli eventi (per un totale di 108) [38]. L'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e

[34] E. KORKEA-AHO, *Adjudicating New Governance: Deliberative Democracy in the European Union*, Routledge 2015; EA. CRESPY, *Deliberative Democracy and the Legitimacy of the European Union: A Reappraisal of Conflict*, in *Political Studies*, 2014, p. 81 ss.; R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa partecipativa e rappresentativa: tre diverse forme di democrazia?,* in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa: esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, p. 66 ss.

[35] Il calendario dettagliato degli incontri può essere visionato dal sito ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_21_3092.

[36] La prima sessione Plenaria ha avuto luogo il 19 giugno 2021.

[37] La partecipazione dei giovani alle elezioni del 2019 del Parlamento europeo ha avuto un impatto rilevante, cfr. European Parliament press release, "2019 *European Elections: Record Turnout Driven by Young People*".

[38] Solo in parte la Plenaria riproduce la composizione della Convenzione prevista all'art. 48 del TUE. Nel documento del Consiglio *Conference on the Future of Europe - revised Council position*, si esclude, correttamente, che essa rientri nell'ambito di quella disposi-

la politica di sicurezza sarà invitato per le discussioni sul ruolo internazionale dell'Unione. Ai componenti sopra indicati sono stati aggiunti sei rappresentanti delle autorità regionali, sei di quelle locali e ulteriori quattro partecipanti, rispetto agli otto già presenti, in rappresentanza delle parti sociali[39]. In Plenaria non è prevista la presenza dei Paesi candidati, anche se il Parlamento aveva chiesto di individuare modalità per coinvolgere loro rappresentanti e cittadini di Stati terzi appartenenti allo Spazio Economico Europeo[40].

Si noti che quando il Parlamento aveva definito la sua posizione nei confronti della Conferenza, nel proporre la composizione della Plenaria, aveva suggerito che fossero nominati in rappresentanza dei cittadini europei dei membri del Parlamento europeo[41]. Aveva inoltre specificato che: "i rappresentanti delle agorà tematiche dei cittadini e dei giovani saranno invitati alla plenaria della conferenza per illustrare e discutere le loro conclusioni, in modo che queste ultime possano essere prese in considerazione in occasione delle deliberazioni della plenaria della conferenza"[42].

La composizione della Plenaria della Conferenza riflette le due dimensioni della democrazia nell'Unione. La democrazia rappresentativa, nelle sue diverse configurazioni: Parlamento europeo e Parlamenti nazionali come rappresentanti, rispettivamente, dei popoli e dei cittadini degli Stati membri; il Consiglio in cui sono rappresentati i governi "democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini" (art. 10 TUE). La democrazia partecipativa: i cittadini rappresentati dei Panel europei ma anche i portatori di interesse istituzionalizzati (rappresentati dai membri del Comitato delle Regioni e del CESE) e non istituzionalizzati (le parti sociali e società civile). La composizione evidenzia anche che la Conferenza sul futuro dell'Europa è un luogo di negoziato inte-

zione. Council, *Note from the Presidency of 24 June 2020*, Conference on the Future of Europe: Council Position, Council Document 9102/20, www.consilium.europa.eu. Questo dato di fatto non ci sembra possa escludere a priori modifiche formali del Trattato. Infatti, la procedura ex art. 48 potrebbe essere attivata in seguito o essere applicata la procedura semplificata se gli emendamenti rientrassero nelle ipotesi indicate all'articolo sopra citato per applicare una procedura non implicante l'organizzazione di una Convenzione. Sul modello seguito cfr. i rilievi di F. FABBRINI, *The Conference on the Future of Europe. A New Model to Reform the EU?*, in *Brexit Institute Working Paper Series*, n. 12, 2019.

[39] Comunicato stampa del 19 luglio 2021, scaricabile dal sito www.europarl.europa.eu/news/it/press-room.

[40] *Ibidem*, punto 19.

[41] *Conference on the future of Europe, Main outcome of the Working Group*, cit.

[42] Risoluzione del Parlamento europeo del 15 gennaio 2020 *sulla posizione del Parlamento europeo in merito alla conferenza sul futuro dell'Europa*, punto 15.

ristituzionale[43]. La presenza governativa è limitata rispetto a quella parlamentare e dei cittadini (comprensiva, quest'ultima, delle parti sociali) e a quella degli organi consultivi, ma si deve sottolineare che la Plenaria non ha compiti decisionali e che la sua funzione è trasmettere indicazioni e proposte al Comitato esecutivo che redigerà il rapporto conclusivo. I governi degli Stati membri riassumono piena centralità nella fase decisionale che si colloca al termine del processo.

2.4. Il Comitato esecutivo, che si colloca al quarto livello della Conferenza, è composto da un numero uguale di rappresentanti (tre) del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione europea, e da osservatori istituzionali (fino a quattro)[44]. La presenza della società civile nel Comitato esecutivo è assicurata solo dagli osservatori e in misura limitata. Questi sono: la Troika presidenziale della COSAC (*the Conference of Parliamentary Committees for Union Affairs of EU National Parliaments*), composta dai rappresentanti dei Parlamenti nazionali degli Stati che esercitano la presidenza passata, attuale e futura del Consiglio dell'UE, (attualmente i parlamenti tedesco, portoghese e sloveno), che è un osservato permanente. Altri osservatori partecipano in rappresentanza del Comitato delle regioni, del CESE, e delle parti sociali (BusinessEurope, CES, SGI Europe e SMEunited).

[43] Nel documento predisposto dalla Presidenza croata del 28 gennaio 2020 si dava conto del dibattito e delle posizioni dei governi degli Stati che si erano espressi a favore di una rappresentanza proporzionata delle istituzioni europee e dei parlamenti nazionali e della partecipazione di un ampio numero di portatori d'interesse per assicurare il pluralismo nella discussione. Consiglio dell'Unione, *Outcome of the General Council*, doc. 5573/20, 28.1.2020.

[44] I tre rappresentanti del Parlamento nel Comitato esecutivo provengono dai tre maggiori gruppi politici rappresentati all'interno del Parlamento (Manfred Weber — PPE, Iratxe García Perez — S&D e Guy Verhofstadt — Renew Europe, quest'ultimo copresidente del comitato esecutivo per conto del Parlamento). I quattro osservatori rappresentano gli altri quattro gruppi presenti in Parlamento, in ordine decrescente di deputati. Per quanto riguarda il Consiglio è rappresentato dall'attuale presidenza portoghese (Ana Paula Zacarias, che è copresidente del comitato esecutivo a nome del Consiglio) e dalle future presidenze slovena e francese (Gašper Dovžan e Clément Beaune); i quattro osservatori provengono dalle quattro successive presidenze del Consiglio europeo. Rappresentanti della Commissione all'interno del comitato esecutivo sono Dubravka Šuica, vicepresidente per la democrazia e la demografia (che è copresidente del comitato esecutivo per conto della Commissione), Věra Jourová, vicepresidente per i valori e la trasparenza, e Maroš Šefčovič, vicepresidente per le relazioni interistituzionali e la prospettiva.

Spetta al Comitato esecutivo redigere e pubblicare le conclusioni della Plenaria e presentare il risultato finale della Conferenza in un Rapporto inviato alla Presidenza congiunta e pubblicato sulla Piattaforma.

Il Segretariato comune è composto da un numero uguale di membri del personale provenienti rispettivamente dal Parlamento europeo, dal segretariato generale del Consiglio e dalla Commissione europea; il Segretariato svolge le sue funzioni sotto l'autorità del Comitato esecutivo. Il suo compito è assistere il Comitato esecutivo nel garantire l'organizzazione e lo svolgimento corretti della Plenaria della Conferenza (art. 8 del Regolamento interno della Conferenza).

2.5. La divergenza tra le istituzioni europee in merito alla composizione della Presidenza della Conferenza, come già visto, ne ha ritardato l'inizio. Nel documento del 2020 del Consiglio si auspicava una Presidenza monocratica, affidata, sul modello della Convenzione di Laeken, a un'eminente personalità europea (allora si trattò, come noto, del Presidente Giscard D'Estaign) che doveva essere "indipendente" e affiancata da uno *steering committee*. Il Parlamento aveva proposto come presidente della Conferenza Guy Verhofstadt che però – per le sue idee federaliste – non era gradito alla maggioranza degli Stati membri[45]. Il compromesso raggiunto ha comportato l'istituzione di una Presidenza congiunta dei tre Presidenti di Commissione, Consiglio e Parlamento europeo. La stessa formula si applica alla presidenza del Comitato esecutivo.

3. Secondo studi recenti[46], le procedure per una partecipazione di alta qualità prevedono di: "selecting participants by random lot; moving methodically from broad agenda-setting discussions to more specific solutions; involving experts; structuring deliberation in ways that avoid polarizing debate; and getting public authorities to commit to the results of participative forums"[47].

Sembra che questo metodo sia, almeno in principio, applicato nella

[45] Sulla vicenda, più nel dettaglio cfr. www.politico.eu/article/brussels-descend-into-fight-over-leadership-for-conference-on-eu-future/

[46] R. YOUNG, *Can Citizens Participation Revive European Democracy?*, Carnegie Europe, 30.7.2019, scaricabile dal sito carnegieeurope.eu/2019/07/30/can-citizen-participation-really-revive-european-democracy-pub-79588.

[47] In questa metodologia di partecipazione, il feedback è fondamentale. Nel comunicato stampa del PE del 7 aprile 2021 si legge "A specialised feedback mechanism will aggregate and analyse key points raised, so that they can also be taken into account during the European Citizens' panels and Conference Plenaries".

Conferenza: la partecipazione dei cittadini si struttura su tre livelli e si realizza secondo diverse modalità e tipologie di contributi; nella Piattaforma sono soprattutto raccolte le idee e le suggestioni che devono essere elaborate in modo da poter essere discusse nei Panel e successivamente nella Plenaria; i cittadini che partecipano ai Panel sono selezionati casualmente ma la rappresentatività è assicurata dall'applicazione di diversi criteri; è prevista la presenza di esperti e mediatori; nei Panel è applicato il metodo deliberativo.

La trasparenza è garantita dalla pubblicità di tutti i lavori, dallo streaming, oltre che di molti eventi indicati nella Piattaforma, soprattutto delle riunioni della Plenaria e dei Panel dei cittadini sia a livello nazionale che transnazionale. Tutti i documenti sono caricati sulla Piattaforma.

L'adozione delle decisioni avviene per *consensus* nel Comitato esecutivo[48] per tutte le questioni di sua competenza; anche nella Plenaria si procede per *consensus*, metodo che si applica però solo alle istituzioni europee e ai rappresentanti dei parlamenti nazionali. In effetti, il *consensus* è il modo di procedere che meglio si adatta alla composizione della Plenaria e del Comitato esecutivo. La struttura della Plenaria (soprattutto nella sua dimensione interistituzionale) difficilmente potrebbe essere considerata compatibile con un processo decisionale di ricorso al voto; nel Comitato esecutivo il voto potrebbe evidenziare delle divergenze tra le istituzioni rappresentate (di cui si è avuta prova nella fase di istituzione della Conferenza)[49]. Alla nota 7 del regolamento interno della Conferenza, si specifica che "Un consenso deve essere raggiunto almeno tra i rappresentanti del Parlamento europeo, del Consiglio, della Commissione europea e dei parlamenti nazionali, su un piano di parità. Qualora emerga con chiarezza una posizione divergente dei rappresentanti dei cittadini provenienti dagli eventi nazionali e/o dai panel di cittadini a livello europeo o nazionale, essa dovrebbe essere espressa nella relazione del comitato esecutivo". Quindi,

[48] In sede di Convenzione di Laeken (che aveva adottato gli atti per consensus) si era dibattuto sulla consistenza della minoranza che avrebbe potuto bloccare l'adozione dei testi. N. VEROLA, *Osservazioni Preliminari sul metodo della Convenzione,* in A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, Napoli, 2003, p. 15 ss.

[49] Nel documento del gennaio 2020 il Parlamento insisteva sulla necessità di trovare un consenso sulle raccomandazioni della Plenaria della Conferenza o, quanto meno, sul fatto che le raccomandazioni rispecchiassero la posizione della maggioranza dei rappresentanti di ciascuna delle tre istituzioni dell'UE e dei parlamenti nazionali. Risoluzione del Parlamento europeo del 15 gennaio 2020 *sulla posizione del Parlamento europeo in merito alla conferenza sul futuro dell'Europa* (2019/2990(RSP)), punto 16.

in sostanza, una raccomandazione della Plenaria potrebbe essere adottata anche in presenza di un dissenso dei cittadini. È fondamentale, però, che siano prese in seria considerazione anche posizioni alternative sulle scelte politiche decisive.

Detto questo sul metodo applicabile, che sarà possibile valutare correttamente solo in una fase più avanzata del processo, merita sottolineare l'esistenza di alcuni elementi critici. In primo luogo, per quanto riguarda la determinazione delle aree di interesse e degli spazi entro cui i cittadini possono esprimere le loro proposte, e in secondo luogo per quanto riguarda i risultati del processo.

Sulla definizione dell'agenda, il Consiglio aveva assunto un approccio *policy-first*: la Conferenza avrebbe dovuto trattare solo questioni connesse alle politiche dell'Unione – dando priorità all'Agenda strategica stabilita dal Consiglio europeo nel 2019[50] – escludendo il dibattito su questioni istituzionali[51]. In realtà uno degli argomenti della Piattaforma è "democrazia nell'Unione" e ovviamente riguarda proprio le problematiche connesse al funzionamento e alle competenze delle istituzioni (come testimoniano anche molte delle idee espresse). Tuttavia, poiché riforme istituzionali significative richiedono l'unanimità dei governi degli Stati membri, la possibilità che si realizzi tale risultato, stante la posizione del Consiglio, appare remota. È evidente che chiedendo di focalizzare l'attenzione sulle priorità delle politiche il Consiglio intendeva evitare che si potessero discutere riforme istituzionali potenzialmente destabilizzanti gli attuali equilibri del sistema.

La Commissione menzionava[52] le sei priorità[53] indicate nel suo programma, significativamente intitolato "Un'Unione più ambiziosa"[54], e nell'agenda strategica del Consiglio europeo[55]. Anche la risoluzione del Parlamento europeo del gennaio 2020 elencava (punto 7) alcune priorità se pure a titolo non esclusivo.

[50] Il Consiglio afferma che le priorità dell'Agenda tengono conto dei risultati delle consultazioni dei cittadini riferendosi implicitamente ai *Dialoghi* e alle *Consultazioni*. Come già indicato, dubbi sono sollevati sul fatto che effettivamente la redazione dell'Agenda abbia tento conto di quelle indicazioni.

[51] Cfr. il documento del Consiglio, Conference on the Future of Europe - Revised Council position, doc. 5911/21 del 3 febbraio 2021.

[52] COM (2020) 27, 22 gennaio 2020, punto 2.1.

[53] Altri temi sarebbero la lotta ai cambiamenti climatici, la migrazione, lo Stato di diritto, la digitalizzazione.

[54] *Op. cit.*

[55] Si veda anche *Contributo della Commissione europea alla riunione informale dei leader dell'UE a 27 del 9 maggio 2019 a Sibiu (Romania)*

Merita menzionare anche il *non-paper* franco-tedesco, per cui la Conferenza avrebbe dovuto affrontare tutte le "issues at stake to guide the future of Europe with a view to making the EU more united and sovereign"[56], con l'obiettivo di promuovere la democrazia e i valori europei e di assicurare un funzionamento più efficace dell'Unione e delle sue istituzioni.

Sulla base di queste discussioni, la Dichiarazione congiunta del marzo 2021 (negli stessi termini si veda il regolamento di procedura della Conferenza, art. 2) ha indicato una pluralità di contenuti che riguardano la lotta ai cambiamenti climatici e alle sfide ambientali, un'economia che funzioni per le persone, l'equità sociale, l'uguaglianza e la solidarietà intergenerazionale, la trasformazione digitale dell'Europa, i diritti e i valori europei tra cui lo Stato di diritto, le sfide della migrazione, la sicurezza, ruolo nel mondo, le basi democratiche dell'Unione e il rafforzamento dei processi democratici che governano l'Unione europea. Si tratta dei temi che corrispondono sostanzialmente a quelli ora indicati sulla Piattaforma multilingue (cfr. *supra*) con l'aggiunta dei seguenti argomenti: istruzione cultura gioventù e sport[57]; salute; un generico "altre idee"[58]. Le discussioni possono anche avere ad oggetto questioni trasversali relative alla capacità dell'UE di realizzare le priorità politiche, come una migliore regolamentazione, l'applicazione della sussidiarietà e della proporzionalità, l'attuazione e il rispetto dell'*acquis* e la trasparenza. Si specifica anche che i cittadini europei potranno proporre ulteriori argomenti.

Questi richiami alle posizioni sviluppate dalle istituzioni sembrano evidenziare che gli argomenti sono stati definiti dalle istituzioni con un approccio *top-down*.[59] E' vero che il Parlamento ha affermato che uno degli obiettivi della Conferenza è "to focus reforms (of policies and institutions) on the issues considered most important by European citizens"[60], ma è an-

[56] *Franco-German non-paper on Key Questions and Guidelines: Conference on the Future of Europe*, 25 novembre 2019, si menzionavano temi quali il ruolo dell'Europa nel mondo e la difesa e la sicurezza, il vicinato; i cambiamenti climatici; la digitalizzazione; la migrazione; la lotta alle ineguaglianze e il modello sociale di mercato; lo stato di diritto e i valori europei. Il testo del documento è scaricabile dal sito ec.europa.eu/dorie/.

[57] Come precisato nella Piattaforma si tratta di aree in cui la competenza è sostanzialmente degli Stati con l'Unione che interviene in funzione di supporto.

[58] Che vanno dalla promozione dell'esperanto a norme comuni sull'età pensionabile.

[59] Per alcuni rilievi critici cfr. A. ALEMANNO, K. NICOLAIDIS, N. MILANESE, The *Conference on the Future of Europe: an Open Letter,* in *VerfBlog,* 2020/2/01, verfassungsblog.de/the-conference-on-the-future-of-europe-an-open-letter/.

[60] AFCO Commission, *Working document on citizens' and civil society's participation in the Conference on the Future of Europe*, Rapporteurs: Daniel Freund, Helmut Scholz, 12 marzo 2021, p. 3.

che significativo che nelle *Key Conclusions sui Citizens'Dialogue and Citizens' Consultation* del 30 aprile 2019 la Commissione annotasse: "participants in the debate on the Future of Europe would like the European Union to focus on topics that are already at the heart of the European agenda, notably the ten political priorities of the Juncker Commission. The Commission's contribution to the Strategic Agenda and the Commission's proposals for the European Union's long-term budget also mirror citizens' expectations".[61] Per il Consiglio, la Conferenza è un dibattito, "an opportunity to underpin the democratic legitimacy and functioning of the European project as well as to uphold the EU citizens support for our common goals and values, by giving them further opportunities to express themselves"[62].

Il fatto che i macro-temi siano stati individuati dalle istituzioni di per sé non è particolarmente problematico in termini di democrazia partecipativa, dato che difficilmente qualcuno contesterebbe la rilevanza di quegli argomenti che corrispondono sostanzialmente a quelli emersi nei *Dialoghi* e nelle *Consultazioni*; inoltre, si tratta di questioni indicate in maniera estremamente ampia (basti pensare al tema: "l'Ue nel mondo") e quindi i partecipanti al processo sono in principio liberi di definire i contenuti delle azioni concrete, le proposte e le direzioni preferite. È vero che mancano dei temi importanti come l'allargamento, ma nulla vieta che possano essere sollevati dai cittadini nella Piattaforma e poi discussi nei Panel. Tuttavia, anche se una valutazione non è ovviamente possibile a questo stadio della Conferenza, va evidenziato che gli argomenti indicati nella Piattaforma digitale sono poi ulteriormente specificati e la direzione del dibattito suggerita con delle "domande" che sono volte a definire e inquadrare la discussione ma appaiono, in alcuni casi almeno, pre-orientate all'adozione di alcune soluzioni. Tali indicazioni avrebbero lo scopo di "aiutare a scegliere" tra le tematiche che l'Unione sta affrontando o intende affrontare in ciascuna categoria. Ad esempio, nel sopra citato documento del Parlamento si afferma: "In order to facilitate and structure the work of the Citizens' Agoras, the 'topics' should be selected carefully and formulated as questions that agoras will have to answer" [63].

[61] Sottolineature aggiunte.

[62] Consiglio dell'Unione, *Conference on the Future of Europe - Revised Council Position*, doc. 5911/21, 3 marzo 2021, sottolineature aggiunte.

[63] *Working document on citizens' and civil society's participation*, *op.cit*, p. 4. Si veda, per alcuni esempi, futureu.europa.eu/pages/eudemocracyinfo. Rimane sempre aperta la questione più generale relativa alla direzione delle scelte politiche dell'Unione, alcune delle già delineate a livello costituzionale. Su questo aspetto G. DAVIES, *Democracy and Legitimacy in*

Ciò detto, appare evidente che il contributo più significativo della Conferenza al rafforzamento della legittimità dell'Unione consisterebbe nella traduzione delle raccomandazioni e proposte in misure concrete (*output legitimacy*).

La questione più delicata ancora aperta attiene quindi al mandato della Conferenza e alla possibilità di modifica dei Trattati. È palese che se questa viene esclusa[64], tutte le indicazioni provenienti dalla Conferenza dovranno essere inserite nel perimetro delle competenze conferite, delle procedure stabilite e degli strumenti previsti dai Trattati. In altri termini, a Trattati invariati, le proposte potranno al più cercare di sfruttarne le potenzialità [65] ma non si potranno prevedere azioni che richiedano il conferimento all'Unione di nuove competenze o una trasformazione degli equilibri istituzionali (si pensi, ad esempio, alla tutela della salute o alla codificazione del sistema dello *Spitzenkandidat*, o all'iniziativa legislativa autonoma del Parlamento).

Quindi, in realtà, se modifiche dei Trattati sono escluse, il contributo dei cittadini alla definizione degli interventi delle istituzioni nelle aree e settori indicati è limitato a priori. La mancata esplicita menzione di una revisione dei Trattati può influire sui lavori della Conferenza e sui testi che saranno predisposti.

Sugli esiti della Conferenza il Consiglio ha affermato il (generico) impegno di ogni istituzione di esaminare rapidamente (*swiftly*) – nell'ambito

the Shadow of Purposive Competences, in *European Law Journal*, 2015, p. 2 ss.

[64] Tale eventualità non sembrava essere esclusa né dalla Presidente Von der Leyen (se pure con le cautela e nell'Agenda presentata prima della sua elezione) né dal Parlamento europeo. *Conference on the future of Europe, Main outcome of the Working Group*, 19 dicembre 2019, doc. PE 644.153/CPG. La revisione dei Trattati è una possibilità contemplata nel documento. Il *working group* è un organismo, composto da un rappresentante per ogni gruppo politico e da un membro della Commissione Affari Costituzionali (AFCO), istituito dalla Conferenza dei Presidenti con l'obiettivo di preparare la proposta del Parlamento europeo in merito all'organizzazione della Conferenza. Cfr. Conference of the Presidents. *Minutes of the Ordinary Meeting*, 16 ottobre 2019, PV CPG 16 ottobre 2019.

[65] Si veda anche la risoluzione del Parlamento europeo *Miglioramento del funzionamento dell'Unione europea sfruttando le potenzialità del trattato di Lisbona*, 16 febbraio 2017, 2014/2249 (INI). In un'altra risoluzione adottata lo stesso giorno *Possibile evoluzione e adeguamento dell'attuale struttura istituzionale dell'Unione europea*, 2014/2248(INI) le proposte avanzate implicano invece una modifica dei Trattati. Sul piano istituzionale e di rafforzamento della democrazia (nella sua dimensione rappresentativa) si evidenziano il potere di presentare proposte legislative a soggetti diversi dalla Commissione, quali il Consiglio, il Parlamento e i Parlamenti nazionali. In una risoluzione del 13 febbraio 2019 *Stato del dibattito sul futuro dell'Europa* (2018/2094(INI) il Parlamento auspicava il ricorso alle clausole passerella.

delle proprie competenze – come dare seguito efficace al Rapporto della Conferenza al Consiglio europeo[66] (il vero destinatario finale del Rapporto). Questo impegno ovviamente non garantisce una concreta risposta alle richieste, soprattutto se si esclude – come fa il Consiglio – qualsiasi modifica del Trattato. Il Parlamento aveva adottato un approccio diverso: compito della Conferenza era, per questa istituzione, di individuare gli aspetti positivi dell'UE e le nuove misure che essa deve adottare per fare meglio, potenziare la propria capacità d'intervento e farsi più democratica sostenendo la creazione di strumenti permanenti (non ulteriormente specificati). Nella sua posizione sulla Conferenza del 15 gennaio 2020 il Parlamento si era impegnato "a dare senza indugio un seguito effettivo alla conferenza, con proposte legislative, dando inizio a eventuali modifiche del trattato o con altre modalità". La Commissione ha fatto riferimento alla Conferenza come ad una nuova "spinta per la democrazia europea" e di incoraggiamento della partecipazione dei cittadini al processo decisionale, senza peraltro adottare una posizione definitiva sui risultati, anche se, come visto, la Presidente si era espressa, nel suo discorso programmatico, in senso possibilista sulla modifica dei Trattati.

Nella Dichiarazione congiunta si è raggiunto un risultato di compromesso e per questo ambiguo. Ivi si afferma che il risultato finale della Conferenza sarà presentato in una relazione destinata alla Presidenza congiunta. Le tre istituzioni si impegnano a esaminare rapidamente come dare un seguito efficace a tale relazione ciascuna nell'ambito delle proprie competenze. In senso analogo, il regolamento interno della Conferenza all'art. 1 stabilisce: "Un meccanismo di feedback garantirà che le idee formulate durante gli eventi connessi alla Conferenza si traducano in raccomandazioni concrete per le future azioni dell'UE".

Se nulla viene specificato in merito alla relazione con una eventuale futura Convenzione prevista all'art. 48 TUE non è detto che un esperimento come la Conferenza non possa in futuro collegarvisi. Si potrebbe immagi-

[66] Si segnala anche un documento adottato da 12 Stati membri del 19 marzo 2021 *Conference on the Future of Europe: Common Approach Amongst Austria, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, Ireland, Latvia, Lithuania, Malta, the Netherlands, Slovakia and Sweden*. Se pur esprimendosi per promuovere "an effective and rules-based EU that delivers real, tangible solutions to the challenges that the EU is facing", i firmatari ritengono che questo obiettivo sia perseguibile sulla base dell'Agenda strategica del Consiglio europeo e senza creare vincoli giuridici. Nel citato *non-paper* franco tedesco del novembre 2019 si proponevano due fasi della Conferenza: la prima si sarebbe occupata di questioni istituzionali (come le liste transnazionali per l'elezione del Parlamento europeo e il sistema dello *Spitzenkandidat) la seconda fase* sarebbe stata incentrata sulle politiche.

nare una revisione della composizione della Convenzione prevista dall'attuale art. 48 TUE per includervi una forma di rappresentanza dei cittadini[67] (modifica che richiederebbe però evidentemente un emendamento dell'art. 48 TUE)[68].

Si può, più semplicemente, ipotizzare che questa esperienza possa nel futuro tradursi in un forum di consultazione permanente[69] o che si istituisca una piattaforma online, sul modello di quella che è oggi parte della struttura della Conferenza, che affianchi la Convenzione ex art. 48.

4. In questo scritto ci si è interrogati sul possibile contributo della Conferenza sul futuro dell'Europa al rafforzamento della democrazia partecipativa e della legittimità dell'Unione. Più precisamente sono state svolte osservazioni sul coinvolgimento dei cittadini europei nell'individuazione di propose per il futuro dell'Europa (*input legitimacy*) che poi dovranno essere tradotte in azioni concrete (*output legitimacy*) dalle istituzioni e dagli Stati membri (con eventuali modifiche dei Trattati).

Per quanto riguarda le modalità di partecipazione dei cittadini si è visto come queste si strutturino diversamente nella Piattaforma, nei Panel e nella Plenaria. Solo l'avanzamento della Conferenza nelle sue varie fasi potrà fornire ulteriori elementi per una valutazione degli elementi qualificanti di questo processo: l'effettiva partecipazione, la corretta rappresentanza dei cittadini, l'applicazione del metodo deliberativo, il ruolo dei mediatori, il funzionamento dei meccanismi di *feedback*, il rapporto tra i diversi livelli

[67] La professoressa Deirdre Curtin aveva proposto la costituzione di un *forum*, composto da rappresentanti della società civile di tutta Europa, a cui attribuire un ruolo formale all'interno del processo di revisione del Trattato, che includesse possibilmente il potere di approvare in via definitiva i risultati della conferenza intergovernativa. D. CURTIN, *Private Interest Representation or Civil Society Deliberation? A Contemporary Dilemma for European Union Governance*, in *Social and legal Studies*, 2002, p. 55 ss. Altra interessante proposta, che però riguarda il processo decisionale e non la modifica dei Trattati, è stata avanzata dal Comitato europeo delle regioni e dal Comitato economico e sociale in merito a un "permanent system of citizens' dialogues/consultations" che dovrebbe essere integrato nel ciclo decisionale su base regolare e completerebbe la struttura rappresentativa decisionale dell'Unione. COR, *Working Together to Bring the EU Closer to its Citizens: EU Cities and Regions' Key Proposals to Renew the EU (2019-2024)*, CdR No. 3975, June 2019.

[68] Il Parlamento aveva affermato la necessità di includere in modo permanente i cittadini europei nel processo di revisione dei Trattati modificando il metodo della Convenzione.

[69] Consiglio dell'Unione doc. 9102; Parlamento risoluzione 9 gennaio 2020, punto 1, in cui afferma che sul lungo periodo deve essere previsto un meccanismo permanente di dialogo con i cittadini sul futuro dell'Europa.

della Conferenza, l'elaborazione delle proposte e la loro trasmissione dalla base (Piattaforma) all'apice (Plenum e Comitato direttivo). Questi fattori, e alcuni di essi in particolare, potranno, in presenza di determinate condizioni, favorire la creazione di uno spazio pubblico di discussione e confronto tra cittadini europei.

L'espansione degli spazi di consultazione e dei canali di trasmissione dal basso è senz'altro positiva anche se è fondamentale che tutte le posizioni espresse siano prese in seria considerazione. Infatti, la Conferenza solleva la questione di definire la connessione tra metodo e proposte concrete (*input*) e risultato (*output*). Si dovranno esaminare non solo le modalità di funzionamento della Conferenza e il contributo dei cittadini alla definizione delle proposte in settori previamente individuati ma anche gli esiti del processo.

Si delinea, infatti, il rischio di quello che Russack[70] ha definito un *expectations-delivery gap*, dall'autrice riferito all'iniziativa dei cittadini europei ma senz'altro applicabile anche alla Conferenza. Infatti, la mancata traduzione in azioni concrete delle istanze provenienti *dal basso* avrebbe ricadute negative in termini di ulteriore alienazione dei cittadini dal progetto europeo. Il rischio, si ripete, è che la Conferenza si riveli solo uno strumento di sensibilizzazione dei cittadini; in questo caso il contributo al rafforzamento della democrazia partecipativa sarebbe marginale. Naturalmente è benvenuto ogni strumento di partecipazione (se correttamente strutturato) ma è necessario che la Conferenza produca qualche risultato tangibile per non replicare esperienze passate che non hanno certo concorso a rafforzare la fiducia dei cittadini in un processo dal quale si sentono sostanzialmente esclusi[71].

[70] S. RUSSACK, *Pathways for Citizens to Engage in EU Policymaking*, in *CEPS Policy Insight*, 2018/14, p. 9.

[71] N. VON ONDARZA, M. ALANDER, *The Conference on the Future of Europe Obstacles and Opportunities to a European Reform Initiative That Goes beyond Crisis Management*, Swp, German Institute For International And Security Affairs, 2021.

IL RAPPORTO TRA LA CORTE DI GIUSTIZIA E LE GIURISDIZIONI NAZIONALI NELL'INTERPRETAZIONE DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI: LA POSIZIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

PAOLA MORI

SOMMARIO: 1. L'*obiter dictum* della sentenza della Corte costituzionale 269/2017 e la giurisprudenza successiva. – 2. La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla c.d. doppia pregiudizialità. – 3. L'autonomia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. – 4. La competenza della Corte di giustizia a interpretarne le disposizioni... – 5. … e a definirne l'efficacia diretta alla luce del principio del primato.

1. Nel 2017 una sorta di terremoto ha scosso quelle che sembravano le ormai solide fondamenta dei rapporti tra il diritto dell'Unione e l'ordinamento nazionale, mettendo in discussione la giurisprudenza costituzionale consolidatasi a partire dalla sentenza *Granital*[1]. Con il noto e commentatissimo *obiter dictum* contenuto nella sentenza 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 su di sé il controllo del rispetto dei diritti fondamentali quali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Alla base di tale presa di posizione vi è la considerazione che la Carta 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". Questo carattere renderebbe dunque necessario "un intervento *erga omnes*" del giudice delle leggi, con la conseguenza che, "laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, deve essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del TFUE"[2].

[1] Corte cost. 5 giugno 1984, n. 170.
[2] Corte cost. 7 novembre 2017, n. 269, par. 5.2.

Come spesso accade, anche questo sisma è stato anticipato da alcuni eventi tellurici anticipatori, si pensi alla vicenda *Taricco*[3], e seguito da una serie di movimenti di assestamento che ne hanno precisato la portata.

In considerazione del fatto che questo intervento è volto a dar conto della posizione assunta nel frattempo dalla Corte di giustizia, mi limiterò a ricordare brevemente come la Corte costituzionale sembri nel frattempo aver rimodulato la propria posizione[4].

[3] Si ricorda qui che, a seguito della sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2015, C-105/14, *Taricco*, la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 24 del 26 gennaio 2017, ha chiesto "un nuovo chiarimento da parte della Corte di giustizia sul significato da attribuire all'art. 325 TFUE sulla base della sentenza Taricco". La Corte di Lussemburgo si è pronunciata su tale richiesta con la sentenza 5 dicembre 2017, C-42/17, *M.A.S. e M.B.,* a cui ha fatto seguito la Corte costituzionale con la sentenza n. 115 del 31 maggio 2018. La dottrina in argomento è vastissima, ci si limita qui a rinviare a A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017; A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso* Taricco *e il dialogo tra le corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017; P. MORI, *La Corte costituzionale chiede alla Corte di giustizia di rivedere la sentenza Taricco: difesa dei controlimiti o rifiuto delle limitazioni di sovranità in materia penale?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 407 ss.; C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "Saga* Taricco*"*, Milano, 2018. Ma si veda anche la sentenza n. 133/2016 su cui R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale e il giudizio incidentale sulle leggi "anticomunitarie": il passo del gambero?*, in *Il Diritto dell'Unione europea, Osservatorio europeo*, dirittounioneeuropea.eu, luglio 2016.

[4] Sulla giurisprudenza costituzionale più recente v., tra i molti, C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l'*obiter dictum *della sentenza n. 269/2017*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 2, 2019; F. DONATI, *I principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione in un sistema di tutele concorrenti dei diritti fondamentali,* in *federalismi.it*, 29 aprile 2020; R. MASTROIANNI, *Sui rapporti fra Carta e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace della tutela dei diritti*, in *europeanpapers.eu*; P. MORI, *La Corte costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE: dalla sentenza 269/2017 all'ordinanza 117/2019,* in *I Post di AISDUE, aisdue.eu*, I (2019)*;* B. NASCIMBENE, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa: i cataloghi e gli strumenti a disposizione dei giudici nazionali (cataloghi, arsenale dei giudici e limiti o confini)*, in *rivista.eurojus.it,* n. 3, 2020t; ID., *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti fra giudici: la necessità di una tutela integrata,* in *europeanpapers.eu*, 2021, p. 81ss.; L. S. ROSSI, *Il "triangolo giurisdizionale" e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della corte costituzionale italiana,* in *federalismi.it,* 1° agosto 2018; A. RUGGERI, *Forme e limiti del primato del diritto eurounitario, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale: profili teorico-ricostruttivi e implicazioni* istituzionali, in *I Post di AISDUE, aisdue.eu*, I (2019), p. 219 ss.; 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*, dirittounioneeuropea.eu, 2017; F. SPITALERI, *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 729 ss.; G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *Rapporti fra Corti e retroattività della* lex mitior, in *I Post di AISDUE, aisdue.eu*, I (2019); A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2019,

La giurisprudenza costituzionale successiva sembra infatti aver ridimensionato la portata di quell'*obiter dictum* per quanto riguarda in particolare la priorità del rinvio di costituzionalità nel caso di doppia pregiudizialità e la questione della definizione del potere del giudice comune "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"[5].

Difatti, già nella sentenza 20/2019 la Corte costituzionale ha considerato che "i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria" e, ricorrendone i presupposti, "non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta". Secondo i giudici costituzionali "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"[6]. Inoltre, la Consulta ha riconosciuto al giudice comune il potere/dovere sia di rinviare in ogni momento alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE sia di disapplicare la norma nazionale in contrasto con la norma dell'Unione dotata di effetto diretto[7].

Resta però la decisione di escludere ogni preclusione circa la scelta dei rimedi giurisdizionali in concorso – rinvio alla Corte costituzionale ovvero rinvio alla Corte di giustizia – e quindi l'abbandono della 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", con la conseguenza che in quel tipo di casi la questione di costituzionalità doveva essere considerata inammissibile[8]. Ciò ha evidentemente

p. 9 ss.; F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali,* 2019, p. 481 ss.

[5] Corte costituzionale 269/2017, cit., par. 5.2 (corsivo aggiunto).

[6] Corte cost. 23 gennaio 2019, n. 20, par. 2.3; v. anche sentenze n. 63 del 20 gennaio 2019; n. 112 del 6 marzo 2019.

[7] Corte cost. sent. n. 112 e ord. n. 117 del 10 maggio 2019.

[8] Corte cost. 13 luglio 2007, n. 284, par. 3, "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, confligga-

posto una serie di delicati problemi per quanto riguarda i compiti dei giudici comuni nell'applicazione del diritto dell'Unione nei loro rapporti con la Corte costituzionale e con la Corte di giustizia[9].

Nel contempo sembra delinearsi un ruolo più attivo della Corte costituzionale rispetto a questioni che toccano le norme di diritto dell'Unione, in particolare quando sollevano profili di compatibilità con i diritti fondamentali e la Carta. La Consulta, infatti, ha anche recentemente ribadito che "quando è lo stesso giudice rimettente a sollevare una questione di legittimità costituzionale che investe anche le norme della Carta, questa Corte non può esimersi dal valutare se la disposizione censurata infranga, in pari tempo, i princìpi costituzionali e le garanzie sancite dalla Carta". E, in quanto giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 267, par. 3, TFUE, essa esperisce il rinvio pregiudiziale "ogniqualvolta ciò sia necessario per chiarire il significato e gli effetti delle norme della Carta; e potrà, all'esito di tale valutazione, dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata, rimuovendo così la stessa dall'ordinamento nazionale con effetti erga omnes"[10].

no con le evocate norme del diritto comunitario provviste di effetto diretto e trarne le conseguenze qui precisate" e cioè la non applicazione.

[9] In argomento si vedano le considerazioni di C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l'*obiter dictum *della sentenza n. 269/2017*, cit., p. 17 ss.; R. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *giustiziainsieme.it*, 4 marzo 2019; N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, in *federalismi.it*, 10 luglio 2019, 9 ss.; R. MASTROIANNI, *Sui rapporti fra Carta e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace della tutela dei diritti*, cit.; F. SPITALERI, *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 729 ss.

[10] Così nell'ordinanza n. 182 dell'8 luglio 2020, par. 3.1; ma v. già ord. 117/2019 cit. Con l'ordinanza 182/2020 la Corte costituzionale ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire se la normativa italiana - che subordina alla titolarità del permesso per soggiornanti UE di lungo periodo la concessione agli stranieri degli assegni di natalità e di maternità - sia compatibile con l'articolo 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che prevede il diritto alle prestazioni di sicurezza sociale, e con l'articolo 12, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2011/98/UE, sulla parità di trattamento tra cittadini di Paesi terzi e cittadini degli Stati membri. Sull'ordinanza v. N. LAZZERINI, *Dual Preliminarity Within the Scope of the EU Charter of Fundamental Rights in the Light of Order 182/2020 of the Italian Constitutional Court*, in *European Papers*, 2020, p. 1463 ss. Con l'ordinanza 117/2019 la Corte costituzionale ha chiesto alla Corte di Lussemburgo 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

Da molti tacciati, più o meno esplicitamente, di "sovranismo costituzionale", i giudici costituzionali sembrano ora pronti a dialogare con la Corte di Lussemburgo, "in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia [...], affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 della CDFUE)", con ciò riconoscendo la Corte di giustizia come "depositaria del rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati"[11]. E tuttavia, pur a fronte di questa giurisprudenza "dialogante", non si può escludere l'eventualità che la Corte costituzionale prenda posizione su questioni riguardanti il diritto dell'Unione esclusivamente sulla base di parametri costituzionali interni[12] oppure interpretando il diritto dell'Unione

delle disposizioni europee rilevanti per contrasto con gli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La Corte di giustizia si è pronunciata con la sentenza 2 febbraio 2021, causa C-481/19, *DB*, dichiarando che "l'articolo 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6 e l'articolo 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 596/2014, letti alla luce degli articoli 47 e 48 della Carta, devono essere interpretati nel senso che essi consentono agli Stati membri di non sanzionare una persona fisica, la quale, nell'ambito di un'indagine svolta nei suoi confronti dall'autorità competente a titolo di detta direttiva o di detto regolamento, si rifiuti di fornire a tale autorità risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale". A seguito di tale pronuncia la Corte costituzionale si è pronunciata con la sentenza n. 84 del 13 aprile 2021, dichiarando l'illegittimità dell'art. 187-*quinquiesdecies*, d.lgs. 58/1998 (c.d. TUF) nella misura in cui tale disposizione sottopone a severa sanzione pecuniaria chi si rifiuti di fornire alla Banca d'Italia o alla Consob risposte dalle quali possa emergere la responsabilità per un illecito amministrativo-punitivo o penale. Per una ricostruzione della vicenda v. M. ARANCI, *Da Roma a Lussemburgo… e ritorno: la pronuncia della Consulta sul diritto al silenzio*, in *rivista.eurojus.it*, 10 maggio 2021.

[11] Ord. 182/2020, par. 3.2. Nella sentenza 20/2019 la Corte aveva infatti affermato 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" (par. 2.3).

[12] V. sentenza 20/2019 in cui la Consulta si è pronunciata sulla questione relativa alla violazione della normativa europea sulla *privacy* in relazione all'obbligo 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, stabilendo che "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" (par. 3.1); sul punto v. P. MORI, *La Corte co-*

ma senza interpellare a sua volta la Corte di giustizia. Se è vero, infatti, che in tempi recenti la Consulta, adita nel corso di procedimenti incidentali di legittimità costituzionale, ha in alcuni casi fatto applicazione dell'art. 267 TFUE interpellando la Corte di giustizia su questioni di validità di atti dell'Unione o di interpretazione delle relative norme[13], non può neppure escludersi il rischio, peraltro già concretatosi in alcuni casi, che essa decida senza consultare la Corte di giustizia[14]. Eventualità, questa, che può com-

stituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE: dalla sentenza 269/2017 all'ordinanza 117/2019, cit. Più recentemente, nella sentenza 44/2020 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 22, comma 12, lettera b), della legge della Regione Lombardia 8 luglio 2016, n. 16 (Disciplina regionale dei servizi abitativi), in quanto subordina l'accesso ai servizi abitativi pubblici al requisito della "residenza anagrafica o svolgimento di attività lavorativa in Regione Lombardia per almeno cinque anni nel periodo immediatamente precedente la data di presentazione della domanda". Il giudice rimettente dubitava della legittimità di tale disciplina con diversi parametri costituzionali, tra cui l'art. 3 Cost, primo e secondo comma, e l'art. 117 Cost, con riferimento – come "parametro interposto" – all'art. 11 della direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo. La Corte ha deciso che l'art. 22, comma 1, lettera b), della legge reg. Lombardia n. 16 del 2016, nella parte in cui fissa il requisito della residenza (o dell'occupazione) ultraquinquennale in regione come condizione di accesso al beneficio dell'alloggio di edilizia residenziale pubblica, "contrasta sia con i principi di eguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3, primo comma, Cost.". Osserva R. MASTROIANNI, *Sui rapporti fra Carta e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace della tutela dei diritti*, cit., che la sentenza "conferma la tendenza della Corte costituzionale di affrontare i casi di sovrapposizione tra scrutinio interno e scrutinio comunitario preferendo dare la priorità alle questioni di legittimità costituzionale risolvibili sulla base del solo parametro interno. Quest'ultimo, tuttavia, viene letto ed applicato alla luce della Carta e della lettura che la stessa riceve da parte del suo interprete autentico, la Corte di giustizia".

[13] Corte cost. ordd. n. 207 del 3 luglio 2013; n. 117 del 6 marzo 2019; n. 182 dell'8 luglio 2020.

[14] V. sentenza n. 133/2016 in cui la Corte costituzionale ha deciso per l'infondatezza della questione senza interpellare la Corte di giustizia. La Consulta era stata investita dal TAR Emilia-Romagna della conformità, con alcuni parametri, tra cui l'art. 117, comma 1, Cost. dell'art. 1, commi 1, 2 e 3 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 9 (Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 11 agosto 2014, n. 114, nella parte in cui impone la brusca interruzione del trattamento in servizio ottenuto, in applicazione delle leggi precedenti, nonostante il compimento del settantesimo anno, per alcune categorie di impiegati pubblici (avvocati dello Stato, docenti universitari). In particolare, i giudici rimettenti dubitavano della conformità della disposizione censurata con gli artt. 1, 2 e 6, par. 1, della direttiva n. 2000/78/CE che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, nella parte in cui vieta discriminazioni in base all'età. Come è noto, in base alla giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, le disposizioni della direttiva (che riflettono il principio generale di diritto dell'Unione, oggi sancito dall'art. 21 CDFUE) sono dotate di efficacia diretta e dunque, i

portare la violazione dell'obbligo di rinvio gravante sul giudice "avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno"[15].

In effetti, nell'ordinanza n. 207/2013 la Corte costituzionale ha ritenuto di avere "la natura di "giurisdizione nazionale" ai sensi dell'art. 267, terzo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea anche nei giudizi in via incidentale"[16]. E dunque essa è tenuta a rispettare l'obbligo di

giudici amministrativi, previo eventuale coinvolgimento della Corte di giustizia, avrebbero dovuto disapplicare la normativa nazionale con esse contrastanti, anziché rimettere la questione alla Corte costituzionale. La Corte costituzionale è invece entrata nel merito e ha ritenuto infondata la questione giustificando la misura in esame, in considerazione del fatto che le finalità di ricambio generazionale ad essa sottese rientrano nell'ambito delle "legittime finalità di politica del lavoro" e non fanno sorgere discriminazioni sulla base dell'età ex art. 6, par. 1, della citata direttiva. Sulla sentenza si vedano le osservazioni critiche di R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale e il giudizio incidentale*, cit. Ma anche Corte cost. 10 marzo 2015, n. 56 del, in cui la Corte ha respinto la richiesta della parte di chiedere una pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 267 in quanto "si tratta di questioni inammissibili, perché non sollevate dal giudice rimettente" (punto 3.1. del Considerato in diritto); in senso critico v. A. RUGGERI**,** *Passo falso della Consulta in tema di rinvio pregiudiziale ad opera dello stesso giudice costituzionale (nota minima a Corte cost. n. 56 del 2015)*, in *Consultaonline*, 2015/I, p. 281 ss. Un problema simile si è posto più recentemente, nella sentenza n. 76 del 24 marzo 2021 nel giudizio di costituzionalità di alcune disposizioni della legge della Regione Valle d'Aosta 11 febbraio 2020, n. 3, che introducono modalità di gestione dei rifiuti speciali le quali, oltre a eccedere le competenze statutarie, violerebbero la disciplina posta dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia di ambiente) che costituisce attuazione di obblighi comunitari. Richiesta dalla difesa della Regione di rinviare in via pregiudiziale alla Corte di giustizia la Corte costituzionale ha stabilito che "solo dopo l'esame del merito andrà presa in considerazione" tale richiesta (par. 6.), per poi concludere, senza alcuna motivazione, che " l'illegittimità costituzionale dell'art. 21, comma 2, della legge reg. Valle d'Aosta n. 3 del 2020, nella parte in cui introduce i commi 2, 3 e 4 dell'art. 16-bis della legge reg. Valle d'Aosta n. 31 del 2007, comporta l'insussistenza dei presupposti per il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea chiesto dalla difesa della Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste".

[15] Come è noto, la violazione dell'obbligo di rinvio di cui all'art. 267, 3° comma, TFUE può giustificare l'apertura di una procedura di infrazione, v. sentenza della Corte del 4 ottobre 2018, causa C-416/17, *Commissione c. Francia*. Più recentemente v. 15 luglio 2021, causa C-791/19, *Commissione c. Polonia (Regime disciplinare dei giudici)*, punto 222 ss., con cui è stato accertato che la normativa polacca che sul regime disciplinare dei giudici, "en permettant que le droit des juridictions de saisir la Cour de justice de l'Union européenne de demandes de décision préjudicielle soit limité par la possibilité d'engager une procédure disciplinaire", viola l'art. 267, par. 2 e 3 par. TFUE.

[16] Sull'ordinanza v. A. ADINOLFI, *Una "rivoluzione silenziosa": il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana in un procedimento incidentale di legittimità costituzionale*, in *Rivista di diritto internazionale,* 2013, p. 1249 ss. Il punto era stato già affermato con riferimento ai ricorsi in via d'azione nell'ordinanza n. 103 del 13 febbraio 2008, sulla

cui all'art. 267, par. 3, TFUE, come definito nella sua portata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, tenendo conto in particolare della teoria dell'*acte clair* che consente al giudice di ultima istanza di attenuare la portata di quell'obbligo [17]. Rimane comunque la necessità di accompagnare "a circostanziata dimostrazione"[18], ovvero di motivare adeguatamente, l'eventuale decisione di non rinviare alla Corte di giustizia[19].

2. Possiamo ora chiederci se gli echi di queste prese di posizione della Corte costituzionale italiana abbiano prodotto qualche mutamento degno di nota nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

Ebbene, direi che i giudici di Lussemburgo abbiano mantenuto una linea di continuità nella propria giurisprudenza, confermando quelli che sono i principi cardine dell'ordinamento giuridico dell'Unione e dei suoi rapporti con quelli nazionali.

Il nucleo del discorso va ricondotto al parere 2/13[20] là dove la Corte ha ricostruito, alla luce della giurisprudenza pregressa, quelli che sono i caratteri fondamentali dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Ovvero "una struttura costituzionale", un "quadro costituzionale", che si caratterizza per tre fattori: l'autonomia, il primato e l'effetto diretto di tutta una serie di disposizioni applicabili ai cittadini degli Stati membri nonché agli Stati stessi. "Al centro di tale costruzione giuridica si collocano proprio i diritti

quale v. E. CANNIZZARO, *La Corte costituzionale come giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE: l'ordinanza 103 del 2008*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 789 ss.

[17] Sull'argomento v., M. CONDINANZI, *I giudici italiani "avverso le cui decisioni non possa porsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno" ed il rinvio pregiudiziale"*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 295 ss.; S. FORTUNATO, *L'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267, par. 3: una disciplina in continua evoluzione,* in AA. VV, *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.; F. SPITALERI, *Facoltà e obbligo di rinvio pregiudiziale*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020, p. 139 ss.

[18] Sentenza della Corte del 28 luglio 2016, causa C-379/15, *Association France Nature Environnement*, punto 53. Da ultimo v. anche le conclusioni dell'avvocato generale Bobek alla causa *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*, C-561/19, 15 aprile 2021, su cui v. P. DE PASQUALE, *La (finta) rivoluzione dell'avvocato generale Bobek: i criteri Cilfit nelle conclusioni alla causa C-561/19*, in *Il Diritto dell'Unione europea, Osservatorio europeo*, dirittounioneeuropea.eu, maggio 2021, a cui si rinvia anche per i necessari riferimenti bibliografici.

[19] Si ricorda che anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha preso posizione sulla necessità di motivare il mancato rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE, da ultimo,13 febbraio 2020, *Sanofi Pasteur c. Francia*, § 81.

[20] Parere della Corte del 18 dicembre 2014, 2/13, *Adhésion de l'Union à la CEDH,* punti 167 ss.; più recentemente v. sentenza del 24 ottobre 2018, C-234/17, *XC*, punti 36 ss.

fondamentali, quali riconosciuti dalla Carta – che, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, TUE, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati". E l'altro cardine del sistema è il procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall'articolo 267 TFUE: "la chiave di volta del sistema giurisdizionale" concepito dai Trattati che, 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"[21] .

Qual è l'impatto di queste affermazioni e in particolare del principio del primato sulla questione della doppia pregiudizialità[22]?

In proposito va innanzitutto ricordato che dal principio del primato del diritto dell'Unione deriva l'obbligo del giudice nazionale di garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione, di propria iniziativa e anche qualora sia vincolato alla pronunzia del giudice superiore, disapplicando all'occorrenza qualsiasi disposizione nazionale contrastante con le norme del diritto dell'Unione direttamente applicabili[23]. Questo principio è stato applicato anche con riguardo alle pronunce delle Corti costituzionali. Nella sentenza *Filipiak*, la Corte ha infatti stabilito che il giudice nazionale, in quel caso polacco, deve applicare il diritto dell'Unione, disapplicando le disposizioni nazionali contrarie, senza tener conto della sentenza con cui la Corte costituzionale polacca aveva deciso "di rinviare la perdita dell'efficacia vincolante delle stesse disposizioni, dichiarate incostituzionali"[24].

[21] *Ivi*, punto 176. Sul ruolo di sistema della procedura pregiudiziale v. A. ADINOLFI, *I fondamenti del diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia: il rinvio pregiudiziale*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 441 ss.

[22] Sulla doppia pregiudizialità e sulle sue possibili varianti, v. M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione* europea, Torino, 2009, p. 201, nota 53; F. SPITALERI, *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali*, cit. p. 729 ss.

[23] In proposito la Corte di giustizia ha affermato che il giudice nazionale non deve essere "vincolato da una norma di procedura nazionale ai sensi della quale egli debba attenersi alle valutazioni svolte da un giudice nazionale di grado superiore, qualora risulti che le valutazioni svolte dal giudice di grado superiore non sono conformi al diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte", sentenza del 20 ottobre 2011, causa C-396/09, *Interedil*, punti 38 e 39 e giurisprudenza ivi citata, nonché, con riguardo al principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, sentenza del 5 aprile 2016, causa C-689/13, *PFE (Puligienica)*, punto 37 ss., su cui v. C. SCHEPISI, *Consiglio di Stato, 'giudicato interno' e rinvio pregiudiziale: ancora sui rapporti tra sezioni e adunanza plenaria*, in *Il diritto dell'Unione europea*, *Osservatorio europeo*, 31 maggio 2017, dirittounioneeuropea.eu.

[24] La Corte di giustizia ha stabilito che "il primato del diritto comunitario impone al

Per quanto riguarda più specificatamente la problematica della doppia pregiudizialità occorre ricordare che fin dalla sentenza *Mecanarte* la Corte aveva affermato che "un giudice nazionale, adito in una controversia concernente il diritto comunitario, il quale constati l'incostituzionalità di una norma nazionale, non è privato della facoltà né dispensato dall'obbligo, di cui all'art. 177 del Trattato CEE, di sottoporre alla Corte di giustizia questioni relative all'interpretazione e alla validità del diritto comunitario per il fatto che detta constatazione sia soggetta a ricorso obbligatorio dinanzi alla Corte costituzionale"[25].

La questione è stata poi precisata nel caso *Melki e Abdeli* in cui la Corte di giustizia ha affrontato la questione con riferimento al procedimento prioritario di legittimità costituzionale delle leggi nazionali previsto dall'ordinamento francese[26]. Nella sentenza i giudici di Lussemburgo hanno stabilito che un procedimento siffatto, nei limiti in cui abbia l'effetto di impedire a tutti gli altri giudici nazionali di esercitare la loro facoltà o di adempiere il loro obbligo di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia, è incompatibile con l'art. 267 TFUE. Un procedimento prioritario di costituzionalità può ritenersi ammissibile solo ricorrendo tre precise condizioni. Ovvero, i giudici ordinari devono restare liberi di sottoporre alla Corte di giustizia, in qualunque fase del procedimento e anche al ter-

giudice nazionale di applicare il diritto comunitario e disapplicare le disposizioni nazionali contrarie, indipendentemente dalla sentenza del giudice costituzionale nazionale che ha deciso di rinviare la perdita dell'efficacia vincolante delle stesse disposizioni, dichiarate incostituzionali", sentenza del 19 novembre 2009, causa C-314/08, *Filipiak*, punto 84. Da ultimo, sentenza del 18 maggio 2021, cause riunite C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, *Asociaţia "Forumul Judecătorilor din România"*, punto 240 ss.

[25] Sentenza della Corte del 27 giugno 1991, causa C-348/89, *Mecanarte*, punto 46; il caso, sollevato dal *Tribunal Fiscal Aduaneiro* di Porto, riguardava la questione se il giudice nazionale sia competente a procedere al rinvio pregiudiziale, nella misura in cui rilevi l'incostituzionalità delle disposizioni nazionali considerate, dato che la constatazione dell'incostituzionalità di una norma di diritto interno è soggetta, secondo l'art. 280, n. 3, della Costituzione portoghese, al ricorso dinanzi alla Corte costituzionale portoghese e che, di conseguenza, solo quest'ultima potrebbe essere competente a procedere al rinvio pregiudiziale in tali cause.

[26] Sentenza della Corte del 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*. Il caso riguardava la compatibilità, con il diritto dell'Unione e in specie con l'art. 267 TFUE, della normativa francese, recentemente modificata, istitutiva di un procedimento incidentale di controllo di legittimità costituzionale delle leggi nazionali, che impone ai giudici di pronunciarsi in via prioritaria sulla trasmissione al *Conseil constitutionnel* di una questione vertente sulla conformità con la Costituzione di una disposizione di diritto interno quando, contemporaneamente, è posta in discussione la conformità della medesima con le disposizioni del diritto dell'Unione.

mine del procedimento incidentale di costituzionalità, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria; liberi di adottare qualsiasi misura necessaria a garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione; liberi, infine, di disapplicare, al termine del procedimento incidentale di costituzionalità, la disposizione legislativa nazionale in questione ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione.

La Corte è più volte tornata sull'argomento con riferimento al sistema costituzionale di altri Stati membri[27] tra cui anche quello italiano.

Il riferimento è qui alla sentenza *Global Starnet*, riguardante la questione posta dal Consiglio di Stato italiano e su cui si era già pronunciata la Consulta, la quale aveva dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale, omettendo però di rinviare essa stessa alla Corte di giustizia[28]. Nella sentenza, resa a distanza di poco più di un mese dalla sentenza della Corte costituzionale 269/2017, i giudici del Kirchberg affermano che l'obbligo di rinvio di cui all'art. 267, par. 3, TFUE sussiste anche nel caso in cui, nell'ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro abbia valutato la costituzionalità delle norme nazionali alla luce delle norme interne rilevanti aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto dell'Unione. Secondo la Corte di giustizia, infatti, "qualora il giudice nazionale ritenga che una norma nazionale sia non soltanto contraria al diritto dell'Unione, ma anche inficiata da vizi di costituzionalità, non è privato della facoltà o dispensato dall'obbligo di rinvio, *ex* articolo 267 TFUE, e ciò anche nel caso in cui che la constata-

[27] V. sentenza della Corte dell'11 settembre 2014, causa C-112/13, *A* c. *B,* dove è stata affrontata la questione della compatibilità, con il diritto dell'Unione e in specie con l'art. 267 TFUE, del sistema austriaco che impone ai giudici d'appello o di ultima istanza, qualora ritengano che una legge nazionale sia in contrasto con la Carta dei diritti fondamentali, di adire in via prioritaria la Corte costituzionale con una domanda di annullamento con effetti *erga omnes*, senza potersi limitare a disapplicarla nel caso di specie; 4 giugno 2015, causa C-5/14, *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH*, in cui la Corte ha valutato la compatibilità con l'art. 267 TFUE dell'art. 100, par. 1, prima frase, della Legge fondamentale della Repubblica federale di Germania dal quale deriva l'obbligo per il giudice comune il quale nutra dei dubbi riguardo alla compatibilità di una normativa nazionale tanto con il diritto dell'Unione quanto con la Costituzione, di sottoporre al *Bundesverfassungsgericht* la questione e di sospendere il procedimento principale, privandolo in tal modo della facoltà o, eventualmente, dispensandolo dall'obbligo di rinviare alla Corte di giustizia le questioni concernenti l'interpretazione o la validità del diritto dell'Unione.

[28] Corte cost. sentenza n. 56/2015.

zione dell'incostituzionalità di una norma di diritto nazionale è subordinata ad un ricorso obbligatorio dinanzi ad una corte costituzionale"[29].

E ancora, i giudici di Lussemburgo sono ritornati sul tema nella sentenza *Adusbef e a.*[30], resa sulla domanda pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato dopo che la Consulta ha dichiarato la conformità alla Costituzione italiana della normativa rilevante nel procedimento principale[31]. In questo caso, la Corte di giustizia ha respinto l'eccezione di irricevibilità sollevata da una delle parti in ragione di un possibile rischio di incompatibilità tra la pronuncia della Corte costituzionale e quella di Lussemburgo. Secondo quest'ultima, infatti, l'efficacia del diritto dell'Unione e in specie dell'art. 267 TFUE rischierebbe di essere compromessa se, in ragione dell'esistenza di un procedimento di controllo di costituzionalità, al giudice nazionale fosse impedito di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte e di dare immediatamente al diritto dell'Unione un'applicazione conforme alla decisione o alla giurisprudenza della Corte. Pertanto, la circostanza "che la Corte costituzionale si sia pronunciata sulla conformità della normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale alle disposizioni della Costituzione italiana non ha alcuna incidenza su tale obbligo [ex art. 267, par. 3, TFUE] di sottoporre alla Corte eventuali questioni riguardanti l'interpretazione o la validità del diritto dell'Unione"[32].

Nonostante, dunque, che il problema sia comune a molti ordinamenti nazionali e indipendentemente dall'organizzazione costituzionale di ciascuno Stato membro, la Corte di giustizia mantiene fermo il principio secondo cui il giudice comune deve comunque poter mantenere la facoltà o rispettare l'obbligo di rinvio *ex* art. 267 e dare immediatamente al diritto dell'Unione un'applicazione conforme alla decisione della Corte di giusti-

[29] Sentenza della Corte del 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starnet*, punti 21 ss.

[30] Sentenza della Corte del 16 luglio 2020, causa C-686/18, *Adusbef e a.*

[31] Corte cost. 21 marzo 2018, n. 99, in cui la Consulta, dopo aver escluso la necessità di rinviare alla Corte di giustizia in quanto la normativa europea rilevante non poneva problemi di interpretazione (par. 5.2.2 del Considerato in diritto), ha affermato che l'attuazione delle regole europee nell'ordinamento interno è avvenuta in piena conformità ad esse (par. 5.2.5) e ha dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1 del decreto-legge 24 gennaio 2015, n. 3 (Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti), convertito, con modificazioni, nella legge 24 marzo 2015, n. 33, sollevate dal Consiglio di Stato, in riferimento agli artt. 1, 3, 23, 41, 42, 77, secondo comma, 95, 97 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 1 del protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).

[32] Ivi, punto 33.

zia, anche a seguito di una pronuncia della Corte costituzionale nazionale e quale che ne sia il contenuto, se del caso disapplicando la normativa nazionale incompatibile.

Questa giurisprudenza è coerente con l'affermazione che per quanto l'organizzazione della giustizia negli Stati membri rientri nella competenza e nell'autonomia procedurale di questi ultimi, ciò nondimeno "nell'esercizio di tale loro competenza gli Stati membri sono tenuti a rispettare gli obblighi per essi derivanti dal diritto dell'Unione" e, in particolare, l'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE[33]. In altri termini, ogniqualvolta gli organi statali operano come parte del sistema dell'Unione agendo nei settori disciplinati dal diritto di questa, tale diritto assume portata conformativa, nel senso, cioè, che la struttura e l'organizzazione costituzionale degli Stati membri devono essere coerenti con il diritto dell'Unione e i suoi principi fondamentali e di conseguenza compete alla Corte di giustizia l'apprezzamento della conformità degli istituti nazionali a tale diritto e a tali principi[34]. A questo proposito la Corte ha chiarito che, "richiedendo agli Stati membri di rispettare in tal modo detti obblighi, l'Unione non pretende affatto di esercitare essa stessa detta competenza né, pertanto, di arrogarsela"[35], ma il rispetto degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione.

Queste affermazioni, enunciate con riferimento all'art. 19, par. 1, TUE e all'art. 47 della Carta nelle sentenze relative all'indipendenza degli organi giurisdizionali in Polonia[36], sono state estese anche all'art. 267 TFUE.

In particolare, nella sentenza *A.B. e a. (Nomina dei giudici alla Corte suprema – Ricorso)* la Grande Sezione ha affrontato il caso riguardante le modifiche in successione della legge polacca sul Consiglio nazionale della magistratura, modifiche che hanno l'effetto di escludere il controllo giurisdizionale effettivo sulle decisioni di tale Consiglio con cui si presentano al

[33] Sentenza della Corte del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*, punto 52.

[34] Secondo K. LENAERTS, *New Horizon for the Rule of Law Within the EU*, in *German Law Journal*, 2019, p. 33, "Those national rules are thus "circumscribed" by that fundamental principle"; in argomento v. anche, E. CANNIZZARO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori dell'Unione europea*, 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. 158 ss.

[35] *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*, cit., punto 52.

[36] *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*, cit., punto 52; sentenza della Corte del 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. e a. (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema)*, punti da 134 a 139 e 145; 26 marzo 2020, cause riunite C-558/18 e C-563/18, *Miasto Łowicz e Prokurator Generalny*, punto 36; 15 luglio 2021, *Commissione c. Polonia (Regime disciplinare dei giudici)*, cit., punto 222 ss.

presidente della Repubblica i candidati alle funzioni di giudice presso la Corte suprema, impedendo loro di applicare l'art. 267 TFUE. La Corte di Lussemburgo ha ritenuto che disposizioni legislative di tal genere sono potenzialmente idonee a violare il diritto dell'Unione in quanto "una norma di diritto nazionale non può impedire a un organo giurisdizionale nazionale di avvalersi della suddetta facoltà o di conformarsi al suddetto obbligo [di adire la Corte in via pregiudiziale], i quali sono, invero, inerenti al sistema di cooperazione fra gli organi giurisdizionali nazionali e la Corte, instaurato dall'articolo 267 TFUE, e alle funzioni di giudice incaricato dell'applicazione del diritto dell'Unione affidate dalla citata disposizione agli organi giurisdizionali nazionali". Con la conseguenza che, qualora il giudice nazionale accerti che l'adozione della legge di cui trattasi nel procedimento principale è avvenuta in violazione dell'art. 267 TFUE e dell'art. 4, par. 3, TUE, esso sarà tenuto a disapplicare tali disposizioni nazionali. Il principio del primato del diritto dell'Unione si impone infatti "a tutti gli organi di uno Stato membro, senza che, in particolare, le disposizioni interne relative alla ripartizione delle competenze giurisdizionali, ivi comprese quelle di rango costituzionale, possano opporvisi. Infatti, secondo giurisprudenza consolidata, non si può ammettere che le norme di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, pregiudichino l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione"[37].

3. Passando ora al tema dell'interpretazione dei diritti e dei principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali, mi sembra che anche sotto questo profilo la Corte di giustizia, pur mostrandosi attenta alle sensibilità nazionali, confermi quelli che sono i principi cardine del sistema.

Abbiamo visto come la Carta si collochi al centro del sistema costituzionale dell'Unione, costituendo la fonte autonoma dei diritti fondamentali dell'Unione il cui rispetto si impone alle Istituzioni e agli organi dell'Unione ma anche agli Stati membri, seppur esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione[38]. Pertanto, ogniqualvolta ci si trovi nell'ambito di

[37] Sentenza della Corte del 2 marzo 2021, causa C-824/18, *A.B. e a. (Nomina dei giudici alla Corte suprema – Ricorso)*, punti 93, 141 e 148.

[38] Sull'ambito di applicazione della Carta, tra i molti, M. E. BARTOLONI, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, 2018, part. p. 196 ss.; N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018; K. LENAERTS, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights,* in *EuConst*, 2012, p. 375 ss.; P. MENGOZZI, *La rilevanza giuridica e l'ambito di applicazione della Carta alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 23 ss.; B. NASCIMBENE, *Il principio di attribu-*

applicazione 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.

Secondo la Corte di giustizia dall'"autonomia di cui gode il diritto dell'Unione rispetto al diritto dei singoli Stati membri nonché rispetto al diritto internazionale", deriva la necessità che l'interpretazione dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta sia "garantita nell'ambito della struttura e degli obiettivi dell'Unione"[39].

Tale conclusione non è smentita da quel rinvio alle "fonti" delle sue disposizioni previsto dall'art. 6, par. 1, TUE e dall'art. 52, paragrafi 3 e 4, della stessa secondo i quali i diritti, le libertà e i principi della stessa devono essere interpretati alla luce dei corrispondenti diritti sanciti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo o risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri[40]. Per quanto riguarda in particolare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo i giudici di Lussemburgo hanno chiarito che, anche se l'art. 6, par. 3, TUE, afferma che diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali, "quest'ultima non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione"[41]. Richiamando le spiegazioni relative all'art. 52 del-

zione e l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l'orientamento della giurisprudenza, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 49 ss.; D. V. SKOURIS, *Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: les arrêts* Melloni *et* Åkerberg Fransson, in *Il diritto dell'Unione europea,* 2013, p. 229 ss.; A. TIZZANO, *L'application de la Charte de droits fondamentaux dans les États membres à la lumière de son article 51, paragraphe 1,* in *Il Diritto dell'Unione europea,* 2014, p. 429 ss.; A. WARD, *Article 51 – Field of Application*, in S. PEERS, T. HARVEY, J. KENNER, A. WARD (edited by),*The Eu Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Oxford and Portland, 2014, p. 1413 ss.; J. ZILLER, *Articolo 51*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, p. 1044 ss.

[39] Parere 2/13, cit., punti 170 e 177; sentenza *XC*, cit., punto 45.

[40] In argomento v A. ADINOLFI, *Qualche riflessione sulla rilevanza nell'ordinamento dell'Unione europea dei trattati sui diritti umani diversi dalla CEDU*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 133 ss.; 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. 169 ss.

[41] Sentenza della Corte del 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*, p. 44; più recentemente, 29 maggio 2018, causa C-426/16, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen e a.*, p. 40. In argomento v. L. S. ROSSI, *I rapporti fra la Carta dei diritti fondamentali e la CEDU nella giurisprudenza delle rispettive Corti*, in *I Post di*

la Carta, la Corte ha infatti sottolineato che "il paragrafo 3 del suddetto articolo 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"[42].

La giurisprudenza successiva al Trattato di Lisbona, pur ricca di riferimenti alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, riflette l'autonomia con cui la Corte di giustizia procede alla definizione del contenuto dei diritti fondamentali, adattandoli alle specificità del diritto dell'Unione. E la possibilità, prevista dall'art. 52, par. 3, della Carta che "il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa" di quella prevista dalla CEDU, porta i giudici di Lussemburgo di configurare con sempre maggior frequenza quest'ultima come uno standard minimo di tutela[43].

4. All'autonomia contenutistica della Carta fa da *pendant* la competenza della Corte di giustizia a definire la portata dei diritti e dei principi in essa sanciti: difatti ad essa l'art. 19 TUE affida il compito di assicurare "il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati". Come è stato autorevolmente osservato, tale l'attività interpretativa dovrà essere svolta dalla Corte nel rispetto delle identità nazionali e delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, ma soprattutto alla luce delle esigenze complessive e di sistema dell'Unione europea, operando una sintesi dei valori comuni così da contribuire alla formazione di "un patrimonio costituzionale comune"[44].

AISDUE, aisdue.eu, I (2020), p. 41 ss.

[42] Sentenza della Corte del 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*, punto 25. Sulle "Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali", v. J. P. JACQUÉ, *The Explanation Relating to the Charter of Fundamental Rights of The European Union*, in S. PEERS, T. HARVEY, J. KENNER, A. WARD (ed.), *The Eu Charter of Fundamental Rights. A commentary*, cit., p. 1715 ss.

[43] Sentenza della Corte del 17 dicembre 2020, causa C-336/19, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e a.*, punto 56, "Al riguardo, occorre ricordare che l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta mira a garantire la necessaria coerenza tra i diritti contenuti in quest'ultima e i diritti corrispondenti garantiti dalla CEDU, senza pregiudicare l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia dell'Unione europea. Occorre quindi tenere conto dei diritti corrispondenti della CEDU ai fini dell'interpretazione della Carta, quale soglia di protezione minima"; v. anche sentenze del 21 maggio 2019, *Commissione/Ungheria (Usufrutti sui terreni agricoli)*, causa C-235/17, punto 72; 6 ottobre 2020, cause riunite C-511/18, C-512/18 e C-520/18, *La Quadrature du Net e a.*, punto 124.

[44] Così A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, cit. p. 20. In argomento v. anche R. ADAM, *Il controlimite dell'*ultra vires *e la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2020, p. 9 ss., il quale osserva come l'utilizzo delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri "è sempre stato condizio-

La necessità che sia la Corte di giustizia a svolgere l'operazione ermeneutica di definizione della portata e del contenuto dei diritti e dei principi sanciti nella Carta, mi sembra debba essere confermata anche per quei casi in cui gli Stati membri mantengono un margine di discrezionalità nella definizione del livello di tutela di un dato diritto.

Mi riferisco alla giurisprudenza *Åkerberg Fransson*, poi applicata in altri casi, tra cui *M.A.S.*, e che trova origine nella giurisprudenza sulle limitazioni delle libertà del mercato interno[45].

In *Åkerberg Fransson* 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"[46].

Questa facoltà riconosciuta agli Stati membri non può però portare ad escludere la competenza della Corte di giustizia a verificare che l'esercizio di tale discrezionalità sia proporzionato e necessario rispetto al raggiungimento dell'interesse legittimamente perseguito e che soprattutto esso "non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione".

Mi sembra infatti che quest'ultima verifica non possa che essere 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 se di armonizzazione minima) la quale a sua volta deve essere conforme ai Trattati e alla Carta. Di conseguenza, e direi in ogni caso, le misure nazionali devono essere interpretate alla luce della *ratio*, degli obiettivi e dei principi stabiliti nella direttiva e nel diritto primario dell'Unione. Pertanto, una volta accertato che una certa situazione

nato dalla Corte – né potrebbe non esserlo – alla possibilità di ricavarne una indicazione capace di riflettere una sintesi tra tutte quelle tradizioni" (punto 20).

[45] Sul punto sia consentito rinviare a P. MORI, *La Corte costituzionale chiede alla Corte di giustizia di rivedere la sentenza Taricco: difesa dei controlimiti o rifiuto delle limitazioni di sovranità in materia penale?*, cit., p. 407 ss., in specie p. 434 ss., nonché, più recentemente, M. E. BARTOLONI, *L'apporto delle tecniche di armonizzazione nella definizione dei rapporti tra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2019, p. 55 ss.

[46] Sentenza della Corte del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, cit., punti 29 e 47, e 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S., M.B* cit., punti 44-47.

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 mi sembra rilevante ai fini dell'individuazione del giudice competente a interpretare la norma europea[47].

Piuttosto in questi casi, qualora sorga un dubbio interpretativo o di validità della normativa europea, mi sembrerebbe opportuno o, se del caso, necessario applicare l'art. 267 TFUE e interpellare la Corte di giustizia in via pregiudiziale, così da consentire, attraverso un dialogo proficuo tra il giudice europeo e quello nazionale, una soluzione certa e uniforme[48]. Sarà poi il giudice nazionale del rinvio ad applicare nello specifico procedimento il principio di diritto enunciato a Lussemburgo, coordinandolo con i principi e la normativa nazionali. Come ricordato anche recentemente nella sentenza *A.B. e a.,* "in forza dell'articolo 267 TFUE, la Corte di giustizia non è competente ad applicare le norme del diritto dell'Unione a una fattispecie concreta, ma unicamente a pronunciarsi sull'interpretazione dei Trattati e degli atti adottati dalle istituzioni dell'Unione", fornendo al giudice nazionale "gli elementi d'interpretazione del diritto dell'Unione che possano essergli utili per la valutazione degli effetti delle varie disposizioni di quest'ultimo"[49].

In tal modo viene valorizzato il ruolo, non solo applicativo ma anche interpretativo, del giudice nazionale, il quale sempre più spesso è chiamato ad applicare al caso concreto il principio di diritto enunciato al Kirchberg, lasciandogli ampi margini di valutazione nel bilanciamento degli interessi e dei valori in gioco a livello europeo e a livello nazionale[50]. Certamente la

[47] Si veda in particolare sentenza della Corte del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N. S. e a.*, punti 65 ss., 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".

[48] 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 *osservatoriosullefonti.it*, 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.

[49] Punto 96.

[50] Tra le molte v. sentenze del 28 marzo 2017, causa C-72/15, *Rosneft*, punti 162 e 167;

latitudine del compito affidato al giudice comune può sollevare difficoltà e soprattutto può non essere apprezzata dalla Corte costituzionale che invece richiede soluzioni *erga omnes* sulle questioni riguardanti i diritti fondamentali e a questo scopo rivendica di avere "la prima parola"[51]. In questa prospettiva è certamente auspicabile un dialogo quanto più intenso possibile tra la Corte di Lussemburgo e la Consulta.

5. In chiusura è opportuno dedicare qualche breve riflessione sul valore normativo delle disposizioni della Carta, in particolare sulla questione della loro efficacia diretta.

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il cui art. 6, par. 1, TUE attribuisce alla Carta lo stesso valore giuridico dei Trattati, la Corte di giustizia ha ben presto sgomberato il campo da ogni incertezza circa l'idoneità delle sue norme a produrre effetti diretti. I giudici di Lussemburgo hanno infatti sottolineato che le norme della Carta "non si distingu[ono] in linea di principio, dalle diverse disposizioni dei Trattati istitutivi"[52]. E hanno quindi riconosciuto gli effetti diretti, anche orizzontali, delle disposizioni della Carta che sanciscono un diritto di "carattere allo stesso tempo imperativo e incondizionato" il quale non richiede una precisazione ad opera di disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale[53]. Pertanto, poiché

5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, punto 59. 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] Corte cost. sentenza 20/2019, par. 2.3.

[52] In *Egenberger* la Corte di giustizia ha infatti affermato che "riguardo all'effetto imperativo che esso esplica, l'art. 21 della Carta non si distingue in linea di principio, dalle diverse disposizioni dei Trattati istitutivi che vietano le discriminazioni" (17 aprile 2018, causa C-414/16, punto 77). Questo si riflette inevitabilmente anche sulle tecniche interpretative, sul punto v. G. D'AGNONE, *Alcune brevi osservazioni sui criteri utilizzati dalla Corte di giustizia per interpretare la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea a vent'anni dalla sua proclamazione*, in *aisdue.eu*, II (2020)

[53] Ivi, punto 78. In argomento, tra i molti, v. i contributi di M. CONDINANZI, *Le direttive in materia sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un dialogo tra fonti per dilatare e razionalizzare (?) gli orizzonti dell'effetto diretto. Il caso della giurisprudenza "sulle ferie"*; F. FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*; L.S. ROSSI, *La relazione fra Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali*; S. SCIARRA, *Diritti sociali fondamentali nazionali e europei. A proposito di diritto alle ferie retribuite*, in *federalismi.it*, 22 maggio 2019; nonché, L.S. ROSSI, *"Stesso valore giuridico dei Trattati"? Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2016, p. 329 ss.

in forza del principio del primato tutte le istituzioni degli Stati membri sono tenute a dare pieno effetto alle norme dell'Unione[54], il giudice nazionale ha l'obbligo, in primo luogo di valutare la possibilità di interpretare il diritto interno in modo conforme ai requisiti del diritto dell'Unione e, ove questo non sia possibile, di disapplicare la normativa nazionale incompatibile così da garantire la piena efficacia della Carta e ottenere il risultato dell'effettivo godimento del diritto del singolo. La Corte ha anche ribadito che l'obbligo di disapplicazione deve essere eseguito dal giudice nazionale "di propria iniziativa, … senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale"[55].

Questa giurisprudenza, ormai consistente, non si limita al principio di non discriminazione sancito dall'art. 21 della Carta, ma riguarda anche altri diritti; si pensi diritto al *ne bis in idem* di cui all'art. 50 della Carta[56]; a quello alle ferie annuali retribuite, di cui all'art. 31[57]; o anche a quello alla tutela giurisdizionale effettiva, di cui all'art. 47[58].

Finalità prima di tale giurisprudenza è quella di garantire la piena efficacia delle disposizioni della Carta e ottenere il risultato dell'effettivo godimento del diritto del singolo. Considerato che le norme della Carta, per la loro stessa natura di norme-parametro, hanno "una formulazione assai generale, e talvolta persino generica"[59], difficilmente esse hanno carattere auto-applicativo. Questo ha portato la Corte a stabilire che la conseguenza dell'efficacia diretta della disposizione della Carta e della direttiva rilevante, non è tanto la sua applicazione diretta nel giudizio nazionale, quanto piuttosto l'applicazione della normativa nazionale "compatibile" in luogo di quella incompatibile, estendendo in via generale l'applicazione della norma speciale di maggior favore. Così è avvenuto ad esempio nel caso

[54] Sentenza della Corte del 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K.*, cit., punto 158.

[55] Ivi, punto 160. Come è noto tale affermazione, allora riferita ad un regolamento comunitario, risale alla sentenza 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, punto 24.

[56] Sentenza della Corte del 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*, cit., punto 68.

[57] Sentenza della Corte del 6 novembre 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Bauer*; C-619/16, *Kreuziger*; causa C-684/16, *Max-Planck*

[58] Sentenza *Egenberger*, cit., punto 78; 29 luglio 2019, *Torubarov*, causa C-556/17, punto 56; 19 novembre 2019, *A.K. e a. (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema),* causa riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, punto 162; 14 maggio 2020, causa C-924/19**,** *Országos Idegenrendeszeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság,* punto 140.

[59] A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, cit., p. 21.

Cresco, dove la Corte ha stabilito che il diritto al giorno di riposo il venerdì Santo riconosciuto soltanto ai fedeli di una determinata confessione religiosa deve essere riconosciuto ed esteso a tutti i lavoratori[60]. Altrettanto è avvenuto nelle già citata sentenza *A.K.* dove la Corte ha stabilito che il principio del primato impone al giudice del rinvio, qualora accerti il contrasto delle diposizioni nazionali con il diritto dell'Unione, nella specie l'art. 47 della Carta, di disapplicare quelle disposizioni nazionali, siano esse di origine legislativa o costituzionale, e di applicare la legislazione nazionale precedentemente in vigore[61].

Il quadro tratteggiato in questo intervento dà conto di una linea di continuità nella giurisprudenza della Corte di giustizia, che interpreta il diritto dell'Unione, nei suoi vari ambiti, in coerenza con i principi cardine dell'ordinamento dell'Unione: la sua autonomia, il suo primato sul diritto dei singoli Stati membri nonché l'effetto diretto di tutta una serie di disposizioni applicabili ai cittadini di detti Stati membri nonché agli Stati stessi. Sarebbe irrealistico pensare che la Corte possa modificare tali coordinate per il semplice motivo che, come ricordato nella Dichiarazione n. 17 relativa al primato, tale principio, e suoi corollari, sono insiti nella struttura specifica dell'Unione.

[60] Sentenza della Corte del 22 gennaio 2019, causa C-193/17, *Cresco*, punto 80.
[61] Sentenza *A.K.*, cit.

Note e commenti

IL RINVIO PREGIUDIZIALE NEL "*CASO RANDSTAD*": RIFLESSIONI CRITICHE SUL FRAGILE PRIMATO DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

GIULIA AGRATI* - AGNESE CIPRANDI** - RICCARDO TORRESAN***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Origini e sviluppo della nozione "evolutiva" di giurisdizione nelle pronunce delle Sezioni Unite e della Corte costituzionale. – 3. L'ordinanza di rinvio della Cassazione e le questioni pregiudiziali poste alla Corte di giustizia. – 4. Criticità del caso di specie… – 5. *Segue* …e criticità "di sistema". – 6. Considerazioni conclusive sul (mancato) rispetto del diritto dell'Unione.

1. Il diritto dell'Unione europea mostra la significativa tendenza a sviluppare sfere di applicabilità via via più pervasive nei confronti degli ordinamenti nazionali, affiancandosi (e talvolta sostituendosi) a quest'ultimo nella disciplina di numerose situazioni soggettive. Si rende così necessario un sistema coerente di rapporti tra i due *corpora* normativi, tale da assicurare piena effettività e applicazione alle istanze dell'ordinamento "comunitario"; sistema, questo, in cui lo strumento del rinvio pregiudiziale svolge un ruolo di primaria importanza[1]. Tuttavia, la pronuncia[2] che il presente lavoro si propone di esaminare, appare un caso in cui la decisione di "chiamare in causa" il giudice dell'Unione affinché quest'ultimo eserciti le proprie competenze interpretative suscita – lo si anticipa sin d'ora – alcuni dubbi sull'opportunità di questa scelta da parte del giudice nazionale.

Una prima e superficiale panoramica della vicenda in commento può essere già sufficiente a far intuire la complessità di piani su cui la stessa si

* Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Dipartimento di Diritto pubblico, italiano e sovranazionale, Università degli Studi di Milano.

** Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Dipartimento di Diritto pubblico, italiano e sovranazionale, Università degli Studi di Milano.

*** Dottorando di ricerca in Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Ferrara.

L'impostazione del lavoro e l'introduzione (par. 1) sono frutto delle riflessioni di tutti gli autori. Il par. 2 è attribuibile alla dott.ssa Agrati e alla dott.sa Ciprandi; i paragrafi 3 e 4 al dott. Torresan; il par. 5 alla dott.ssa Ciprandi; il par. 6 alla dott.ssa Agrati.

[1] Come da insegnamento dei giudici di Lussemburgo nella sentenza 18 dicembre 2014, parere 2/13, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, punto 176.

[2] Ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, n. 19598.

articola. La pronuncia, oggetto di accesi dibattiti in dottrina[3] e degli approfondimenti che seguiranno, è infatti un'ordinanza di rinvio pregiudiziale emessa, lo scorso settembre, dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, chiamata a porre rimedio a un caso di (pretesa) denegata giustizia imputabile al Consiglio di Stato. La questione, già di per sé resa complessa da un orientamento quantomeno discutibile del massimo giudice amministrativo[4], ha così finito per sfociare nel tema sempre attuale dei confini tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria. La Suprema Corte, nel

[3] La decisione in esame, in effetti, ha stimolato commenti e posizioni variegate da parte di numerosi studiosi. Tra i molteplici interventi sul tema, si segnala C. CURTI GIALDINO, *La Corte di giustizia e la sindacabilità da parte delle SS. UU. della Cassazione delle violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea per "motivi inerenti alla giurisdizione"*, in *federalismi.it*, 27 gennaio 2021, p. 12 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Corti nazionali e Corti europee: un problema di confini?*, in *federalismi.it*, 27 gennaio 2021, pp. 30 ss.; R. BARATTA, *Le pregiudiziali Randstad sull'incensurabilità per cassazione della violazione di norme europee imputabile al giudice amministrativo*, in *rivista.eurojus.it*, 26 gennaio 2021; P. L. TOMAIUOLI, *Il rinvio pregiudiziale per la pretesa, ma incostituzionale, giurisdizione unica*, in *Consulta online*, 11 dicembre 2020; M. A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *giustiziainsieme.it*, 30 novembre 2020; B. NASCIMBENE, P. PIVA, *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, in *giustiziainsieme.it*, 24 novembre 2020; S. BARBARESCHI, L. A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Cassazione fuori contesto: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *federalismi.it*, 4 novembre 2020, p. 2 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, *La Cassazione pone in discussione la Costituzione davanti al diritto europeo?*, postilla a S. BARBARESCHI, L. A. CARUSO, *op. cit.*, 4 novembre 2020, p. 20 ss.; G. GRECO, *La violazione del diritto dell'Unione europea come possibile difetto di giurisdizione?*, in *rivista.eurojus.it*, 2020, p. 73 ss.

[4] Ci si riferisce, qui, al diffuso orientamento relativo all'ordine logico di esame del ricorso principale e del ricorso incidentale, nei giudizi in materia di aggiudicazione di appalti davanti al giudice amministrativo. Sul punto, il Consiglio di Stato sostiene da tempo la natura c.d. escludente del ricorso incidentale, per cui quest'ultimo, ove venga introdotto, priverebbe il ricorso principale di ogni legittimazione, impedendo al giudice di esaminarlo. Questo orientamento, come è ormai noto, ha dato luogo negli ultimi anni ad una *querelle* tra Consiglio di Stato e Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale ritiene inammissibile siffatta regola processuale in quanto foriera di episodi di denegata giustizia nei confronti di soggetti portatori di interessi giuridicamente qualificati. Cfr., in particolare, sentenza del 5 settembre 2019, causa C-333/18, *Lombardi*; ordinanza del Cons. Stato, Ad. Plen., 11 maggio 2018, n. 16; sentenza del 5 aprile 2016, causa C-689/13, *PFE*; sentenza del Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9; sentenza del 4 luglio 2013, causa C-100/12, *Fastweb*; sentenza del Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4; sentenza del Cons. Stato, Ad. Plen., 10 novembre 2008, n. 11. Senza addentrarsi in considerazioni che non attengono a questa sede, può però evidenziarsi come proprio attraverso la non conformità al diritto dell'Unione europea sembri emergere, con maggior forza, la problematicità dell'orientamento in questione che, qualificando interessi giuridicamente qualificati come interessi di mero fatto, potrebbe condurre a lasciare tali interessi completamente sguarniti di tutela giurisdizionale.

lambire un punto tanto delicato, ha approfondito (o, forse, sarebbe più corretto dire riaperto) una "frattura" che la separa dalla Corte costituzionale, con riguardo all'interpretazione della nozione di giurisdizione, per poi rivolgersi alla Corte di giustizia e sottoporre ad essa, a mezzo della fattispecie concreta, le più ampie questioni di funzionamento dell'ordinamento giudiziario italiano.

Il presente lavoro mira, anzitutto, a offrire una ricostruzione chiara e completa dei presupposti che hanno consentito l'emergere di una vicenda tanto articolata: in quest'ottica, si passeranno in rassegna alcuni dei più pertinenti pregressi orientamenti della Cassazione e del Consiglio di Stato in tema di limiti di giurisdizione, nonché la sentenza della Corte costituzionale che funge da perno dell'intero sviluppo giurisprudenziale rilevante nella specie (*infra*, § 2). Su queste basi, sarà possibile tratteggiare una precisa disamina dell'ordinanza in esame, con particolare attenzione alle questioni pregiudiziali poste alla Corte di giustizia (*infra*, § 3). Nella seconda parte del contributo ci si soffermerà, quindi, sulle principali criticità di tale ordinanza (*infra*, § 4), evidenziando anche implicazioni di sistema tanto sul piano nazionale quanto su quello dell'Unione europea (*infra*, §§ 5-6).

2. Come anticipato, per una proficua comprensione dei principali profili dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale è opportuno premettere una breve disamina di alcune precedenti pronunce del Supremo collegio, particolarmente significative ai fini in esame.

Di seguito, dunque, si darà conto di un filone giurisprudenziale, sviluppatosi in seno alle Sezioni Unite della Cassazione a partire dal 2008[5], in

[5] Si tratta, in particolare, di un filone giurisprudenziale inaugurato con la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 30254 del 23 dicembre 2008 in materia di pregiudiziale amministrativa, la quale ha realizzato una vera e propria "rivoluzione copernicana" in punto di interpretazione della nozione di motivi inerenti alla giurisdizione, elaborando la nuova nozione evolutiva di giurisdizione. Nel caso di specie, in particolare, la Suprema Corte aveva ritenuto di potersi pronunciare ai sensi dell'art. 111, ottavo comma, Cost., sull'impugnata sentenza del Consiglio di Stato con la quale veniva rigettata una domanda risarcitoria per lesione di interessi legittimi in ragione della mancata contestuale impugnazione del provvedimento presuntivamente lesivo, ritenendo che tale pronuncia, nel negare la tutela, avesse realizzato un diniego di giurisdizione rientrante nello spettro del sindacato dalla Cassazione. Per un commento alla sentenza cfr. S. FLORIO, *La pregiudiziale amministrativa. Le Sezioni Unite, con la sentenza 23.12.2008 n. 30254, sottolineano la dimensione costituzionale dell'autonomia dell'azione risarcitoria*, in *ildirittoamministrativo.it*; G. ABBAMONTE, *Qualche riflessione sull'avvicinamento tra le giurisdizioni e sull'emergenza degli interessi,* in M. A. SANDULLI (a cura di), *Il ruolo del giudice: le magistrature supreme*, in *Foro amm. TAR,* Supplemento al nn. 7-8, 2007; P. DE LISE, *La pienezza della tutela del cittadino come*

merito al tema relativo all'interpretazione dei motivi inerenti alla giurisdizione ai sensi dell'art. 111, ottavo comma, della Costituzione. Si tratta di un orientamento – si anticipa – rimasto sempre minoritario nella giurisprudenza della Suprema Corte, che, tuttavia, si caratterizza per aver fatto applicazione della cosiddetta nozione "evolutiva" o "dinamica" di giurisdizione, nel quale rientrano, segnatamente, due pronunce richiamate in diversi passaggi argomentativi dell'ordinanza in esame[6]: le sentenze n. 2242 del 2015[7] e n. 31226 del 2017[8].

Entrambe tali sentenze prendono le mosse da un complesso contenzioso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici e, come già accennato, dalla specifica questione del rapporto – in relazione all'ordine di esame da parte del giudice – tra ricorso principale ed incidentale escludente[9]. In tale peculiare tipologia di controversie, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione erano state investite del compito di pronunciarsi su sentenze impugnate del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione. All'esito del giudizio, in ambedue i casi, il Supremo consesso cassava le impugnate sentenze pronunciate dal giudice amministrativo, asserendo la avvenuta violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa; cassava, tuttavia, discostandosi dalla nozione tradizionale di giurisdizione, facendo invece applicazione della nozione cosiddetta "evolutiva" o "dinamica" di giurisdizione[10].

obiettivo "condiviso" delle magistrature supreme, ivi; R. CHIEPPA, *La pregiudiziale amministrativa*, in R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 657 ss..

[6] Ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, *cit*., punti 25 e 26.

[7] Sentenza della Corte Cass. SS. UU., 6 febbraio 2015, n. 2242.

[8] Sentenza della Corte Cass. SS. UU., 29 dicembre 2017, n. 31226.

[9] Oltre alle pronunce citate alla nota 4, per un approfondimento critico in dottrina cfr., tra gli altri, L. BERTONAZZI, *La giurisprudenza europea in tema di ricorso incidentale escludente*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2020, p. 543 ss.; G. STAIANO, *Il rapporto tra il ricorso principale ed il ricorso incidentale cd. "escludente". Intervento della Corte di giustizia*, in *Salvis Juribus*, 7 aprile 2020; A. DE ZOTTI, *Evoluzione, requiem ed epitaffio del ricorso incidentale escludente dopo la sentenza della Corte di giustizia 5 settembre 2019, n. C-133/18*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2019, p. 822 ss.; G. TROPEA, *Il ricorso incidentale escludente: illusioni ottic*he, in *Diritto e processo amministrativo*, 2019, p. 1124 ss.; C. BENETAZZO, *Il ricorso incidentale: oggetto, legittimazione e ordine di esame delle questioni tra disciplina interna e principi comunitari*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2014, p. 107 ss.; F.G. SCOCA, *Ordine di decisione, ricorso principale e ricorso incidentale (nota a Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 11/2008)*, in *Corriere giuridico*, 2012, p. 113 ss.

[10] Per un commento sulla portata delle sentenze citate cfr. M. A. SANDULLI, *cit.*, 30 novembre 2020; F. DAL CANTO, *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, giugno 2018, p. 1547 ss;

In base a tale nuova nozione, il termine "giurisdizione" deve essere concepito anche nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi; in un senso tale, dunque, da ricomprendere anche le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento stesso. Sulla base di questa considerazione preliminare, se certamente attiene alla nozione di giurisdizione l'interpretazione della norma che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, *a fortiori* vi attiene anche la norma che attribuisce contenuto a quel potere, stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. Rientra perciò nei motivi inerenti alla giurisdizione, secondo questa nuova concezione, l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela al fine di verificare, ai sensi dell'art. 111, ottavo comma, Cost. se il giudice amministrativo la eroghi effettivamente.

Così, in applicazione di tale nozione, nella sentenza n. 2242 del 2015, le Sezioni Unite adite, come detto, per motivi inerenti alla giurisdizione, cassavano la sentenza impugnata del Consiglio di Stato – che, avendo esaminato prioritariamente il ricorso incidentale della aggiudicataria deducente la presenza di cause ostative alla partecipazione alla gara del ricorrente principale, aveva omesso di esaminare le censure di quest'ultimo; censure dirette a contestare la propria esclusione e l'aggiudicazione all'impresa concorrente – perché in contrasto con i principi stabiliti dalla Corte di giustizia nella sentenza *Fastweb* in tema di accesso alla tutela giurisdizionale[11]. Allo stesso modo, con la sentenza n. 31226 del 2017, le Sezioni Unite cassavano l'impugnata pronuncia dei giudici di Palazzo Spada che – accogliendo il ricorso incidentale dell'aggiudicatario – avevano dichiarato improcedibili i motivi aggiunti al ricorso principale con cui il ricorrente escluso contestava l'ammissione alla gara dell'aggiudicatario. I giudici della Cassazione avevano, anche in questo caso, rilevato un contrasto con le disposizioni del diritto dell'Unione, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia nella sentenza *Puligienica*[12].

A. SANDULLI, *Giudicato amministrativo nazionale e sentenza sovranazionale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2018, p. 1169 ss.

[11] Sentenza del 4 luglio 2013, causa C-100/12, *Fastweb*, *cit*., nella quale la Corte di giustizia ha stabilito che il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può mai comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nel medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione simile, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare.

[12] Sentenza del 5 aprile 2016, causa C-689/13, *PFE, cit*. Si tratta di una pronuncia fon-

Con le sentenze esaminate, che hanno mantenuto come riferimento una simile nozione "dinamica" di giurisdizione, si è dunque cristallizzato il menzionato orientamento delle Sezioni Unite, secondo il quale – pur non rientrando nel sindacato della Cassazione tutto ciò che attiene alle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo tali da comportare errori *in procedendo* o *in iudicando* – rientra invece, in quanto motivo inerente alla giurisdizione quale eccesso di potere giurisdizionale, il caso di "radicale stravolgimento delle norme di riferimento"[13] (nazionali o dell'Unione europea) da parte del giudice amministrativo, stravolgimento tale da ridondare in denegata giustizia. Ciò premesso, si è così potuto sostenere che rientrasse nello spettro del sindacato della Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione anche il caso di errore *in procedendo* costituito dall'applicazione di regola processuale interna, incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione europea, direttamente efficaci, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia. Tale orientamento giurisprudenziale, che – si ribadisce – è sempre rimasto minoritario in seno alle Sezioni Unite, ha incontrato una decisa battuta d'arresto con la sentenza n. 6 del 18 gennaio 2018 della Corte costituzionale[14] che sembrava aver posto la parola fine alle tendenze espansive della Corte di Cassazione.

Con la citata pronuncia, la Corte costituzionale si è infatti espressa, per la prima volta, in merito alla corretta interpretazione dell'art. 111, ottavo comma, Cost., decidendo congiuntamente tre questioni di costituzionalità, la prima delle quali sollevata proprio dalle Sezioni Unite della Cassazione nell'ambito di un ricorso "per motivi inerenti alla giurisdizione", promosso da ricorrenti che si erano visti soccombenti dinanzi al Consiglio di Stato a causa dell'asserita interpretazione di una norma di legge da parte di quest'ultimo in maniera non conforme alla CEDU[15]. Al di là, dunque, dei

damentale in tema di accesso alla tutela giurisdizionale nella materia del contenzioso degli appalti pubblici. Viene infatti stabilito che il ricorso principale deve essere comunque esaminato, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla procedura e dalla natura della violazione dedotta.

[13] Sentenza della Corte Cass. SS. UU., 29 dicembre 2017, *cit.*, punto 2.4; ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, *cit.*, punto 23.1.

[14] Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 6.

[15] La norma di legge che viene in rilievo è l'art. 69, c. 7, d.lgs. 30 marzo 21, n. 165 (in tema di lavoro nelle amministrazioni pubbliche), la quale era stata oggetto di due pronunce della Corte EDU del 4 febbraio 2014, *Staibano* e *Mottola*, che l'avevano ritenuta contrastante con i principi dell'equo processo, in particolare con il diritto di accesso al giudice, di cui all'art. 6 CEDU. Per un commento più esaustivo sulla sentenza della Corte Costituzionale

fatti specifici sottostanti alla rimessione della Suprema Corte in favore della Corte costituzionale, preme sottolineare che la prima aveva potuto conoscere della vicenda proprio in virtù della precitata nozione evolutiva di giurisdizione, applicata, nel caso di specie, allo stravolgimento di norme del diritto convenzionale.

La Corte costituzionale, ancor prima di poter valutare il merito della questione, ne aveva dichiarato l'inammissibilità "per difetto di rilevanza, in ragione della mancata legittimazione del giudice a quo"[16]. In effetti, come già affermato, il presupposto della legittima instaurazione del giudizio *a quo* si deve rinvenire nella sussistenza di un motivo di ricorso inerente alla giurisdizione *ex* art. 111, ottavo comma, Cost., unica ipotesi tale da rendere ammissibile l'impugnazione di una pronuncia del Consiglio di Stato dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Ebbene, tale ipotesi, in base a quanto argomentato nella sentenza in esame, non sarebbe stata ravvisabile nel caso di specie: secondo la Corte costituzionale, infatti, in nessun caso la nozione di "motivi inerenti alla giurisdizione" avrebbe potuto essere tale da ricomprendervi, al di fuori dei casi estremi di rifiuto o diniego astratto di giurisdizione, censure inerenti alle modalità con cui il controllo giurisdizionale viene esercitato dal Consiglio di Stato, anche qualora queste si siano tradotte in concreto in un'erronea negazione di tutela della situazione giuridica azionata. Per espressa argomentazione della Consulta, l'intervento della Suprema Corte nemmeno avrebbe potuto essere giustificato "dalla violazione di norme dell'Unione o della CEDU"[17] da parte del Consiglio di Stato.

In conclusione, con la pronuncia n. 6/2018, la Corte costituzionale si è posta in totale contrapposizione con l'orientamento minoritario delle Sezioni Unite fautore della citata interpretazione "evolutiva" della nozione di

cfr. A. POLICE, F. CHIRICO, *I «soli motivi inerenti alla giurisdizione» nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Il Processo*, 2019, p. 113 ss.; F. DAL CANTO, *cit.*, 2018; G. SIGISMONDI, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, p. 125 ss.; P. TOMAIUOLI, *L'"altolà" della Corte costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)*, in *Consultaonline*, Studi 2018/I, 24 gennaio 2018; F. DEODATO, *I limiti "esterni" della giurisdizione interpretati dalla più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione (Nota a Corte Costituzionale sentenza 24 gennaio 2018 n. 6 e Corte di Cassazione - Sezioni Unite civili sentenza 29 dicembre 2017 n. 31226)*, in *dirittoamministrativo.it*.

[16] Sentenza della Corte Cost., 18 gennaio 2018, *cit.*, punto 17.

[17] *Ivi*, punto 14.

giurisdizione, affermando come tale interpretazione non possa essere compatibile "con la lettera e lo spirito della norma costituzionale (art. 111, ottavo comma, Cost.)"[18]: "l'"eccesso di potere giudiziario", denunziabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione [...], va (pertanto) riferito alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione [...]; nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione"[19], non potendosi ammettere all'interno del perimetro costituzionale alcun tipo di soluzione intermedia. Diversamente, infatti, qualsiasi interpretazione che comporti una più o meno completa assimilazione tra il ricorso in cassazione per violazione di legge e il ricorso in cassazione per i "soli" motivi inerenti alla giurisdizione, finirebbe, sempre secondo la Corte costituzionale per "mette(re) in discussione la scelta di fondo dei Costituenti dell'assetto pluralistico delle giurisdizioni"[20].

Quanto affermato nella sentenza sopra citata è stato recepito dalla giurisprudenza successiva delle Sezioni Unite, le quali si sono orientate nel senso di dichiarare inammissibili quei ricorsi presentati avverso pronunce del Consiglio di Stato *ex* art. 111, ottavo comma, Cost., con cui le parti facevano valere, non un'ipotesi classica di motivo inerente alla giurisdizione, ma l'omesso esercizio della giurisdizione da parte del giudice amministrativo per effetto dello "stravolgimento" di una norma di diritto dell'Unione[21].

È solo con l'ordinanza del 18 settembre 2020, n. 19598, oggetto della presente analisi, che la Suprema Corte sembra "tornare sui propri passi", dimostrando di aderire ancora una volta alla lettura cosiddetta "evolutiva" del concetto di giurisdizione di cui all'art. 111, ottavo comma, Cost. e "riportando all'attenzione la preclusione del sindacato per motivi di giurisdizione, in caso di violazione di una norma dell'Unione"[22].

Ad ogni modo, pare solo il caso di ribadire che, già espressione di un orientamento minoritario, l'ordinanza in questione, dopo la sentenza n. 6/2018 della Corte costituzionale, si è posta come un *unicum* nel panorama

[18] Sentenza della Corte Cost., 18 gennaio 2018, *cit.*, punto 11.

[19] *Ivi*, punto 15.

[20] *Ivi*, punto 11.

[21] In tal senso *inter alia* cfr. ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 21 agosto 2020, n. 17580; ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 6 marzo 2020, n. 6460; ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 11 novembre 2019, n. 29085; ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 6 maggio 2019, n. 13243; ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 19 dicembre 2018, n. 32773; ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 17 dicembre 2018, n. 32622.

[22] G. TESAURO, *L'interpretazione della Corte costituzionale dell'art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*, in *federalismi.it*, 16 dicembre 2020, p. 247 ss.

della giurisprudenza di legittimità, in quanto tale lungi dal poter simboleggiare l'*incipit* di una riespansione dell'orientamento respinto dalla Consulta. In effetti, si rileva che, successivamente alla richiamata ordinanza, le Sezioni Unite "hanno continuato, graniticamente, a respingere la teoria della giurisdizione dinamica e a escludere che il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione possa essere utilizzato per lamentare violazioni di legge, processuali o sostanziali, interne o europee, del giudice amministrativo"[23].

3. Seppur isolata nel sostenere un orientamento contrario, come appena visto, a quello maggioritario delle Sezioni Unite, l'ordinanza oggetto del presente lavoro merita comunque un'attenta disamina. L'occasione, per la Corte di Cassazione, di pronunciarsi nuovamente sul proprio potere di censura delle sentenze del Consiglio di Stato è emersa all'esito di una gara d'appalto bandita da USL Valle d'Aosta[24]. Nel novero dei partecipanti figurava anche Randstad Italia S.p.A., esclusa nella fase iniziale della gara per non aver raggiunto, con la propria offerta tecnica, la soglia minima di 48 punti, utile ad essere ammessi alle valutazioni seguenti. Questa esclusione ha posto le basi per l'impugnazione del bando e dell'atto di aggiudicazione da parte della stessa Randstad, che contestava l'irragionevolezza dei punteggi relativi alla citata "soglia minima" e una serie di altre irregolarità procedimentali nello svolgimento della gara. In opposizione a simili pretese, poi, si poneva il ricorso incidentale presentato da USL Valle d'Aosta (in quanto ente emanatore dell'atto impugnato) e dal raggruppamento tra Synergie Italia S.p.A e Umana S.p.A. (in quanto concorrente vincitore della gara): tali soggetti sostenevano che il ricorso principale, presentato da Randstad, fosse da considerarsi inammissibile in virtù della sua prematura esclusione dalla gara e, quindi, della mancanza di un interesse giuridicamente qualificato ad ottenere tutela giurisdizionale.

La controversia, soggetta in prima istanza all'esame del TAR Valle

[23] P. L. TOMAIUOLI, *cit.*, 11 dicembre 2020, p. 698. Con specifico riferimento a pronunce della Corte di cassazione, successive all'ordinanza del 18 settembre 2020, n. 19598, che respingono la nozione cd. "evolutiva" di giurisdizione, cfr. *inter alia* sentenza della Corte Cass. SS. UU., 10 novembre 2020, n. 25208; sentenza della Corte Cass. SS. UU., 30 ottobre 2020, n. 24103; sentenza della Corte Cass. SS. UU., 29 ottobre 2020, n. 23899; sentenza della Corte Cass. SS. UU., 27 ottobre 2020, n. 23592; sentenza della Corte Cass. SS. UU., 20 ottobre 2020, n. 22811.

[24] Per una più dettagliata ricognizione dei fatti di causa, cfr. ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, *cit.*, punti 1-11. In dottrina, v. C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, 27 gennaio 2021, pp. 14-16; S. BARBARESCHI, L. A. CARUSO, *op. cit.*, Paper 4 novembre 2020, pp. 7-8.

d'Aosta[25], è stata decisa in via (inizialmente) definitiva da una pronuncia con cui il Consiglio di Stato[26], sulla scorta dell'orientamento ricordato nei paragrafi precedenti[27], ha statuito la priorità logica e giuridica del ricorso incidentale su quello principale, il quale – vista la completa mancanza di legittimazione di chi lo aveva proposto[28] – non avrebbe nemmeno dovuto essere analizzato dal giudice amministrativo, venendo piuttosto qualificato come inammissibile[29].

Avverso quest'ultima pronuncia, Randstad ha infine proposto ricorso per cassazione, chiedendo alla Suprema Corte di ravvisare, nella pronuncia del Consiglio di Stato, la violazione del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva e, quindi, di cassarne la sentenza secondo quanto previsto dall'art. 111, ottavo comma, della Costituzione[30], dall'art. 362, primo comma, del codice di procedura civile e dall'art. 110 del codice del processo amministrativo[31]. A ulteriore parametro della pretesa violazione, poi, è stato eletto

[25] Sentenza del TAR Valle d'Aosta, I sez., 22 marzo 2019, n. 13. Va segnalato che, in questa pronuncia, il giudice amministrativo aveva invero esaminato (e giudicato su) entrambi i ricorsi presentati dalle parti, rigettando nel merito le censure avanzate da Randstad.

[26] Sentenza del Cons. di Stato, III sez., 7 agosto 2019, n. 5606.

[27] Si veda quanto detto a proposito *supra*, § 2, nonché i precedenti citati alla nota 4.

[28] Più precisamente, la posizione della ricorrente è stata definita come quella di "portatrice di un interesse di mero fatto, analogo a quello di qualunque altro operatore economico del settore che non ha partecipato alla gara" cfr. sentenza del Cons. di Stato, III sez., 7 agosto 2019, n. 5606, punto 11.

[29] Sentenza del Cons. di Stato, III sez., 7 agosto 2019, n. 5606, spec. punti 8-12; v. anche G. GRECO, *op. cit.*, 2020, p. 74.

[30] Tale norma costituzionale, come già in parte accennato nel paragrafo precedente, legittima un controllo ad opera della Corte di cassazione per soli motivi di giurisdizione. Questi ultimi, tradizionalmente, vengono intesi come eccesso (o difetto) di giurisdizione, siano essi assoluti (come nel caso in cui il giudice amministrativo eserciti prerogative che non spettano, in generale, alla magistratura complessivamente considerata) o relativi (come nel caso in cui il giudice amministrativo eserciti prerogative che spettano ad altri giudici). Con riguardo ai profili generali del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, specie in relazione al ricorso in questione, cfr. F. DAL CANTO, *op. cit.*, 2018, p. 1537 ss.; A. PANZAROLA, *Il controllo della Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2018, p. 587 ss.; P. PATRITO, *I «motivi inerenti alla giurisdizione» nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, Napoli, 2016; G. GIOIA, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Torino, 2009; M. V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, 2005; M. P. GASPERINI, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova, 2002.

[31] Dando attuazione della norma costituzionale già menzionata, entrambe le due norme di rango legislativo qui citate consentono di proporre (in ipotesi limitate) un ricorso in Cassazione avverso le pronunce del Consiglio di Stato, altrimenti giudice di ultima istanza per quanto attiene all'ordinamento amministrativo.

l'art. 1, par. 1, della cosiddetta "direttiva ricorsi", atto con il quale il legislatore "comunitario" ha inteso tutelare e rinforzare il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva in materia di appalti, richiedendo agli Stati membri di assicurare ai privati "un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile […]" avverso "le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici"[32]. La Corte di Cassazione, posta dinanzi a siffatta controversia, ha optato per l'utilizzo dello strumento del rinvio pregiudiziale[33], ritenendo necessario l'intervento interpretativo della Corte di giustizia in una fattispecie che, lo si anticipa fin d'ora, sembra però ben più attinente al diritto interno che non al diritto dell'Unione europea[34].

Ciò premesso, pare opportuno analizzare dapprima le tre questioni pregiudiziali che la Suprema Corte ha sottoposto all'esame del giudice di Lussemburgo, evidenziandone i profili di maggior interesse e delicatezza; nei paragrafi successivi, di conseguenza, si svolgeranno alcune considerazioni critiche.

La prima questione è incentrata su quella che la Cassazione definisce "nozione evolutiva del concetto di giurisdizione"[35], vale a dire quella particolare interpretazione – promossa in alcune sentenze della Suprema Corte[36], almeno fino alla sconfessione ad opera della Corte costituzionale nel 2018[37] – secondo cui, come visto, non sarebbe norma sulla giurisdizione soltanto quella che ne ripartisce l'esercizio, ma anche quella che, preso atto del riparto, stabilisce come il tal giudice debba esercitare la propria giurisdizione al fine di erogare, in concreto, la tutela che la fattispecie richiede.

[32] Direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori. Oltre a quanto riportato nel testo, all'art. 1, par. 2, della medesima direttiva si legge anche che "[g]li Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso […] a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione". I requisiti più analitici che siffatte tutele giurisdizionali dovrebbero garantire sono poi stabiliti agli articoli 2-2 *septies*.

[33] Ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, *cit*. La causa si è instaurata dinanzi alla Corte di giustizia il 30 settembre 2020 ed è ora identificata come C-497/20, *Randstad*.

[34] Opinioni simili sono espresse in M. A. SANDULLI, *op. cit.*, 30 novembre 2020.

[35] Ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, *cit*., punto 23.1.

[36] Basti, qui, ricordare i precedenti menzionati a proposito di questo orientamento interpretativo *supra*, § 2.

[37] V. quanto esposto *supra*, § 2, a proposito della sentenza della Corte cost., 18 gennaio 2018, *cit*.

Siffatto orientamento aveva indotto la Cassazione, come ricordato, a esercitare un più solerte sindacato di legittimità sulle pronunce del Consiglio di Stato, giustificato (proprio sulla base dell'art. 111, ottavo comma, Cost.) come un controllo sulla concreta erogazione di tutela giurisdizionale da parte del giudice amministrativo. Ciò avveniva ogni volta che quest'ultimo, applicando la disciplina procedurale della priorità del ricorso incidentale (anche in contrasto con le indicazioni fornite dalla Corte di giustizia[38]), si rendesse responsabile (secondo le Sezioni Unite) di un caso di denegata giustizia nei confronti del ricorrente principale.

Il richiamato intervento del giudice costituzionale, tuttavia, viene inteso nell'ordinanza in commento come un vero e proprio *turning point* della vicenda: causando, come già ricordato, un *revirement* nella giurisprudenza delle Sezioni Unite[39], la sentenza 6/2018 avrebbe portato alla formazione di una prassi vincolante volta alla rinuncia alla cosiddetta "giurisdizione in senso evolutivo" e, in ultimo, all'inammissibilità dei ricorsi per cassazione fondati su tale interpretazione[40]. Questa prassi, nell'ottica della Suprema Corte, conduce nel caso di specie a tollerare una violazione del diritto dell'Unione europea: non potendo censurare la pronuncia del giudice amministrativo, la Cassazione resterebbe sostanzialmente impotente davanti a un caso in cui, a fronte dell'accesso a rimedi giurisdizionali rapidi ed efficaci richiesto dall'ordinamento "comunitario" e dal suo giudice, si configura invece un diniego di tale accesso nei confronti di un soggetto che pure ne avrebbe diritto[41].

È questo esito che, nella visione delle Sezioni Unite, finisce per creare il punto di più forte contrasto con il diritto dell'Unione, e in particolare con

[38] In effetti, il giudice di Lussemburgo si è espresso più volte sul punto, interrogato in sede di rinvio pregiudiziale sull'effettiva portata della "direttiva ricorsi" e delle previsioni già ricordate nel testo e nelle note precedenti. In queste occasioni, la Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi negativamente circa l'orientamento del Consiglio di Stato italiano, sostenendo che giudicare inammissibile il ricorso principale senza averlo esaminato comprometta l'effetto utile della direttiva in questione e comprima in modo ingiustificato il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva del ricorrente. V. sentenza del 5 settembre 2019, causa C-333/18, *Lombardi*, punti 23-27, ove tali considerazioni sono state ritenute valide con riguardo a fattispecie in cui esistano partecipanti alla gara che non abbiano presentato ricorsi, né siano riguardati da quelli proposti dalle parti in causa; sentenza del 5 aprile 2016, causa C-689/13, *PFE*, punti 24-30, ove l'interpretazione della Corte era stata ritenuta applicabile indipendentemente dal numero di partecipanti alla gara e di ricorrenti; sentenza del 4 luglio 2013, causa C-100/12, *Fastweb*, punti 26-27 e punti 33-34.

[39] V. *supra*, § 2, e in particolare le pronunce già menzionate alla nota 18.

[40] Ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, *cit*., punti 28-29.

[41] *Ivi*, spec. punto 31.

il principio del primato che, come noto, richiede che alle norme "comunitarie" sia sempre assicurata applicazione, anche in caso di antinomia con disposizioni di diritto interno[42]. Nell'ordinanza in esame, è ben chiaro come il ricorso per motivi di giurisdizione sia considerato l'unico strumento ancora in grado di porre rimedio alla violazione perpetrata dal Consiglio di Stato nel caso di specie[43]; strumento che, però, resta "impedito" dalla pronuncia della Corte costituzionale e dall'orientamento che vi ha fatto seguito[44], tollerando il consolidarsi di un inadempimento che rischia di esporre l'Italia a conseguenze tra cui, seppur con qualche riserva su tale eventualità, figura la procedura d'infrazione[45]. Il quesito che risulta da siffatto percorso argomentativo attiene, quindi, alla dubbia compatibilità della prassi

[42] Con la sempre più rilevante eccezione della c.d. teoria dei controlimiti, talvolta invocata dalle Corti costituzionali nazionali per impedire l'applicazione del diritto dell'Unione, ove questo risulti lesivo dei principi costituzionali fondamentali di uno Stato membro o dei diritti inalienabili della persona. Sulle caratteristiche e le conseguenze di siffatta teoria sul sistema giurisdizionale e normativo dell'Unione, v. R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2017, p. 902 ss., spec. pp. 910-915; C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015, p. 168 ss.; M. G. PULVIRENTI, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, p. 341 ss.; G. STROZZI, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 23 ss. Sull'eventualità che la teoria dei controlimiti possa venire in discussione anche nel caso di specie si tornerà *infra*, § 5.

[43] Ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, *cit*., punti 34 e 36-37.

[44] *Ivi*, punto 38.

[45] In effetti, l'eventualità dell'apertura di una procedura d'infrazione, a carico di uno Stato membro, a causa di una o più pronunce di uno suo giudice non sarebbe un inedito. Un precedente ben noto è senza dubbio costituito dal c.d. caso *Weiss*, in cui il *Bundesverfassungsgericht* ("BVerfG", il Tribunale Costituzionale tedesco) aveva ritenuto non vincolante una pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia poiché resa *ultra vires*; i giudici di Karlsruhe si riconoscevano quindi competenti a sindacare le decisioni della BCE in merito al PSPP. V. sentenza del BVerfG, Secondo Senato, 5 maggio 2020, n. 2 BvR 859/15; sentenza dell'11 dicembre 2018, causa C-493/17, *Weiss*. Proprio in relazione a questa sentenza del BVerfG, la Commissione aveva valutato la possibilità di aprire una procedura d'infrazione nei confronti della Germania. Per alcuni riferimenti dottrinali sul punto v. B. CARAVITA DI TORITTO, M. CONDINANZI, A. MORRONE, A. M. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggior ponderazione*, in *federalismi.it*, 13 maggio 2020; D. SARMIENTO, *An Infringement Action against Germany after its Constitutional Court's ruling in* Weiss*? The Long Term and the Short Term*, in *eulawlive.com*, 12 maggio 2020; P. MORI, *Riflessioni sulla possibilità e sull'opportunità di aprire una procedura di infrazione nei confronti della Germania a causa della sentenza del Bundesverfassungsgericht sul PSPP*, in *rivista.eurojus.it*, 2020, pp. 112-122; S. POLI, *The German Federal Court and its first ultra vires review: a critique and a preliminary assessment of its consequences*, in *rivista.eurojus.it*, 2020, pp. 224-240.

inaugurata dalla Corte costituzionale con il diritto dell'Unione europea (così come interpretato dalla Corte di giustizia), nella parte in cui quest'ultimo richiede che si garantisca accesso ai rimedi giurisdizionali "a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso" in questo suo interesse.

La seconda questione sollevata dall'ordinanza in commento si concentra, invece, sull'obbligo di rinvio pregiudiziale previsto, per i giudici di ultima istanza[46], all'art. 267, comma 3, TFUE. La Corte di Cassazione evidenzia, in questo senso, l'apparente semplicità con cui il Consiglio di Stato ha risolto la controversia, attraverso la riaffermazione della priorità del ricorso incidentale e della sua natura "assorbente" nei confronti del ricorso principale. Tuttavia, l'esistenza di una giurisprudenza contrastante della Corte di giustizia avrebbe dovuto portare il giudice amministrativo a porsi quantomeno un dubbio sulla possibile applicazione di siffatta giurisprudenza al caso di specie. In particolare, come sottolineato nell'ordinanza *de qua*, legittime argomentazioni si sarebbero potute rintracciare in entrambi i sensi[47]: da un lato, a favore dell'applicabilità della giurisprudenza "comunitaria", deponevano le evidenti similitudini tra il caso di specie e quelli già trattati dal giudice di Lussemburgo (le sentenze *Fastweb*, *Puligienica* e *Lombardi* trattavano, in effetti, fattispecie analoghe a quella del caso in esame); dall'altro lato, a favore di una soluzione di diverso tenore, si ponevano alcune differenze di non scarso rilievo, come il fatto che nel caso di specie si dibattesse dell'irregolarità della gara stessa, più che della mancanza dei requisiti di partecipazione dei concorrenti, o ancora il fatto che la ricorrente principale fosse stata esclusa in una fase addirittura precedente

[46] Più precisamente, la norma richiamata istituisce l'obbligo di rinvio in capo alle "giurisdizion[i] nazional[i], avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno", definizione che ricomprende il Consiglio di Stato in quanto organo di ultima istanza della magistratura amministrativa. Per alcuni contributi dottrinali sull'obbligatorietà del rinvio e le sue caratteristiche, v. S. FORTUNATO, *L'obbligo di rinvio pregiudiziale* ex *art. 267, par. 3: una disciplina in continua evoluzione*, in AA. VV., *Liber amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, 2018, p. 351 ss.; A, MEALE, *La natura obbligatoria del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ed i poteri del giudice nazionale*, in A. NICO (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, 2016, p. 645 ss.; S. MARINO, *L'obbligo di rinvio pregiudiziale fra responsabilità dello Stato e circolazione della sentenza nell'Unione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 1270 ss.; G. VITALE, *La logica del rinvio pregiudiziale tra obbligo di rinvio per i giudici di ultima istanza e responsabilità*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2013, p. 59 ss.

[47] Ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, *cit.*, punti 48-49.

alle valutazioni volte a individuare il vincitore della gara. In ogni caso, la persistenza di un grado di incertezza nella soluzione è sufficiente a far sorgere, in capo al Consiglio di Stato, l'obbligo che risulta dal tenore letterale del già ricordato art. 267, comma 3, TFUE e a cui si sarebbe potuto derogare solo in presenza di una delle circostanze tassativamente delineate nella nota sentenza *CILFIT*[48], non riscontrabili nel caso di specie. Nell'ottica della Suprema Corte, questi indici sono sufficienti per ritenere che il giudice amministrativo abbia immotivatamente violato l'obbligo di sollevare il rinvio pregiudiziale con cui chiedere al giudice del Kirchberg delucidazioni sul punto[49].

Ciò detto, le Sezioni Unite si concentrano sull'analisi dell'art. 267 TFUE come norma che instaura, tra la Corte di giustizia e il giudice nazionale, un preciso legame cooperativo, avente come principale obiettivo il mantenimento dell'unità e della coerenza del diritto dell'Unione[50]. Interpretata in questo modo, la disposizione in esame assume il compito di ri-

[48] Sentenza del 6 ottobre 1982, causa C-283/81, *CILFIT c. Ministero della Sanità*, punti 12-16. È in questa sentenza che la Corte di giustizia ha infatti individuato le sole tre ipotesi che possono far venire meno l'obbligo di rinvio per un giudice di ultima istanza: la circostanza che la Corte abbia già trattato, in altro rinvio, una questione materialmente identica; l'esistenza di una giurisprudenza "comunitaria" consolidata, che risolva chiaramente il punto di diritto controverso; l'assenza di qualsiasi ragionevole dubbio circa la soluzione della questione pregiudiziale, data dall'assoluta evidenza con cui il punto di diritto stesso si presenti.

[49] Ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, *cit.*, spec. punto 51.

[50] Come accennato in apertura del presente lavoro, è stata la stessa Corte di giustizia a sottolineare, più di una volta, l'estrema importanza ricoperta dal rinvio pregiudiziale, definendolo come "la chiave di volta del sistema giurisdizionale" dell'Unione; v. sentenza del 26 marzo 2020, causa C-558/18, *Miasto Łowicz (Régime disciplinaire concernant les magistrats)*, punto 55; sentenza del 24 ottobre 2018, causa C-234/17, *XC e a.*, punto 41; sentenza del 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*, punto 37; sentenza del 5 luglio 2016, causa C-614/14, *Ognyanov*, punto 15; sentenza del 18 dicembre 2014, parere 2/13, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, punto 176. In dottrina, sul ruolo e la rilevanza del rinvio pregiudiziale, v. C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza "comunitaria" e costituzionale*, in *rivistaaic.it*, 2020, p. 296 ss.; R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, 2017, p. 321 ss., spec. pp. 322-325; D. U. GALETTA, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE ed obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale: una rilettura nell'ottica del rapporto di cooperazione (leale) fra giudici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, p. 431 ss.; B. NASCIMBENE, *Il giudice nazionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, p. 1675 ss.; P. PESCATORE, *Il rinvio pregiudiziale: l'evoluzione del sistema*, in *1952-2002: cinquantesimo anniversario della Corte di giustizia delle Comunità europee: udienza solenne 4 dicembre 2002*, Lussemburgo, 2003, p. 17 ss.

partire (sulla base delle competenze attribuite nei trattati) l'esercizio della funzione giurisdizionale tra i giudici di due diversi ordinamenti, in questo caso attribuendo alla Corte di giustizia la competenza esclusiva a pronunciarsi sull'interpretazione del diritto dell'Unione, in sede di rinvio pregiudiziale[51]. Se queste premesse sono da ritenersi valide, l'art. 267 TFUE diviene norma sulla giurisdizione *latu sensu*, violata dal Consiglio di Stato nel momento in cui quest'ultimo non ha rispettato l'obbligo di rinvio e ha quindi esercitato funzioni giurisdizionali che non gli spettavano[52]. La conseguenza ultima di siffatte conclusioni interpretative è che, ove queste fossero confermate dalla Corte di giustizia, la Cassazione dovrebbe ritenersi legittimata (secondo l'ordinanza in commento, e in contrasto con l'orientamento maggioritario della stessa Suprema Corte[53]) a censurare la sentenza del Consiglio di Stato per eccesso di giurisdizione e, infine, a sollevare essa stessa il rinvio (riguardante la questione di merito) che il giudice amministrativo non ha proposto.

Con la terza questione pregiudiziale, le Sezioni Unite provvedono infine a sollevare esattamente siffatta questione pregiudiziale, domandando alla Corte di giustizia se la giurisprudenza "comunitaria" sui ricorsi in materia di appalti sia o meno da ritenersi applicabile al caso di specie. Nell'ordinanza in esame, la Suprema Corte mostra di propendere per una risposta affermativa al quesito, soprattutto sulla base dei vizi che Randstad ha promosso nel proprio ricorso[54]. Come ricordato, si tratta in questo caso di vizi volti, per la maggior parte, a denunciare una serie di irregolarità procedimentali nello svolgimento della gara, potenzialmente portando all'annullamento di quest'ultima. Poiché la Pubblica Amministrazione mantiene sempre una sfera di discrezionalità in tale decisione, non è impensabile (secondo le Sezioni Unite) che essa giudichi non più soddisfacenti non soltanto l'offerta presentata da Randstad, ma anche quelle presenta-

[51] Ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, *cit*., punti 56-58.

[52] Ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, *cit*., spec. punto 54.

[53] Va infatti ricordato che la stessa Corte di Cassazione, in altre sue pronunce, si è espressa in modo fortemente critico circa la legittimità di questi ultimi interventi, sia per quanto riguarda l'eventuale censura di una sentenza del giudice amministrativo per violazione del "riparto" *ex* art. 267, co. 3, TFUE (v. sentenza della Corte Cass. SS. UU., 15 novembre 2018, n. 29391; sentenza della Corte Cass. SS. UU., 17 dicembre 2017, n. 30301), sia per quanto attiene alla possibilità di sostituirsi al Consiglio di Stato (o ad altro giudice di ultima istanza) nel sollevare un rinvio pregiudiziale obbligatorio e immotivatamente omesso (ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 6 marzo 2020, n. 6460; sentenza della Corte Cass. SS. UU., 8 luglio 2016, n. 14042).

[54] Ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, *cit*., punti 62-65.

te dagli altri concorrenti, provvedendo appunto a rinnovare la procedura di gara. Da questo punto di vista, dunque, emerge come ciascuno dei ricorrenti possa dirsi portatore di un interesse giuridicamente qualificato, uguale e opposto a quello dei suoi concorrenti, a ottenere l'aggiudicazione[55]: interesse che, in definitiva, non consente di ritenere inammissibile (senza prima averlo esaminato) alcuno dei ricorsi presentati, incluso quello principale.

4. Delle tre questioni pregiudiziali sollevate dalle Sezioni Unite, specialmente la prima sembra foriera di conseguenze problematiche. Con tale quesito, la Corte di Cassazione ha chiesto alla Corte di giustizia di intervenire in difesa del principio del primato del diritto dell'Unione (storicamente caro al giudice di Lussemburgo[56]) pronunciandosi sul concetto di giurisdizione, sul significato di quest'ultimo all'interno del sistema normativo della Costituzione italiana, sull'estensione della sua portata interpretativa e sull'opportunità dell'orientamento che la Corte costituzionale avalla con riguardo a detta nozione. Sembra piuttosto chiaro, quindi, che il rinvio pregiudiziale sollevato dalla Suprema Corte riguardi tematiche e questioni giuridiche più attinenti al diritto interno (e, in particolare, alla struttura del sistema giurisdizionale italiano) di quanto non lo siano invece all'ordinamento dell'Unione[57], anche in considerazione degli ampi spazi di manovra che il principio di autonomia procedurale vuole riconosciuti agli Stati membri. Per di più, la problematicità di tale quesito non si esaurisce in questo suo *focus* tematico "fuori fase", anzi: la Corte di giustizia, ove fosse "tentata" di condividere le preoccupazioni della Cassazione in punto di primato del diritto dell'Unione[58], potrebbe facilmente finire per porsi in contrasto con la giurisprudenza costituzionale sul concetto di giurisdizione

[55] Così parafrasando una formula utilizzata dalla Corte di giustizia nelle già citate sentenze *Fastweb*, *Puligienica* e *Lombardi*, ove si parla di un "legittimo interesse equivalente all'esclusione dell'offerta degli altri [concorrenti]".

[56] V. sentenza dell'8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco e a.*; sentenza del 22 giugno 1989, causa C-103/88, *Fratelli Costanzo c. Comune di Milano*; sentenza del 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal*; sentenza del 17 settembre 1970, causa C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*; sentenza del 15 luglio 1964, causa C-6/64, *Costa c. E.N.E.L.*

[57] V. in questo senso anche F. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, 27 gennaio 2021, p. 35; B. CARAVITA DI TORITTO, *op. cit.*, Paper 4 novembre 2020, pp. 20-21.

[58] Assetto che non sembra potersi dire del tutto improbabile, visto il modo in cui la Corte di cassazione ha posto le questioni oggetto del rinvio. In questo senso, chi scrive si sente di condividere le eventualità prefigurate in R. BARATTA, *op. cit.*, 26 gennaio 2021, pp. 173-175.

ex art. 111, ottavo comma, Cost., rischiando di incrinare un rapporto che in alcune, recenti, occasioni si è dimostrato abbastanza problematico[59]. In definitiva, sembra trattarsi di un rinvio pregiudiziale a mezzo del quale le Sezioni Unite hanno voluto cercare soddisfazione delle proprie ragioni, presso il giudice di Lussemburgo, in seguito alla delusione inflitta loro dalla Corte costituzionale nel 2018[60]. Ne deriva che siffatto rinvio pregiudizia-

[59] In effetti, il rapporto tra il "Giudice delle leggi" italiano e la Corte di giustizia dell'Unione europea vive, oggi, una stagione di non sempre facile composizione, in cui le tensioni tra le due giurisdizioni si addensano sui temi del primato del diritto dell'Unione, dell'adattamento e delle sue conseguenze, nonché della c.d. "doppia pregiudizialità". Già la ben nota "saga Taricco", in cui la Corte costituzionale aveva paventato l'attivazione dei controlimiti in tema di garanzie nel processo penale, aveva mostrato un'impostazione sì orientata al dialogo, ma anche piuttosto "irrigidita" nella volontà di accogliere le (o almeno venire incontro alle) istanze "comunitarie". Soprattutto la celebre sentenza 269/2017 della Consulta, poi, pur rivendicando la natura collaborativa del rapporto tra Corti (e tra ordinamenti), ha provveduto a imprimere un forte cambio di tendenza circa il percorso giurisdizionale che il giudice *a quo* debba seguire qualora riscontri, nella portata di una norma interna, la potenziale violazione di diritti garantiti tanto dalla Costituzione italiana quanto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (v. sentenza della Corte Cost., 14 dicembre 2017, n. 269); impostazione, questa, poi confermata (anche se con alcune rimodulazioni) nell'ordinanza della Corte cost., 30 luglio 2020, n. 182. Non mancano, peraltro, esempi virtuosi di "riallineamento" dei rapporti tra le due Corti sui punti della leale cooperazione e della concorrenza positiva tra rimedi "comunitari" e rimedi nazionali. V. Corte cost. ord. 10 maggio 2019, n. 117, ove si riconosce ampio rilievo all'obbligo di disapplicazione della norma interna non conforme, incombente sul giudice di merito (punto 2 del *Considerato in diritto*), e si preferisce un rinvio pregiudiziale a un'immediata dichiarazione di illegittimità costituzionale, proprio per scongiurare contrasti con il diritto dell'Unione e con la Corte di giustizia, che ha poi sostanzialmente confortato l'interpretazione del giudice costituzionale nel caso di specie (v. sentenza del 2 febbraio 2021, causa C-481/19, *Consob*). In dottrina cfr., *ex multis*, R. BARATTA, *op. cit.*, 26 gennaio 2021, p. 176; C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, 27 gennaio 2021, pp. 22-23 e p. 26; F. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, 27 gennaio 2021, pp. 30-36; S. BARBARESCHI, L. A. CARUSO, *op. cit.*, Paper 4 novembre 2020, spec. pp. 2-4 e p. 14; N. LAZZERINI, *Dual Preliminarity Within the Scope of the EU Charter of Fundamental Rights in the Light of Order 182/2020 of the Italian Constitutional Court*, in *European Papers*, 25 novembre 2020, p. 1463 ss.; R. BIN, *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *federalismi.it*, 18 novembre 2020, p. 10; M. MAZZAMUTO, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario,* 2020, p. 675 ss., il quale parla, a proposito, di "attitudine espansionistica" della Cassazione. Per una trattazione più approfondita di questi profili, peraltro, si rinvia a quanto si dirà *infra*, § 6.

[60] Così anche M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l'art. 111, co. 8, della Costituzione e il diritto dell'Unione Europea: la parola alla Corte di Giustizia*, in *Giustiziainsieme*, 11 dicembre 2020, p. 21 ss.; S. BARBARESCHI, L.A. CARUSO, *op. cit.*, Paper 4 novembre 2020, p. 2; G. COSTANTINO, A. CARRATTA, G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre*

le non solo ha ricevuto un utilizzo piuttosto lontano dal tradizionale scopo di questo strumento (quello di chiarificare la portata interpretativa del diritto dell'Unione all'interno di un giudizio nazionale), ma è stato anche strumentalizzato al fine di ottenere, dai giudici del Kirchberg, una sorta di "arbitraggio" del conflitto (interno all'ordinamento italiano) tra magistratura ordinaria e amministrativa. È quindi ferma convinzione di chi scrive che, sulla base di tali considerazioni, il rinvio in questione si sarebbe senz'altro potuto evitare.

Ciò detto, diviene necessario chiedersi quale via possa rintracciare la Corte di giustizia per risolvere tale intricata situazione, in cui essa difficilmente può esimersi dal richiedere il pieno rispetto del primato del diritto dell'Unione ma, d'altro canto, dovrebbe auspicabilmente evitare di incidere su un terreno per essa sdrucciolevole, quale può essere la definizione dei limiti delle giurisdizioni nazionali e dei contenuti specifici del principio di autonomia procedurale.

Una possibile soluzione a siffatta problematica potrebbe rinvenirsi qualora la Corte di giustizia evitasse di pronunciarsi sulla prima questione pregiudiziale (dichiarandola irricevibile proprio in virtù della sua spiccata connotazione "interna") e si servisse, invece, della seconda questione per riaffermare l'importanza del principio del primato[61]. Il *focus* del secondo quesito è infatti centrato, come visto, sulla violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato. Sotto questo profilo, l'impostazione seguita Corte di Cassazione sembra piuttosto condivisibile, soprattutto ove mette in evidenza, da un lato, la presenza di un possibile dubbio circa l'applicazione del diritto dell'Unione al caso di specie e, dall'altro lato, la scelta del giudice amministrativo di risolvere la controversia senza interpellare preventivamente la Corte di giustizia. In effetti, siffatta decisione del Consiglio di Stato pare integrare una manifesta violazione dell'obbligo di rinvio che l'art. 267, comma 3, TFUE pone in capo alle "giurisdizion[i] nazional[i], avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno", in assenza delle cosiddette condizioni *CILFIT*: l'avvenuta trattazione, da parte della Corte di giustizia, di una questione materialmente identica, l'esistenza di una giurisprudenza "comunitaria" consolidata sul punto controverso o l'assenza di qualsiasi ragionevole dubbio sulla soluzione della questione giuridica. L'art. 267

2020, n. 19598, in *Questione Giustizia*, 19 ottobre 2020; G. GRECO, *op. cit.*, 2020, p. 76.

[61] Cfr., in questo senso, la ricostruzione effettuata da G. GRECO, *op. cit.*, 2020, pp. 78-86.

TFUE, nell'approntare lo strumento del rinvio pregiudiziale, risponde anche all'esigenza di disciplinare le competenze funzionali al suo utilizzo; nello specifico, a fronte dell'obbligo (o della facoltà) del giudice nazionale di sollevare il rinvio, la competenza interpretativa viene attribuita in via esclusiva alla Corte di giustizia[62]. Sotto questo punto di vista, dunque, sembra che la disposizione *de qua* possa leggersi anche come una norma *latu sensu* sulla giurisdizione, nel senso che essa provvede a ripartire l'esercizio di competenze giurisdizionali tra il giudice nazionale e il giudice dell'Unione europea[63].

La qualificazione dell'art. 267 TFUE come norma *latu sensu* sulla giurisdizione sembra in grado di rendere ammissibile, almeno nel caso di specie, il ricorso dinanzi alla Corte di Cassazione e, con esso, la proposizione della seconda questione pregiudiziale alla Corte di giustizia[64]. Quest'ultima acquisirebbe così la possibilità di censurare le scelte interpretative e applicative del Consiglio di Stato, enunciando un principio di diritto che imponga non solo il pieno rispetto dell'obbligo di rinvio, ma anche la corretta applicazione del diritto dell'Unione per quanto attiene ai ricorsi in materia di appalti; d'altro canto, non fornendo risposta alla prima questione pregiudiziale, il giudice di Lussemburgo eviterebbe di doversi inserire nel dibattito (tutto interno al diritto nazionale, come si è argomentato) sull'estensione dei «motivi di giurisdizione» e sul significato, innovativo o tradizionale, da assegnare a siffatta nozione[65]. Peraltro, pare opportuno rimarcare che simili argomentazioni sono volte a identificare soluzioni che scongiurino i profili di estrema criticità connessi al caso di specie; per quanto attiene, invece, a considerazioni più generali in merito ai sistemi interni di controllo dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, sia consentito rinviare a quanto si dirà *infra*, § 5.

È necessario rivolgere l'attenzione anche ad un'ulteriore (ma connessa) profilo critico che emerge dalla vicenda in esame, ossia quella che attiene più specificamente al rispetto da parte del Consiglio di Stato del principio del primato del diritto dell'Unione. In questa prospettiva va riconosciuto che, indipendentemente dal suo grado di opportunità, il rinvio della Cassazione solleva la problematica reale di una certa ritrosia del giudice amministrativo nell'adeguarsi alle previsioni (vincolanti) del diritto dell'Unione.

[62] R. BARATTA, *op. cit.*, 26 gennaio 2021, p. 177.

[63] G. GRECO, *op. cit.*, 2020, spec. pp. 78-79.

[64] *Ivi*, spec. pp. 82-84.

[65] Trattasi, qui, di quell'opzione che viene definita "terza via" o "via intermedia" in R. BARATTA, *op. cit.*, 26 gennaio 2021, pp. 179-180.

Ciò vale sicuramente, e come già visto, per l'obbligo di rinvio pregiudiziale, ma anche per la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di appalti, che da sempre si è mostrata contraria alla prassi del Consiglio di Stato per cui il ricorso incidentale avrebbe natura prioritaria ed escludente nei confronti di quello principale[66]. Le decisioni (anche e soprattutto quella in commento) della magistratura amministrativa considerata nel suo complesso sembrano preferire, talvolta, una visione "recessiva" del diritto dell'Unione europea, per cui quest'ultimo dovrebbe applicarsi soltanto ove non sia possibile evitarlo o, comunque, contenendone al massimo la capacità espansiva in favore della preservazione delle competenze dello Stato[67]. Tuttavia, sebbene siffatta visione possa in qualche modo ricollegarsi alle generali e più ampie tensioni nei rapporti tra Unione e Stati membri[68], non si può fare a meno di sottolineare come essa pervenga a rovesciare, in buona sostanza, le regole di coordinamento dei due ordinamenti. Tali si basa-

[66] V. quanto detto in proposito *supra*, § 2.

[67] A titolo puramente esemplificativo, possono citarsi due recenti pronunce del TAR Puglia di Lecce in materia di concessioni demaniali marittime. In tale occasione, il giudice amministrativo è stato chiamato a esprimersi sulla compatibilità con il diritto dell'Unione di alcune delibere comunali che accordavano il rinnovo quindicennale automatico di dette concessioni, facendo applicazione della legge di bilancio 2019 ma disattendendo, in questo modo, le previsioni del diritto "comunitario" (specie per quanto attiene alla c.d. direttiva Bolkenstein). Sul punto, il TAR adito ha sostanzialmente sollevato le Pubbliche Amministrazioni dell'obbligo di disapplicazione, sulla base della considerazione per cui siffatto potere spetterebbe solo al giudice e, quindi, la Pubblica Amministrazione dovrebbe sempre applicare "nel dubbio" la disciplina nazionale, quandanche contrastante con il diritto dell'Unione; v. sentenza del TAR Puglia, I sez., 27 novembre 2020, n. 1322; sentenza del TAR Puglia, I sez., 27 novembre 2020, n. 1341. Sulla questione è intervenuto, per ora solo in merito ai profili cautelari, anche il Consiglio di Stato, che ha rigettato le istanze del Comune di Castrignano del Capo volte a sospendere temporaneamente l'efficacia delle sentenze del TAR, non ravvisando alcun profilo di urgenza nella fattispecie; v. ordinanza del Cons. di Stato, V sez., 12 febbraio 2021, n. 643; ordinanza del Cons. di Stato, V sez., 12 febbraio 2021, n. 644; ordinanza del Cons. di Stato, V sez., 12 febbraio 2021, n. 645.

[68] È noto, infatti, quanto sia delicata la ricerca di un soddisfacente punto di equilibrio tra l'espansione delle competenze dell'Unione e la volontà degli Stati membri di conservare intatte le proprie prerogative. Simili tensioni si sono ripercosse, con riguardo alle modifiche dei Trattati, anche su diverse previsioni incluse nel trattato di Lisbona: la frequente reiterazione del principio di attribuzione (e dei limiti ad esso connessi) e l'inserimento di un ruolo più incisivo dei Parlamenti nazionali attraverso il Protocollo n. 1, ad esempio, sono entrambi riconducibili al tentativo di "contenere" possibili espansioni incontrollate dell'area di azione dell'Unione europea; allo stesso modo, l'esplicita introduzione del diritto di recesso unilaterale dall'Unione all'art. 50 TUE e la regola dell'unanimità nelle decisioni del Consiglio riguardo la c.d. "clausola di flessibilità" (art. 352 TFUE) testimoniano l'intenzione degli Stati membri di mantenere un più stretto controllo sul (ove non una "via di fuga" dal) processo di integrazione.

no, per l'appunto, sul principio del primato dell'ordinamento "comunitario", in virtù del quale quest'ultimo deve trovare applicazione anche in caso di contrasto con il diritto interno (salvo gli ormai noti controlimiti, di cui si dirà oltre). È anche noto, per di più, che tale obbligo di applicazione – e in egual misura il corrispondente obbligo di disapplicazione del diritto interno – coinvolge *tutti* i soggetti di ciò responsabili: non solo, quindi, il legislatore e i giudici nazionali[69], ma anche la Pubblica Amministrazione in ogni suo comparto. Dunque, una pronuncia come quella con cui il Consiglio di Stato ha disciplinato la controversia in esame (vista anche la lunga *querelle* precedente con la Corte di giustizia) rischia di frustrare l'efficacia e l'effettività del diritto dell'Unione e, in ultimo, il senso stesso del progetto di integrazione europea, per il buon funzionamento del quale il principio del primato ricopre un'importanza vitale[70]. È comprensibile, *prima facie*, che il giudice amministrativo abbia mancato di sollevare il rinvio pregiudiziale cui era tenuto sulla base di una propria interpretazione delle competenze attribuite, rispettivamente, all'Unione e allo Stato membro: mancando nel caso di specie – si potrebbe argomentare – ogni rilevanza del diritto "comunitario" per la risoluzione della controversia, il rinvio al giudice di Lussemburgo non avrebbe avuto motivo di sussistere. A maggior ragione, però, sembra altrettanto legittima una critica che ritenga siffatta interpretazione discutibile, data la presenza di una direttiva applicabile precisamente a fattispecie come quella in commento e di una giurisprudenza della Corte di giustizia parimenti puntuale. Ne risulta così un quadro in cui, proprio sulla base delle sfere di competenza predefinite, non si è assicurato il rispetto delle attribuzioni dell'Unione e si è arrecato, stando ai dettami della Corte di giustizia, un ingiustificato pregiudizio a interessi di cui il diritto "comunitario" richiede la tutela.

[69] Non va dimenticato che, nell'ottica della Corte di giustizia, i giudici nazionali sono sempre anche "giudici di diritto comune dell'Unione" (v. soprattutto la ricostruzione di siffatto ruolo nella sentenza del 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich e Bonifaci c. Italia*, punto 32, e nella sentenza del 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal*, punti 21-24). Ciò va a rimarcare la concezione unitaria dei due ordinamenti (interno e sovranazionale) che il giudice di Lussemburgo ha sempre sostenuto e che assegna estrema rilevanza al giudice nazionale nell'assicurare piena e uniforme applicazione a *tutto* l'ordinamento cui egli fa riferimento: ivi comprese, quindi, le norme di diritto dell'Unione europea. V. sul punto C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, 27 gennaio 2021, pp. 21-23; R. BARATTA, *op. cit.*, 26 gennaio 2021, pp. 171-172; M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 13.

[70] Cfr. quanto afferma, in modo più che condivisibile, R. BARATTA, *op. cit.*, 26 gennaio 2021, pp. 171 e 172. Si esprime in senso critico sulla questione anche C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, 27 gennaio 2021, p. 27.

5. Premesse tali considerazioni che attengono alle specificità dell'ordinanza, pare ora opportuno soffermarsi su alcune questioni più generali che dalla stessa ordinanza discendono.

In tal senso, va anticipato innanzitutto che – a prescindere da un giudizio di valore circa l'opportunità del coinvolgimento del giudice di Lussemburgo nel caso di specie – all'ordinanza interlocutoria in esame deve essere certamente riconosciuto il merito di aver riportato alla luce temi e problematiche particolarmente rilevanti e risalenti nel nostro ordinamento. Siffatte criticità emergono, rispettivamente, dalla prima e dalla seconda questione pregiudiziale e riguardano, come accennato, da un lato, l'annosa questione relativa all'ampiezza del sindacato della Corte di Cassazione in sede di ricorso per motivi di giurisdizione ai sensi dell'art. 111, ottavo comma, Cost.; dall'altro lato, le concrete modalità per vigilare sull'effettività dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte del giudice nazionale di ultima istanza ai sensi dell'art. 267, comma 3, TFUE.

Si tratta di problemi, si chiarisce fin da ora, la cui esistenza non può e non deve certamente essere negata né tantomeno sottovalutata, ma che – ad avviso di chi scrive – non richiedevano ai fini della loro soluzione la necessità di sollecitare l'intervento della Corte di giustizia.

Quanto alla prima questione, come già brevemente accennato (*supra*, § 4), il tema della violazione del diritto dell'Unione appare, in tale contesto, essere stato utilizzato in maniera "pretestuosa" dalla Corte di Cassazione, al fine ultimo di porre in risalto la diversa, seppur rilevante, problematica attinente all'interpretazione della nozione di "motivi inerenti alla giurisdizione" di cui all'art. 111, ottavo comma, Cost. Tale norma, fin dall'entrata in vigore del testo costituzionale, ha innegabilmente destato più di qualche perplessità tra gli interpreti già per la sua formulazione[71]; perplessità che sono andate ulteriormente accentuandosi con la riforma dell'articolo realizzata nel 1999[72] che ha introdotto, al primo comma, la previsione per cui "la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge" e che, pertanto, considerata la rinnovata rilevanza che in tal modo assume l'intera norma, avrebbe probabilmente meritato il ricorso ad una più puntuale attività interpretativa (oltre che, prima ancora, evidentemente, una formulazione meno idonea a far sorgere problematiche interpretative di sorta).

[71] Sul punto cfr. F. FRANCARIO, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *giustiziainsieme.it*, 11 novembre 2020.

[72] L. cost. 23 novembre 1999, n. 2.

Quello relativo all'interpretazione dei "motivi inerenti alla giurisdizione" e della conseguente ampiezza del sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del giudice amministrativo (e contabile), costituisce un problema fondamentale tutt'oggi permanente e che, come sottolinea parte della dottrina amministrativista, impone oggi di riflettere in modo nuovo tanto sul tema del riparto di giurisdizione quanto, eventualmente, anche sull'opportunità di mantenere di una giurisdizione speciale nel nostro ordinamento; siffatta dottrina, difatti, ritiene superabile la ripartizione tra giudice amministrativo e ordinario perché ritenuta non più rispondente ad esigenze attuali[73]. In ogni caso, una simile problematica – che richiede certamente una rapida ed efficace soluzione, viste le diverse criticità che dalla stessa inevitabilmente, sempre più spesso, si originano – va superata utilizzando forme opportune e corrette, anche – se del caso – con una procedura di revisione costituzionale, ma non attraverso un'interpretazione evolutiva dell'art. 111, ottavo comma, Cost., né, tantomeno, richiedendo l'intervento della Corte di giustizia su questioni che rischiano concretamente di esulare dall'ambito di competenza che le è attribuito.

A sostegno della non necessità dell'ausilio del giudice del Kirchberg militano poi ulteriori considerazioni. Gran parte della dottrina amministrativista ha sostenuto che il rinvio pregiudiziale avrebbe potuto essere agevolmente evitato dalla Suprema Corte, in considerazione del fatto che la stessa avrebbe potuto pronunciarsi sull'impugnata sentenza del Consiglio di Stato facendo ricorso alla classica categoria del cosiddetto rifiuto di giurisdizione[74]; categoria, questa, che avrebbe evitato di dover ricorrere a nuove interpretazioni di norme costituzionali e avrebbe altresì consentito di statuire in conformità alle norme dell'Unione europea come interpretate dalla Corte di giustizia che – si ricorda – è rivolta ad accordare tutela a chi abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e lamenti l'impossibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un'offerta regolare[75]. Altri, nella stessa direzione, ma ipotizzando soluzioni diverse, hanno sostenuto che la Cassazione

[73] Cfr. A. TRAVI, intervento al convegno *Motivi di giurisdizione e pregiudiziale comunitaria (atti del convegno di RomaTre del 6 11 2020),* Università Roma Tre*,* 6 novembre 2020, disponibile a questo indirizzo internet; sul punto anche R. BIN, *cit.*, 18 novembre 2020, p. 9.

[74] Sul tema dei motivi di "cassazione" delle pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti previsto dall'art. 111, ottavo comma, Cost. cfr., per tutti, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1973.

[75] In tal senso F. FRANCARIO, *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi,* in *federalismi.it,* 16 dicembre 2020, p. 103 ss.; M. A. SANDULLI, *cit*., 30 novembre 2020, p. 23.

avrebbe potuto (*rectius*, dovuto) pronunciarsi disapplicando l'interpretazione dell'art. 111, ottavo comma, Cost. fornita dalla Consulta nella sentenza 6/2018, in quanto in contrasto – per i motivi di cui sopra – con il diritto dell'Unione europea[76]. Anche alla luce di tali considerazioni appare discutibile, ad avviso di chi scrive, la scelta delle Sezioni Unite rispetto dell'opportunità (e, ancor prima, della necessità) di effettuare il rinvio pregiudiziale in esame.

La decisione della Cassazione risulta poi – *a fortiori* – ancor meno condivisibile nel momento in cui si riflette in merito alle eventuali più ampie conseguenze che potrebbero prodursi nel caso in cui la Corte di giustizia decidesse di pronunciarsi in senso favorevole ai rilievi della Suprema Corte. Qualora, infatti – ritenuta innanzitutto ricevibile la domanda pregiudiziale – i giudici di Lussemburgo dovessero decidere di orientarsi in tal senso, sorge spontaneo domandarsi se, eventualmente, potrebbe aprirsi uno spiraglio per una nuova stagione di controlimiti, nel momento in cui la questione dovesse in futuro ritornare al vaglio del giudice delle leggi. La soluzione a tale interrogativo va ricercata nella possibilità, o meno, di considerare il menzionato assetto pluralistico delle giurisdizioni come principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale. Un simile scenario non pare di difficile concretizzazione; non sarebbe infatti inverosimile immaginare che i giudici della Consulta, nuovamente investiti di una questione di legittimità costituzionale, possano concludere di essere in presenza di un controlimite, anche, e soprattutto, alla luce di quanto già stabilito nella menzionata sentenza n. 6/2018 (*supra,* § 2)[77].

Quanto invece alla seconda questione pregiudiziale, si ribadisce, sulla base delle argomentazioni già esposte (*supra,* § 4), che la disposizione di cui all'art. 267, comma 3, TFUE ben potrebbe essere considerata quale norma che, *latu sensu,* disciplina il riparto di giurisdizione e – di conseguenza – l'omissione del rinvio pregiudiziale potrebbe essere qualificata quale violazione della giurisdizione della Corte di giustizia. Così considerato e qualificato l'art. 267, comma 3, TFUE, la Corte di Cassazione avrebbe

[76] Così G. TESAURO, *cit.*, 16 dicembre 2020, p. 248.

[77] In tal senso si esprime P. L. TOMAIUOLI, *cit.*, 11 dicembre 2020, p. 692, che afferma: "la citata norma costituzionale – della cui compatibilità con il diritto dell'Unione l'ordinanza di rinvio pregiudiziale dubita – è dunque norma *fondante* e *fondamentale* nel sistema italiano, perché "regola i confini e l'assetto complessivo dei plessi giurisdizionali" (sentenza n. 6 del 2018) chiamati a somministrare la giustizia ai cittadini: essa, cioeè, caratterizza l'*identità nazionale* insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, paragrafo 2, del TUE)".

legittimamente potuto, nel caso di specie, pronunciarsi sul punto, reinvestendo il Consiglio di Stato dell'obbligo di effettuare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi delle disposizioni del Trattato; pertanto, anche in relazione a ciò che concerne la seconda questione, ad avviso di chi scrive, mancano in concreto i profili di necessità del rinvio[78].

Ciò premesso, il secondo quesito che la Cassazione sottopone all'attenzione della Corte di giustizia pone in luce un'ulteriore rilevante criticità esistente nel nostro ordinamento, che riguarda la mancanza di un rimedio specifico per garantire l'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale[79].

A partire dalla vicenda in esame, in primo luogo, pare infatti necessaria l'introduzione di un rimedio *ad hoc* che permetta di superare le perplessità sollevate in dottrina circa lo strumento da utilizzare quando a violare l'obbligo di rinvio pregiudiziale sia la stessa Cassazione nella veste di giudice di ultima istanza[80]. È necessario, dunque, un rimedio che consenta di

[78] È opportuno segnalare che la questione relativa al tema della giurisdizione violata dal mancato rinvio pregiudiziale non si è posta oggi per la prima volta nel nostro ordinamento ma era già emersa nella giurisprudenza italiana a partire dal 1984 (cfr. Sentenza della Corte Cass., SS. UU., 25 maggio 1984, n. 3223) e la Cassazione lo aveva risolto già allora negativamente, escludendo la denunciabilità mediante ricorso per cassazione «per motivi inerenti alla giurisdizione» dell'omissione del rinvio pregiudiziale obbligatorio da parte del Consiglio di Stato «atteso che la relativa questione non pone in discussione la giurisdizione del Consiglio di Stato medesimo, ma l'inosservanza di una regola processuale, sul presupposto della sussistenza di tale giurisdizione». Paiono questi essere motivi sostanzialmente analoghi a quelli utilizzati dalla Corte costituzionale nella sentenza 6/2018 e che sono stati poi ulteriormente sviluppati nella recente ordinanza delle SS.UU. del 20 ottobre 2020 (ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 20 ottobre 2020, n. 228119, che ha negato che ci fosse violazione della giurisdizione da parte del Consiglio di Stato che non effettuava rinvio pregiudiziale).

[79] Per un approfondimento sul tema della violazione dell'obbligo di rinvio cfr. C. FASONE, *Violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale e ricorso per inadempimento: verso un sistema di giustizia costituzionale "composito" nell'Unione? (Prime riflessioni a partire dalla sentenza Commissione c. Francia, C-416/17),* in *diritticomparati.it*, 3 dicembre 2018; F. PANI, *L'obbligo (flessibile) di rinvio pregiudiziale e i possibili fattori di un suo irrigidimento. Riflessioni in margine alla sentenza Association France Nature Environnement*, in *europeanpapers.eu*, 29 marzo 2017; G. ZAMPETTI, *Rinvio pregiudiziale di interpretazione obbligatorio e giudice amministrativo: natura giuridica, portata dell'obbligo ex art. 267, par. 3, Tfue e conseguenze della sua mancata osservanza (riflessioni a partire da Cons. Stato, sez. VI, n. 1244 del 5 marzo 2012 e Corte giust., C-136/12, del 18 luglio 2013)*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2014.

[80] In sintesi: chi controllerebbe il controllore? Sul punto cfr. R. CARBONE, *Ricorsi reciprocamente escludenti, ricorso per motivi di giurisdizione e obbligo di rinvio pregiudiziale: lo scambio dialettico tra Corte costituzionale, Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2021, p. 217; cfr., anche, L. DANIELE, intervento al convegno *La "querelle" sulla definizione dei "motivi inerenti alla giurisdizione" ai sensi dell'art. 111, comma 8, cost. davanti alla Corte UE (sull'ordinanza Cass., S.U. n.*

andare oltre la qualificazione dell'art. 267, comma 3, TFUE quale norma sulla giurisdizione e che eviti, altresì, il ricorso a nuove ed elastiche interpretazioni di norme costituzionali quali l'art. 111, ottavo comma, della Costituzione.

In secondo luogo, dall'ordinanza delle Sezioni Unite in esame appare opportuna la previsione di uno strumento che possa intervenire in maniera tempestiva a favore del singolo danneggiato dalla violazione dell'obbligo di rinvio, a differenza di quanto invece accade con i già esistenti rimedi della responsabilità extracontrattuale dello Stato per violazione del diritto dell'Unione e della procedura di infrazione (di cui si dirà meglio *infra,* § 6) che, ponendosi come "indiretti e succedanei", presentano evidenti mancanze in termini di efficacia della tutela[81].

Come sottolineato da autorevole dottrina[82], in ordinamenti di altri Stati membri sono già previsti sistemi specifici che consentono di garantire ai singoli una tutela tempestiva in caso di violazione dell'obbligo di effettuare rinvio pregiudiziale da parte del giudice nazionale di ultima istanza.

In particolare, un esempio rilevante in tal senso è quello proveniente dall'ordinamento tedesco. Nel 1986 la Corte costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht – BverfG*) pronunciava una sentenza[83] fondamentale sul tema della violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, recepita subito dopo dal parlamento tedesco con l'elaborazione di uno specifico istituto processuale. Nel caso di specie, il giudice costituzionale tedesco era giunto, in tale contesto, per la prima volta, a qualificare la Corte di giustizia – in quanto chiamata ad assicurare l'uniformità del diritto dell'Unione – quale giudice naturale precostituito per legge ai sensi dell'art. 101, comma 1, periodo 2, LF[84]. In conseguenza a tale rivoluzionaria qualificazione, il *Bundesverfassungsgericht* aveva ritenuto che la violazione dell'obbligo di rinvio potesse comportare l'ammissione della *Verfassunsgsbeschwerde* (di una contestazione costituzionale) per lamentare la violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte della giurisdizione di ultima istanza[85].

18592/2020), Università degli Studi di Roma Tor Vergata, 18 novembre 2020.

[81] Ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, n. 19598, *cit.*, punto 31.

[82] Cfr. E. CANNIZZARO, intervento al convegno *Motivi di giurisdizione e pregiudiziale comunitaria (atti del convegno di RomaTre del 6 11 2020),* Università Roma Tre*,* 6 novembre 2020, disponibile a questo indirizzo internet.

[83] Cfr. BVerfGE 73, 399 (366 ss.), 22 ottobre 1986.

[84] Per un approfondimento sul punto cfr. P. PASSAGLIA, *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, aprile 2010, disponibile a questo indirizzo internet.

[85] La contestazione costituzionale è ammessa in presenza di determinate e specifiche circostanze. Sul punto G. ZAMPETTI, *cit.*, 2014, che afferma: "i parametri individuati dal

Una soluzione simile esiste anche nell'ordinamento spagnolo, nel quale – in casi limitati e ben circoscritti – può essere azionato il *Recurso de amparo* di fronte al *Tribunal Constitucional*, con riferimento al diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva[86] e nell'ordinamento austriaco, dove il giudice costituzionale ha affermato che l'ingiustificata omissione del rinvio pregiudiziale può, in determinate circostanze, costituire una violazione del diritto al giudice legale e legittima, pertanto, la proposizione di una questione di costituzionalità.

Tutto ciò premesso, in conclusione, come appare evidente dalla rilevanza nazionale che le problematiche evidenziate assumono, qualsiasi soluzione volesse essere prospettata, dovrebbe necessariamente essere individuata all'interno del nostro ordinamento, auspicabilmente tramite un intervento deciso del legislatore (anche, eventualmente, costituente) e non certamente scomodando il giudice di Lussemburgo.

6. La vicenda in esame è emblematica di come, pur gravando su ogni Stato membro l'obbligo di garantire l'efficacia del diritto dell'Unione, adempiere a tale precetto risulti talvolta molto difficoltoso, soprattutto nel momento in cui il sistema giurisdizionale in questione riveli alcune difficoltà, in concreto, a fornire uno strumento pienamente idoneo a "rimediare" a un'eventuale violazione del diritto "comunitario", così che quest'ultima sembri indebolirne la piena efficacia. Prescindendo in questa sede da valutazioni di merito circa la sussistenza o meno di una tale violazione, è indubbio che la Corte di Cassazione abbia concepito l'interpretazione cosiddetta "evolutiva" del concetto di giurisdizione proprio quale argine a quelle situazioni in cui, per suo stesso dire, "il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo ed efficace, [avrebbe esplicato] i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, con grave nocumento per l'ordinamento europeo e nazionale"[87]. In altre parole, secondo la Suprema Corte, in assenza di rimedi fisiologici del sistema, qualora sia in ultimo il Con-

Bundesverfassungsgericht con riferimento al sindacato sulla mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale sono piuttosto rigorosi e permettono di configurare la violazione del principio costituzionale in oggetto soltanto laddove la decisione del giudice che omette di effettuare il rinvio pregiudiziale si riveli incomprensibile da un punto di vista "esteriore" e manifestamente insostenibile e inspiegabile sia la correlata interpretazione del diritto dell'Unione"; cfr. anche E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla corte di giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia*, Torino, 2012, p. 356 ss.

[86] Cfr. M. CONTIERI, *Il recurso de amparo come strumento di controllo indiretto sulla corretta applicazione del diritto dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, 19 febbraio 2020.

[87] Ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, *cit.*, punto 27.

siglio di Stato a porre in essere una violazione del diritto dell'Unione, non sarebbe possibile, "se non in via indiretta e succedanea"[88], evitare il consolidarsi dei suoi effetti, salvo non ricorrere all'interpretazione evolutiva non appena richiamata.

In effetti, posta una tale situazione, gli unici rimedi in grado di poter ovviare all'intervenuta violazione del diritto "comunitario" parrebbero essere l'azione di responsabilità dello Stato (per fatto del suo giudice) per violazione del diritto dell'Unione, da un lato, e la procedura d'infrazione *ex* articoli 258 e 259 TFUE, dall'altro lato[89]. Se entrambi sono senza dubbio rimedi "indiretti e succedanei", si deve sin da subito notare, tuttavia, come i due siano differenti sotto vari profili, in particolare per natura, presupposti e conseguenze[90]. Solo l'azione di risarcimento del danno, in quanto inerente il profilo "privatistico" della responsabilità dello Stato membro nei confronti dei singoli, è esperibile a opera di questi ultimi, nonché in grado di venire incontro alle esigenze dei medesimi, qualora si siano visti danneggiati da un violazione del diritto "comunitario"[91]. Tale azione ha, infatti, quale finalità principale quella di assistere il privato che ritiene di essere stato leso e, solo in via secondaria e residuale, quella di fungere da "deterrente" a ulteriori violazioni del diritto dell'Unione da parte dello Stato membro[92]. Pur non comportando alcun genere di tutela reale, l'azione di risarcimento potrebbe perfino essere più vantaggiosa per i privati, in ter-

[88] *Ivi* punto 31.

[89] Un ulteriore rimedio potrebbe essere quello del ricorso individuale alla Corte europea dei diritti dell'uomo *ex* art. 34 CEDU, in particolare, per violazione del diritto a un equo processo. Se è vero che questo ricorso potrebbe supplire alla mancanza di tutela nei confronti del singolo, si deve anche considerare la sua collocazione esterna rispetto al sistema dell'Unione: per tale motivo, pur dando conto della sua esistenza nel panorama giurisdizionale, non verrà preso in considerazione ai fini del presente contributo.

[90] Sul rapporto tra i due strumenti di tutela cfr. *inter alia* A. DI MARCO, *La responsabilità extracontrattuale dello Stato per violazioni del diritto dell'Ue*, Napoli, 2017; F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2008; G. DI FEDERICO, *Risarcimento del singolo per violazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali: il cerchio si chiude?*, in *Riv. dir. intern. priv. e proc.*, 2004, p. 133 ss.

[91] È ormai pacifico il diritto del singolo a ottenere il risarcimento del danno anche qualora la violazione del diritto dell'Unione sia imputabile a una giurisdizione suprema di uno Stato membro, sul punto cfr. sentenza del 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*.

[92] Una limitata funzione deterrente dell'azione di risarcimento del danno si potrebbe individuare nel momento in cui si considera che quest'ultima rappresenta, ad ogni modo, una reazione più immediata e diretta alle violazioni del diritto "comunitario" rispetto al sistema sanzionatorio della procedura d'infrazione. Tale procedura prevede infatti un *iter* piuttosto lungo, spesso condizionato da opportunità politiche e, sempre, caratterizzato da una marcata discrezionalità nell'agire da parte della Commissione.

mini di *chances* di successo, rispetto al ricorso per motivi di giurisdizione *ex* art. 111, ottavo comma, Cost.: in effetti, la prima avrebbe il pregio di permettere al singolo danneggiato di confrontarsi con un nuovo giudice, del tutto estraneo al contesto conflittuale che si creerebbe (e si è spesso creato) dinanzi alla Corte di Cassazione; inoltre, ciò significherebbe poter intraprendere *ex novo* l'intero *iter* giudiziario, così che il singolo avrebbe a disposizione tutti i gradi di giudizio per ottenere il riconoscimento della violazione del diritto dell'Unione e il conseguente risarcimento dei danni nei suoi confronti, non rimettendo le sue ultime speranze unicamente nelle mani della Suprema Corte[93]. D'altra parte, com'è evidente, una pronuncia sfavorevole da parte di quest'ultima non impedirebbe al privato di intraprendere, successivamente, la via dell'azione di risarcimento, il quale, per contro, prevede requisiti molto stringenti al fine del suo riconoscimento (*in primis* la violazione del diritto dell'Unione deve essere sufficientemente caratterizzata, ovvero "grave e manifesta"), circostanza che spesso ne ha disincentivato la proposizione.

D'altro canto, è indubbio che, ai fini della garanzia dell'efficacia del diritto dell'Unione in termini di coerenza dell'ordinamento nazionale con il sistema "comunitario" e di ripristino della legalità del medesimo, la procedura di infrazione appare lo strumento più idoneo. Quest'ultima, tuttavia, è caratterizzata da un approccio più "internazionalistico", nonché "pubblicistico-sanzionatorio": essa si fonda infatti, essenzialmente, sull'accertamento dell'inadempimento al diritto dell'Unione da parte dello Stato membro, prescindendo invece dall'esistenza di un qualsiasi danno da ciò derivante; la sua attivazione è, inoltre, essenzialmente rimessa alla discrezionalità della Commissione (o, tuttalpiù, a quella degli Stati membri), senza che i singoli soggetti danneggiati possano in alcun modo figurare tra i legittimati attivi[94]. Per di più, anche nel caso in cui la Commissione deci-

[93] Sul punto cfr. G. TESAURO, *cit.*, 16 dicembre 2020, p. 248, il quale afferma che, ad ogni modo, "non può in alcun modo giustificarsi l'impossibilità di ricevere tutela reale sul presupposto che è possibile attivare rimedi di tipo risarcitorio, giacché l'illegittimo esercizio di un potere deve sempre condurre, in via primaria, alla tutela reintegratoria [...]. In caso contrario, si andrebbe incontro ad un'inversione logico-giuridica pericolosa e in totale violazione del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale".

[94] I singoli, anche qualora non abbiano subito direttamente un pregiudizio, se ritengano sussistente una violazione del diritto dell'Unione da parte di uno Stato membro, possono tuttalpiù indirizzare un esposto alla Commissione, con il quale richiedono a quest'ultima l'avvio della procedura d'infrazione. Tale esposto viene effettuato tramite la compilazione di un "modulo di denuncia", predisposto dalla Commissione e disponibile a questo indirizzo internet. Sull'assenza del requisito del danno in capo ai singoli ai fini del reclamo cfr. sen-

desse di avviare una tale procedura, tramite la quale venisse accertata la violazione del diritto dell'Unione da parte dello Stato membro (per fatto del giudice), essa non recherebbe alcun beneficio diretto al singolo danneggiato, se non quello di fornire, nel caso in cui intervenga entro il termine di prescrizione, una solida base ai fini dell'azione di risarcimento del danno sopra citata, risultando di fatto già provata la menzionata condizione della violazione "grave e manifesta" (notoriamente la più complessa da dimostrare)[95].

Così descritti, entrambi i rimedi presentati parrebbero essere effettivamente insoddisfacenti.

In realtà, tuttavia, al di là delle possibilità "indirette e succedanee" non appena enunciate, esiste un apposito strumento all'interno del sistema dell'Unione, atto a intervenire preliminarmente, ovvero prima e proprio allo scopo di evitare che la violazione del diritto "comunitario" venga effettivamente posta in essere (anche) da parte del giudice, così da garantire sia la piena efficacia del diritto dell'Unione, sia la tutela dei singoli soggetti che si sono con esso interfacciati[96]. Come noto, lo strumento in questione è il rinvio pregiudiziale di interpretazione. Il nocciolo dell'intera discussione può essere ricondotto, pertanto, proprio alla circostanza in cui il giudice di ultima istanza, come nel caso in esame, abbia deciso di non rinviare alla Corte di giustizia, così da vanificare la possibile utilità di tale meccanismo. Sempre astraendo da considerazioni di merito sulla vicenda, l'eventualità che il Consiglio di Stato possa aver violato il diritto "comunitario", pronunciandosi nel senso di escludere la legittimazione ad agire dei ricorrenti di primo grado, deve essere in conclusione ricondotta all'eventualità che il Consiglio di Stato possa aver violato il medesimo diritto non effettuando un rinvio interpretativo alla Corte di giustizia. Tale rinvio gli avrebbe consentito infatti di "agire d'anticipo", assicurandosi di applicare correttamen-

tenza del 22 aprile 2010, causa C-423/07, *Commissione c. Spagna*.

[95] Il risarcimento del danno non è mai subordinato a una previa constatazione da parte della Corte di giustizia dell'inadempimento dello Stato membro; nel caso in cui intervenisse una sentenza della Corte in sede di infrazione, tuttavia, ciò sarebbe utile al ricorrente per dimostrare l'esistenza dei presupposti per condannare lo Stato responsabile al risarcimento dei danni. In tal senso cfr. sentenza del 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*, *cit.*, punto 56, in cui si afferma che "una violazione del diritto comunitario è sufficientemente caratterizzata allorché la decisione di cui trattasi [ovvero, la decisione dell'organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado che si sostiene aver violato il diritto dell'Unione] è intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in […] materia".

[96] Sul punto cfr. G. GRECO, *cit.*, 2020, p. 81.

te il diritto dell'Unione e, in questo modo, evitando che se ne perpetrasse una violazione.

D'altra parte, il rinvio pregiudiziale è anch'esso uno strumento che esula dalla disponibilità dei privati, la cui operatività è, in fin dei conti, rimessa alla discrezionalità del giudice nazionale[97]: oltre alla nota giurisprudenza *CILFIT*[98], infatti, altri sono gli *escamotages* con i quali il giudice potrebbe "temperare" il suo obbligo di rinvio, così da decidere di per sé la risoluzione della controversia. Alcune di queste si rifanno alla stessa interpretazione dell'art. 267 TFUE (in particolare, alla definizione di "organo giurisdizionale" o di "questione pregiudiziale" ai fini del rinvio pregiudiziale); altre si fondano su una strumentalizzazione del principio di sovranità dello Stato membro, perlomeno per quanto concerne il "rispetto dei principi fondamentali dell'[...] ordinamento costituzionale o i diritti inalienabili della persona umana" (c.d. "teoria dei controlimiti")[99]; altre ancora, invece, approfittano del disordine che, ancor oggi, sembra sussistere in merito alla definizione dei rapporti tra ordinamento "comunitario" e ordinamento nazionale. In particolare – come anche già notato *supra*, § 4, in relazione al caso di specie – queste ultime traggono le loro ragioni dalla spesso labile linea di confine tra competenze dell'Unione e competenze dello Stato membro (il rinvio pregiudiziale opera infatti solo nelle materia di competenze dell'Unione) e dall'incertezza nell'individuazione del giudice a cui rivolgersi nel caso in cui venga in rilievo l'eventuale violazione dei diritti fondamentali (problema della cosiddetta "doppia pregiudiziale"), la quale, astrattamente, legittimerebbe una sorta di *forum shopping* del giudice *a quo*, che si troverebbe nelle condizioni di poter scegliere a quale giudice apicale, tra Corte di giustizia e Corte costituzionale, volersi rivolgere. D'altronde, come affermato nel paragrafo precedente, non esiste un rimedio *ad hoc* all'interno del nostro ordinamento nazionale per verificare, ed eventualmente sanzionare, l'operato del giudice di ultima istanza in tema di rinvio pregiudiziale, il cui obbligo rimane pertanto essenzialmente formale[100]. In effetti, tale operato potrà dare adito tuttalpiù, e come ricordato, ad

[97] G. ZAMPETTI, *cit.*, 2014, p. 6.

[98] Sentenza del 6 ottobre 1982, causa C-283/81, *CILFIT c. Ministero della Sanità*.

[99] Corte Cost., sent. 27 dicembre 1973, n. 183, punto 9. Peraltro, com'è noto, il termine "controlimiti" è stato coniato per la prima volta, proprio agli inizi degli anni Settanta, da Paolo Barile, maestro costituzionalista fiorentino, per indicare le *limitazioni* (erette a tutela dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana) *alle limitazioni* di sovranità a cui lo Stato ha acconsentito *ex* art. 11 della Costituzione.

[100] Sul punto cfr., anche, L. COUTRON (sous la direction de), *L'obligation de renvoi pré-*

una procedura *ex* art. 258 TFUE da parte della Commissione – come per altro avvenuto nel caso *Commissione c. Francia*[101] – o a un'azione di risarcimento del danno, rimedi rispetto ai quali si ripropongono, tuttavia, le considerazioni poc'anzi svolte in tema di idoneità in termini di garanzia dell'efficacia del diritto dell'Unione e di tutela dei singoli soggetti danneggiati.

Lo strumento del rinvio pregiudiziale, inoltre, proprio poiché consta in una procedura instaurata "da giudice a giudice", senza parti e di natura non contenziosa, richiede la collaborazione fra Corti, non solo nella fase di dialogo ascendente, ma anche in quella discendente: in altri termini, affinché venga garantita l'efficacia del diritto dell'Unione, non è sufficiente che il giudice nazionale effettui il rinvio alla Corte di Giustizia, ma è anche necessario che le sentenze pregiudiziali adottate da quest'ultima siano poi effettivamente rispettate da parte del giudice del rinvio. Diversamente, lo Stato membro incorrerebbe in una violazione del diritto "comunitario", nei confronti della quale, tuttavia, nel caso in cui quest'ultima venga posta in essere da un organo giurisdizionale di ultima istanza, saranno esperibili ancora una volta esclusivamente i rimedi succedanei precedentemente citati[102].

In conclusione, ad avviso di chi scrive, non sembra potersi rinvenire alcuna soluzione pienamente soddisfacente. E ciò, soprattutto se si considera che, anche il rimedio alla violazione del diritto dell'Unione introdotto dalla Corte di Cassazione tramite l'estensione della nozione di "motivi inerenti

judiciel à la Cour de justice: une obligation sanctionnée?, Bruxelles, 2014.

[101] Sentenza del 4 ottobre 2018, causa C-416/17, *Commissione c. Francia*. Ad ogni modo, non si può che osservare come tale eventualità rimanga del tutto marginale, considerando che tale caso è l'unico in cui la Corte di giustizia abbia mai sanzionato uno Stato membro per violazione dell'obbligo di rinvio.

[102] Nel presente contesto s'inserisce la recente ordinanza del Consiglio di Stato, sez. VI, 18 marzo 2021, n. 2327, con cui quest'ultimo rinvia pregiudizialmente alla Corte di giustizia chiedendo, alla lett. c) del quesito, se il diritto dell'Unione osti o meno ad un sistema, come quello nazionale italiano, che "non consente di usare il rimedio del ricorso per revocazione per impugnare sentenze del Consiglio di Stato confliggenti con sentenze della Corte di Giustizia, ed in particolare con i principi di diritto affermati dalla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale". La vicenda che ha dato origine a tale ordinanza verte, infatti, proprio sul supposto mancato rispetto da parte del giudice del rinvio, nel caso in esame il Consiglio di Stato, di quanto affermato nel giudizio di rinvio da parte del giudice "comunitario": ampliare la portata del rimedio della revocazione significherebbe, in effetti, evitare il consolidamento della violazione di diritto dell'Unione, offrendo ai singoli un ulteriore strumento per ottenere una tutela effettiva delle proprie posizioni giuridiche, non invece meramente succedanea e risarcitoria.

alla giurisdizione" pare fallace, dimostrando la sua vulnerabilità nel momento stesso in cui dovesse essere la medesima Corte Suprema, non solo il Consiglio di Stato, a operare in contrasto con il diritto "comunitario" e a non effettuare alcun rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia[103], riemergendo pertanto i già espressi dubbi sul quesito circa "chi controlla il controllore".

Alla luce dell'intera vicenda e di quanto argomentato nel presente contributo, non rimane che constatare che la violazione del diritto dell'Unione deve essere considerata come un'evenienza (purtroppo) possibile. Per far fronte a tale eventualità ogni ordinamento nazionale, come anche quello italiano, appresta determinati rimedi processuali, esauriti i quali, al singolo non può che rimanere la sola tutela "succedanea e indiretta", ovvero la via dell'azione risarcitoria.

[103] Sul punto, v. *supra*, § 5.

LIMITI DI ETÀ ED ACCESSO ALLA PROFESSIONE NOTARILE TRA DIRITTI FONDAMENTALI E SISTEMI CONTRIBUTIVI NAZIONALI

VALERIA CAPUANO*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I fatti all'origine della controversia. – 3. Il principio di parità di trattamento e la discriminazione in base all'età – 4. Possibili ipotesi di giustificazioni. – 4.1 La sostenibilità dei sistemi contributivi. – 5. Conclusioni.

1. La questione esaminata dalla sentenza della Corte di giustizia, *Ministero della Giustizia contro GN,* del 3 giugno 2021*,* che qui si commenta, ad un primo sguardo, si presenta di facile e condivisibile soluzione nel riconoscimento del diritto fondamentale di eguaglianza[1]. Eppure, uscendo dai semplici sillogismi giuridici in essa elaborati, la pronuncia in epigrafe ci appare meritevole di qualche approfondimento laddove, ancora una volta, la specifica ipotesi del divieto di discriminazione in ragione dell'età deve fare i conti con questioni legate a scelte interne di politica sociale e del lavoro[2]. È fatto ormai noto che la tutela dei diritti fondamentali trovi sempre più spazio all'interno della Corte lussemburghese[3], più problematico, invece, pare essere l'impatto che tali pronunce possono avere nell'ambito dei singoli Stati membri, qualora incidano su regolamentazioni senz'altro nazionali quali, ad esempio, quelle relative ai sistemi previdenziali. In un'Unione orientata verso l'affermazione di politiche sociali comuni (oggi

* Ricercatore di Diritto dell'UE presso l'Università di Napoli "Parthenope".

[1] Vero è che la causa è stata trattata senza le conclusioni dell'AG. Cfr. sentenza del 3 giugno 2021, causa C-914/19, *Ministero della Giustizia contro GN.*

[2] V. sentenza del 5 luglio 2017, causa C-190/16, *Fries;* del 15 novembre 2016, causa C-258/15, *Salaberria Sorondo*; del 19 aprile 2016, causa C-441/14, *Dansk Industri;* del 13 novembre 2014, causa C-416/13, *Vital Pérez;* del 6 novembre 2012, causa C-286/12*, Commissione c. Ungheria*; del 13 settembre 2011, causa C-447/09, *Prigge e a.;* del 12 gennaio 2010, causa C-229/08, *Wolf*; del 12 ottobre 2010, causa C-499/08*, Andersen;* del 19 gennaio 2010, causa C-555/07*, Seda Kücükdeveci*; del 16 ottobre 2007, causa C-411/05, *Palacios de la Villa;* del 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*.

[3] R. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri,* in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2011, p. 319; G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 4, 2011, p. 837.

più che mai inclini alla promozione degli interessi, *inter alia*, delle giovani generazioni),[4] la conclusione cui perviene la Corte, sancendo l'illegittimità di una normativa nazionale che pone un limite di accesso alla professione notarile ai maggiori di 50 anni, può apparire incongrua rispetto alle spinte di ricambio generazionale altrove invocate[5]. D'altra parte, il tema dell'*aging* si è rivelato spesso insidioso trincerando esso interessi di categoria anziché effettive rivendicazioni di giustizia sociale[6]. Tuttavia, tra le ipotesi di discriminazione l'età è quella che acconsente ad un più ampio margine di deroga[7]. Il fatto che la Corte non abbia riscontrato la presenza di cause di giustificazione nel caso in esame colloca questa decisione tra quella giurisprudenza in materia di discriminazioni fondate sull'età che applica in materia restrittiva le deroghe ammesse dallo stesso legislatore europeo[8]. Il presente contributo si propone di indagare sull'effettiva portata e sulle conseguenze di tale scelta interpretativa del giudice UE.

2. I fatti all'origine della controversia muovono da un provvedimento cautelare del TAR Lazio con il quale la ricorrente, pur avendo già oltrepassato il limite di età di 50 anni prescritto tra le condizioni preclusive all'accesso al concorso notarile, veniva ammessa alla partecipazione alle prove selettive, accertata la sussistenza dell'urgenza e della estrema gravità della domanda attorea. Superata la selezione sia scritta che orale, la ricorrente veniva invitata dal Ministero competente a presentare i documenti necessari per la nomina a notaio. In conseguenza di ciò il giudice di prime cure accertava con sentenza la sopravvenuta carenza di interesse al ricorso, tale pronuncia veniva per questo appellata dal medesimo Ministero della Giustizia sul presupposto che il TAR avrebbe dovuto respingere il ricorso e non avrebbe dovuto attribuire rilevanza al superamento delle prove del

[4] COM (2021)102 final, del 4 marzo 2021, *Piano d'azione sul pilastro europeo dei diritti sociali.*

[5] Cfr. sentenza del 10 novembre 2016, causa C-548/15*, de Lange*; del 21 luglio 2011, cause C-159/10 e C-160/10 *Fuchs e Kohler*; *Kucukdeveci*, cit. G. D'ALESSIO, M. M. C. COVIELLO, *"Prepensionamento progressivo" e "ricambio generazionale" nel lavoro privato e nel lavoro pubblico. I principi del diritto europeo e i recenti interventi legislativi italiani*, in *Lavoro nelle Pubbliche amministrazioni*, n. 5, 2015, p. 611.

[6] J. DAVIES (ed.), *Age discrimination*, Alphen aan den Rijn, 2007; M. SERGEANT, *Age discrimination in Employment*, Aldershot, 2006; S. FREDMAN, S. SPENCER (eds.), *Age as an Equality issue: legal and policy perspective*, London, 2003.

[7] R. COSIO, *La discriminazione per età*, in *Lavoro, Diritti Europa*, n. 2, 2019, p.1.

[8] D. SCHIEK, *Age discrimination before the ECJ – conceptual and theoretical issues*, in *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, p.779.

concorso in attesa della sentenza definitiva. Il Consiglio di Stato accogliendo l'appello contro la declaratoria di improcedibilità del ricorso proposto in prima istanza proponeva, *inter alia*, la rimessione della questione pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE al fine di accertare se l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, l'art. 10 del TFUE e l'art. 6 della direttiva del Consiglio 2000/78/CE[9], nella parte in cui vietano discriminazioni in base all'età ostino alla fissazione del limite di età predisposto dal bando in questione sulla base della normativa nazionale (art. 1, comma 3, lett. b, della legge n. 1365 del 1926, come sostituito dall'art. 13 del d.lgs. n. 166 del 2006).

In altre parole, la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della suddetta normativa nazionale con le riportate disposizioni comunitarie volte a sancire il divieto di discriminazione in base all'età, indagando in particolare sull'esistenza di possibili ipotesi di giustificazioni al limite sopra descritto. Nell'ordinanza di rinvio il Consiglio di Stato ricorda che "la direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 settembre 2005, sul riconoscimento delle qualifiche professionali, stabilisce all'art. 2 che essa si applica a tutti i cittadini di uno Stato membro che vogliano esercitare, come lavoratori subordinati o autonomi, compresi i liberi professionisti, una professione regolamentata in uno Stato membro diverso da quello in cui hanno acquisito le loro qualifiche professionali (comma 1), *mentre non si applica ai notai nominati con atto ufficiale della pubblica amministrazione* (comma 4)"[10]. Pertanto, chiede, in prima battuta, di accertare l'ipotesi che la professione notarile rientri nell'ambito del processo di armonizzazione tra normative nazionali ed UE e, quindi, - attesa l'autonomia degli Stati membri nel determinare le condizioni di accesso alle professioni nel rispetto dei parametri legislativi europei– di pronunciarsi sostanzialmente sul rispetto della normativa nazionale con il divieto di discriminazione in base all'età. Tale principio fondamentale trova poi attenzione in campo gius-lavoristico all'articolo 6 della direttiva 2000/78/CE, con il quale il legislatore UE ha codificato le deroghe al divieto di discriminazioni in base all'età. Ai sensi di quest'articolo "[…] gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da

[9] Direttiva n. 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

[10] V. ordinanza di rinvio del Consiglio di Stato del 28 novembre 2019, punto 7.

una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari". La disposizione prosegue individuando alcune possibili giustificazioni alla disparità di trattamento, tra cui "la fissazione di un'età massima per l'assunzione basata sulle condizioni di formazione richieste per il lavoro in questione e la necessità di un ragionevole periodo di lavoro prima del pensionamento". Ai sensi di tale ultima normativa il giudice nazionale interroga, pertanto, la Corte di giustizia altresì sull'esistenza nel caso in questione di possibili cause di giustificazione[11].

Come anticipato, la sentenza in epigrafe ha interpretato le rilevanti norme UE quali ostative del limite di 50 anni prescritto dalla normativa nazionale e, in aggiunta, non ha ritenuto sufficienti né esaustive nessuna delle finalità avanzate dal Governo italiano quali legittime deroghe del requisito discriminante.

3. Al fine di comprendere a pieno la portata e il valore della pronuncia va, quindi, anzitutto analizzato il principio di non discriminazione. Come bene evidenziato in dottrina, esso è una declinazione del più ampio principio di eguaglianza che nella sua veste primordiale di principio generale del diritto non ammette giustificazioni di sorta, invitando semplicemente l'interprete a non trattare in modo simile situazioni diverse e viceversa, in ossequio alla classica interpretazione sostanzialistica del principio in parola.[12] Norme quali l'art. 10 TFUE e l'art. 21 della Carta di Nizza codificano questo principio elencando le ipotesi più frequenti attraverso cui le diseguaglianze possono essere perpetrate. La previsione di puntuali motivi, come il sesso, la razza, l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età e l'orientamento sessuale, consentono così di indirizzare l'apprezzamento delle condotte discriminatorie su casi specifici e relative ipotesi giustificatrici. Orbene, come illustrato anche in studi sociogiuridici l'età costituisce un parametro certamente diverso dagli altri motivi: tutti i giovani diventeranno anziani, mentre non c'è altrettanta certezza negli altri casi[13]. Appare comprensibile in tal senso che l'età sovente più

[11] R. HORTON, *Justifying age discrimination in the EU*, in U. BELAVUSAU, K. HENRARD (eds.), *Eu anti-discrimination law beyond Gender*, London, 2018, p. 273.

[12] E. ELLIS, P. WATSON, *EU Anti-discrimination Law*, Oxford, 2012.

[13] "Another significant distinction in respect of age-based affirmative action is that, whereas whites never become black, and only rarely do males becomes female, the young do become old. In other words we should expect lesser hostility from the "majority" group,

che un elemento di discriminazione si impone nelle normative nazionali quale requisito necessario al perseguimento di politiche sociali e del lavoro[14]. Su questo presupposto lo stesso legislatore europeo con la direttiva 2000/78 in materia di occupazione e di lavoro contestualizza ulteriormente tale principio avendo tale atto lo scopo dichiarato, tra l'altro, di stabilire un quadro generale di parità e uguaglianza assicurando protezioni effettive contro le discriminazioni basate, anche, sull'età. In tal modo il principio di non discriminazione prende corpo e consente una tutela effettiva nello specifico contesto giuslavorista non solo nella disciplina di rapporti già instaurati ma anche nell'ambito delle condizioni atte a disciplinare l'accesso, nonché i sistemi di uscita dal mondo del lavoro. L'art. 2 della direttiva 2000/78, intitolato "Nozione di discriminazione" stabilisce che "Ai fini della presente direttiva, per "principio della parità di trattamento" si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'articolo 1. Sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga". L'art. 3 della direttiva 2000/78, intitolato "Campo di applicazione", al n. 1 prevede poi che la "direttiva si applica a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico, per quanto attiene: *a*) alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione indipendentemente dal ramo di attività […]".

Su questo presupposto la Corte di giustizia, nel caso che si commenta, ha avuto gioco facile nello statuire l'esistenza di una disparità di trattamento ove, l'art. 1 della legge n.1365/1926 ha come conseguenza un divieto di accesso al concorso "per il solo fatto di aver raggiunto i 50 anni di età"[15].

Il divieto di accesso all'occupazione per requisiti legati all'età è stato a più riprese oggetto della giurisprudenza della Corte che, nella maggior parte dei casi, ha ritenuto che le rilevanti normative nazionali non costituissero

as in this case they stand to benefit in their turn" così P. RIACH, J. RICH, *An experimental investigation of age discrimination in the English labor market*, in *IZA Discussion Paper No.3029*, Sept. 2007; R. BLANPAIN, *Le differenze di trattamento e la discriminazione connessa all'età: una società per tutte le età*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 4, 2005, p. 942.

[14] V. sentenza del 5 marzo 2009, causa C-388/07, *Age Concern England c. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform.*

[15] V. punto 26 della sentenza in commento. V. anche *Wolf,* cit.

una discriminazione o, eventualmente, fossero giustificate da proporzionati e ragionevoli motivi di politica occupazionale[16]. Senz'altro un elemento che lega molti di questi casi è la prestanza fisica richiesta dalle professioni indagate nei casi di specie (polizia, vigili del fuoco), che ha certamente agevolato la valutazione circa la legittimità del limite di età[17]. D'altronde, è la medesima direttiva 2000/78 a prevedere che essa "non può avere l'effetto di costringere le forze armate nonché i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso ad assumere o mantenere nel posto di lavoro persone che non possiedano i requisiti necessari per svolgere l'insieme delle funzioni che possono essere chiamate ad esercitare, in considerazione dell'obiettivo legittimo di salvaguardare il carattere operativo di siffatti servizi"[18]. Nondimeno, nel caso *Vital Perez*[19] la Corte ha ritenuto illegittima e non giustificata la normativa nazionale che limitava l'assunzione come agenti di polizia locale polizia all'età massima di 30 anni. Nel caso di specie, diversamente dai casi *Sorando* e *Wolf,* quello che ha reso la disposizione nazionale contraria al diritto dell'UE e priva di giustificazione ci sembra sia stato il complessivo quadro normativo interno che rivelava una disparità manifesta fra le normative delle Comunità autonome relative agli agenti della polizia locale per quanto attiene alla fissazione di un'età massima per accedere a detta professione. Difatti, talune normative, la fissavano in 30 anni o più (35, 36, 40), mentre altre Comunità autonome addirittura non stabilivano alcun limite.[20] Poiché il bando di concorso indetto al fine di coprire i posti di agenti della polizia locale prevedeva che i candidati dovevano possedere "le condizioni fisiche e psichiche adeguate per l'esercizio delle funzioni proprie dell'incarico da svolgere e per sostenere le prove fisiche", la Corte ha ritenuto che la speciale condizione fisica richiesta per lo svolgimento di queste prove fosse una modalità meno restrittiva ma comunque funzionale al raggiungimento degli obiettivi prefissati rispetto alla fissazione di un'età massima.

Orbene, a prescindere dai singoli casi, è ragionevole affermare che qualora l'età si imponga come limite all'accesso ad una determinata occupazione senza collegarlo ad ulteriori esigenze legate allo svolgimento della

[16] V. sentenza del 19 luglio 2017, causa C-143/16, *Abercrombie*; sentenza 15 novembre 2016 *Sorondo*, cit; sentenza 13 novembre 2014, *Vital Perez*, cit.; *Wolf*, cit.

[17] Secondo una costante giurisprudenza, il possesso di capacità fisiche particolari è una caratteristica legata all'età v. sentenze *Wolf*, cit., punto 41, nonché sentenza *Prigge e a.*, cit.

[18] Considerando 18.

[19] V. *Vital Perez* cit.

[20] *Vital Perez* cit., punto 50.

prestazione lavorativa, tale condizione appare con buone probabilità discriminatoria. Nel caso della professione notarile, infatti, la preclusione prevista dal bando non sembra in alcun modo legata a tali motivi, considerando che l'esercizio dell'attività intellettuale non è certamente indebolito ove svolto da lavoratori più maturi che, anzi, possono aver esercitato nel frattempo altre professioni legali, sviluppando addirittura maggiori competenze[21]. In aggiunta, in altri Stati membri ove vige analogo modello di notariato latino non vi è alcun limite (Spagna) o esso è fissato al raggiungimento del settantesimo anno di età (Francia), a riprova dell'arbitrarietà del limite fissato nel bando italiano.

4. In virtù delle considerazioni appena effettuate, la Corte di giustizia ha facilmente accertato l'illegittimità della normativa nazionale. Nondimeno, come sopra rilevato, il divieto in parola ammette un ampio margine di ipotesi derogatorie che la Corte ha dovuto valutare.

Invero la stessa direttiva 2000/78, proprio in relazione al requisito dell'età, specifica che "il divieto di discriminazione basata sull'età costituisce un elemento essenziale per il perseguimento degli obiettivi definiti negli orientamenti in materia di occupazione e la promozione della diversità nell'occupazione. Tuttavia, in talune circostanze delle disparità di trattamento in funzione dell'età possono essere giustificate e richiedono pertanto disposizioni specifiche che possono variare secondo la situazione degli Stati membri. È quindi essenziale distinguere tra le disparità di trattamento che sono giustificate, in particolare, da obiettivi legittimi di politica dell'occupazione, mercato del lavoro e formazione professionale, e le discriminazioni che devono essere vietate"[22]. La direttiva 2000/78 conferma la tesi per cui nell'ambito delle misure antidiscriminatorie l'applicazione del requisito dell'età costituisce un parametro certamente più mobile laddove elementi come la definizione dell'età pensionabile, la fissazione di condizioni minime di età legate alla formazione o la necessità di un ragionevole periodo di lavoro prima del pensionamento costituiscono ragionevoli motivi atti a giustificare la fissazione di tale limite.

La Corte sul punto ha ribadito che "gli Stati membri dispongono di un ampio margine di discrezionalità non solo nella scelta di perseguire uno scopo determinato fra altri in materia di politica sociale e di occupazione,

[21] G. CONTE, *The Role Played by the Legal Profession in the Global Market Context in View of Renewing the Legal Culture,* in *European Business Law Review*, 2012, p. 139.

[22] V. considerando 25 della direttiva n. 2000/78.

ma altresì nella definizione delle misure atte a realizzarlo. Tuttavia, tale margine discrezionale non può avere l'effetto di svuotare di contenuto l'attuazione del principio di non discriminazione in ragione dell'età"[23].

Come evidenziato dal giudice di rinvio, dalla legge n. 1365/1926 non sono ricavabili gli scopi perseguiti attraverso la fissazione del limite di età. Nondimeno, la Corte ha rammentato che l'assenza di puntuali spiegazioni nell'ambito delle singole normative non preclude automaticamente la possibilità di poter individuare, in sede di accertamento giurisdizionale, motivazioni idonee a giustificare la misura in esame.[24] In tal senso la Corte ha proceduto all'analisi delle osservazioni scritte del governo italiano secondo cui la normativa nazionale di cui trattasi persegue tre obiettivi: *in primis*, assicurare lo svolgimento dell'attività notarile per un periodo congruo a salvaguardare la sostenibilità del sistema previdenziale, in seconda battuta, garantire un elevato grado di professionalità e, in ultimo, favorire il ricambio generazionale.

Partendo dall'ultima condizione la Corte ha confermato, ancora una volta, che la promozione delle assunzioni e le politiche occupazionali a favore dei giovani costituiscono obiettivi espressamente enunciati dallo stesso art. 6 della direttiva 2000/78[25]. Nel caso di specie, la sentenza ha però evidenziato che non vi sono "elementi diretti a dimostrare che le diverse fasce di età potrebbero entrare in concorrenza tra loro sul mercato del lavoro specifico delle attività notarili"[26], potendo i notai esercitare la loro attività fino a 75 anni. Inoltre, la Corte ha ricordato che nell'ambito del concorso notarile in oggetto erano risultati vincitori 419 candidati su un bando di 500 posti, a riprova del fatto per cui un eventuale ampliamento del numero dei partecipanti non sarebbe andato a diretto nocumento degli *under* 50. La mancata assegnazione della totalità dei posti prova, secondo la Corte, che l'obiettivo del ricambio generazionale e del ringiovanimento del notariato nel caso di specie non siano garantiti dalla fissazione del limite di età che, dunque, appare andare oltre quanto necessario a garantire i predetti obiettivi[27].

[23] V. punto 30 della sentenza in commento. V. anche sentenza del 12 ottobre 2010, causa C-499/08, *Ingeniørforeningen i Danmark*, punto 33 e giurisprudenza ivi citata

[24] V. punto 32 della sentenza in commento

[25] Da ultimo, sentenza del 19 luglio 2017, *Abercrombie & Fitch Italia*, cit., punto 37 e giurisprudenza ivi citata

[26] V. punto 39 della sentenza in commento.

[27] V. punto 50 della sentenza in commento.

Esclusa questa ipotesi, la Corte non ha giudicato sussistente nemmeno la giustificazione che la limitazione in oggetto fosse volta a garantire un elevato grado di professionalità. A tal riguardo, la Corte ha richiamato le osservazioni presentate in giudizio dalla Commissione secondo cui, conformemente alla normativa nazionale, il candidato al concorso notarile deve essere laureato in giurisprudenza ed avere effettuato una pratica notarile di 18 mesi, cui deve aggiungersi, in caso di superamento del concorso, un periodo di tirocinio obbligatorio di 120 giorni prima dell'immissione in ruolo.[28] Di conseguenza, anche tale giustificazione – in astratto ammissibile – non ha trovato spazio nei fatti di causa ove il limite di 50 anni non incide sui tempi della formazione stabiliti dalla normativa nazionale.

Infine, in merito alla prima giustificazione relativa alla sostenibilità del sistema contributivo il medesimo articolo 6, paragrafo 1, lettera c), consente la fissazione di un'età massima per l'assunzione, basata sulla necessità di un ragionevole periodo di lavoro prima del pensionamento. Sul punto la Corte ha assunto dal fascicolo presentato in udienza che, in forza dell'articolo 10 del regolamento relativo all'attività di previdenza sociale e di solidarietà della Cassa Nazionale del Notariato (che è l'organo che gestisce tale regime in Italia) il diritto alla pensione per i notai è subordinato all'aver esercitato tale professione per 20 anni, con l'ulteriore condizione per cui l'età massima consentita per esercitare tale professione (ai sensi dell'articolo 7 della legge n. 1365/1926) è 75 anni. In tal senso, il giudice lussemburghese anche in tale occasione ha accertato l'assenza di giustificazione al limite imposto dalla normativa nazionale[29]. Secondo il giudice, la tenuta del sistema contributivo sembra essere collegata alla durata minima dell'esercizio della professione (20 anni), per cui il limite di 50 anni – con un computo piuttosto schematico ed approssimativo - non è parso un elemento realmente ostativo alla maturazione del diritto alla pensione. Anche in questo caso, come per le altre ipotesi sopra esaminate, la Corte ha ricordato, infine, che è compito del giudice del rinvio verificare la effettiva esistenza di tali condizioni. Invero dal tenore della sentenza non pare che al giudice *a quo* resti ampio margine di manovra per disattendere le indicazioni piuttosto chiare del giudice lussemburghese. A conferma di ciò, lo stesso legislatore nazionale con decreto del 17 giugno 2021 si è perento-

[28] V. punto 35 della sentenza in commento.
[29] V. punto 33 della sentenza in commento.

riamente adeguato al dispositivo della sentenza riaprendo i termini dell'ultima procedura concorsuale ai maggiori di anni 50[30].

4.1. Con riguardo a quest'ultima giustificazione del governo italiano e la conseguente interpretazione offerta dalla Corte, ci sembra che il discorso non si possa considerare esaurito, meritando ulteriori riflessioni. Indubbiamente il profilo dell'accesso all'occupazione va ontologicamente distinto dalle fattispecie relative all'uscita e, dunque, dalle questioni relative all'età pensionabile[31]. Eppure, la sostenibilità dei sistemi contributivi pare un aspetto che concerne l'intero *iter* dei percorsi occupazionali[32], e la professione notarile non fa eccezione a tale impostazione, seppur caratterizzata da forti peculiarità. In particolare, l'art. 10, comma 1, dello Statuto della Cassa Nazionale del Notariato - adottato in forza dell'art. 1, comma 4, D. Lgs. 30 giugno 1994, n. 509 – sancisce che "associati alla Cassa sono tutti i Notai in esercizio, a fare tempo e per effetto dalla prima iscrizione a ruolo e per tutta la durata dell'esercizio dell'attività lavorativa. Gli associati, in quanto Notai in esercizio, hanno l'obbligo di versare i contributi e fruiscono delle provvidenze specificamente previste". Aderendo ad un sistema solidaristico, l'art. 10 dello Statuto della Cassa Nazionale del Notariato consente di garantire l'equilibrio di bilancio nonché la regolare erogazione delle prestazioni agli iscritti, non solo delle pensioni. Infatti, durante tutta la vigenza del rapporto associativo, anche qualora il notaio non abbia ancora maturato il diritto a pensione, quest'ultimo ha diritto a prestazioni assistenziali e di mutua assistenza come l'assegno di integrazione in caso di mancato raggiungimento del minimo di onorari repertoriali e la pensione in caso di inabilità assoluta e permanente a proseguire nell'esercizio delle funzioni (art. 10, lett. b, reg. previdenza)[33]. Resta fermo che per quanto ri-

[30] Concorso a 300 posti di notaio indetto con d.d. 3 dicembre 2019 – Riapertura termini presentazione domande, in GURI 4a serie Speciale – concorsi ed Esami n. 48 del 16 giugno 2021.

[31] Sulla questione dell'età pensionabile (che riguarda anche, tra l'altro la categoria dei notai), v. *Commissione c. Ungheria*, cit. Si veda anche sentenza del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia* che concerne non solo profili di discriminazioni in base all'età quanto più complesse valutazioni in merito all'indipendenza della magistratura con commento di P. BÀRD, A. ŠLEDZINSKA SIMON, *On the principle of irremovability of judges beyond age discrination: Commission v. Poland*, in *Common Market Law Review*, 2020, p.1555.

[32] M. CINELLI, C. A. NICOLINI, *La previdenza nell'anno della pandemia*, in *Rivista Italiano Diritto del Lavoro*, n. 1, 2021, p. 25.

[33] Il diritto del notaio inabile al trattamento di quiescenza è, infatti, indipendente dall'anzianità di servizio e sorge anche nel caso in cui tale inabilità colpisca il notaio il gior-

guarda il diritto alla pensione, ai sensi dell'art. 18, Reg. Cassa Nazionale del Notariato, esso matura solo a seguito del versamento almeno ventennale di contributi, considerando inoltre che l'ammontare della pensione non dipende dall'entità dei contributi versati dal singolo iscritto (che si computa sul valore repertoriale dei singoli atti), ma esclusivamente dagli anni di esercizio professionale dell'interessato. Da questo quadro normativo se ne deduce agevolmente che l'accesso indistinto al concorso notarile sotto il profilo dell'età potrà ragionevolmente condurre a situazioni in cui i singoli notai, ove iscritti a ruolo in età avanzata, non riusciranno a maturare il diritto alla pensione, pur godendo durante gli anni di esercizio della professione di taluni diritti assistenziali. In uno scenario siffatto non pare peregrino immaginare che tra qualche anno si porrà all'attenzione della Cassa l'annosa questione della restituzione dei contributi versati e non goduti[34].

In tal senso, a nostro avviso, il Governo italiano avrebbe potuto argomentare con maggiore vigore questo elemento al fine di giustificare il limite disposto dalla normativa nazionale che, con grande probabilità, era stato introdotto originariamente proprio per scongiurare il pericolo di azioni di ripetizioni o, comunque, lo scardinamento di un sistema pensionistico di stampo solidaristico. Di converso, alla luce della sentenza della Corte in epigrafe, è facile ipotizzare che nuove sfide per il legislatore (qui delegato) si impongano. Una soluzione potrebbe essere, ad esempio, introdurre la possibilità per i notai che hanno raggiunto i 75 anni senza maturare i 20 anni di contributi di "riscattare" gli anni mancanti con il versamento delle annualità assenti calcolata sulla base della media dei contributi annualmente versati a livello nazionale. Ancora, potrebbe essere previsto un accordo con la Cassa Forense per i notai che non raggiungono il minimo dei 20 anni, ma che erano in precedenza iscritti all'Ordine degli Avvocati, al fine di recuperare i contributi ivi versati.

5. In definitiva, la pronuncia della Corte di giustizia rischia di creare un vulnus nel sistema contributivo del notariato italiano che, a parere di chi scrive, poteva essere scongiurato da una rappresentazione più puntuale e concreta delle rilevanti disposizioni nazionali da parte del Governo italiano in sede di osservazioni. In assenza di siffatta evidenza, il giudice comunitario ha giustamente proceduto ad un'interpretazione del diritto dell'UE

no successivo alla sua nomina; inoltre, qualora l'inabilità sia imputabile a cause di servizio la pensione è computata nel massimo del suo ammontare.

[34] Sul punto V. PAPPA MONTEFORTE, O. SPINOSO, *La vexata quaestio della restituzione dei contributi versati e non goduti ai fini pensionistici*, in *Notariato*, n. 1, 2021, p. 99.

sempre più sensibile al tema dei diritti fondamentali, anche in campo giuslavoristico[35], attraverso un'applicazione restrittiva delle deroghe relative alle esigenze di politica sociale. Le conseguenze della sentenza sono già visibili per quanto concerne l'accesso al concorso avendo il sopra citato Decreto del 17 giugno 2021 riaperto i termini il bando, eliminando il limite dell'età proprio in ossequio alla nostra sentenza. La tempestività del legislatore nazionale lascia presagire che anche il giudice del rinvio nel riassumere la sentenza deciderà sul singolo caso in senso conforme ai *dicta* lussemburghesi, non individuando nei fatti di causa elementi atti a ribaltare la conclusione ivi raggiunta[36]. In aggiunta occorre anche ricordare che, diversamente, si porrebbe senz'altro un problema in merito ai principi di certezza del diritto e legittimo affidamento; elementi, questi, che lo stesso Ministero appellante ha contribuito a infondere rispetto alla posizione giuridica della ricorrente. Imprevedibile è, come sopra precisato, la reazione della Cassa notarile che, seppure interessata in maniera mediata e non imminente, non potrà ignorare a lungo quanto stabilito dai giudici lussemburghesi.

In conclusione, ancora una volta, la giurisprudenza comunitaria rammenta agli Stati membri come il diritto dell'UE ed il relativo sistema di tutela dei diritti può insinuarsi in maniera sempre più capillare anche nelle politiche tradizionalmente considerate intime ed intangibili (come quelle che regolamentano i sistemi contributivi) e questo, soprattutto, grazie alla forte spinta impressa a livello europeo alla tutela dei diritti fondamentali[37]. Basti pensare ai noti casi *Mangold* e *Kücükdeveci*[38] in cui la Corte, oltrepassando gli stretti limiti funzionali dell'effetto diretto delle direttive, è giunta alla definizione di questioni di politica sociale grazie al riferimento al principio generale di non discriminazione. *A fortiori*, in un caso come quello in esame, dove il principio generale trova conforto e regolamentazione in una legislazione derivata, la possibilità di derogare e la valutazione della pro-

[35] V. anche sentenza del 3 giugno 2021, causa C-624/19, *K e a*, che afferma il principio di parità retributiva tra uomo e donna.

[36] Nell'attuale fase anche il rispetto delle pronunce pregiudiziali della Corte di giustizia è stato oggetto di dibattito proprio relativamente ai temi di politiche sociali e del lavoro di cui si discute cfr. R. HOLDGAARD, D. ELKAN, G.K. SCHALDEMOSE, *From cooperation to collision: the ECJ's Ajos ruling and the Danish Supreme Court's refusal to comply*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 17.

[37] G. TESAURO, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di Giustizia nell'evoluzione dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 3, 2013, p.483

[38] Su questa giurisprudenza ci permettiamo di rinviare a R. MASTROIANNI, V. CAPUANO, *Case law of European Court of Justice on the horizonatal effect of EU directives: recents developments*, in *European Employment Law Cases*, 2011, p. 33, e ai commenti ivi indicati.

porzionalità e congruità delle istanze nazionali necessitavano da parte dello Stato membro interessato qualche sforzo in più di approfondimento.

ULTRA VIRES E *RULE OF LAW*: A PROPOSITO DELLA RECENTE SENTENZA DEL TRIBUNALE COSTITUZIONALE POLACCO SUL REGIME DISCIPLINARE DEI GIUDICI

ANDREA CIRCOLO*

SOMMARIO: 1. Il rifiuto del primato del diritto dell'Unione nella sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 14 luglio 2021. – 2. Il contesto della pronuncia. – 3. Quando la violazione sistemica dello Stato di diritto incontra la teoria dell'*Ultra vires*.

1. "The second sentence of Article 4(3) of the Treaty on European Union (OJ 2004 No. 90, item 864/30, as amended), in conjunction with Article 279 of the Treaty on the Functioning of the European Union (OJ 2004 No. 90, item 864/2, as amended), in so far as the Court of Justice of the European Union imposes ultra vires obligations on the Republic of Poland, as a Member State of the European Union, by issuing provisional measures relating to the system and jurisdiction of Polish courts and the procedure before Polish courts, is incompatible with Article 2, Article 7, Article 8(1) and Article 90(1) in conjunction with Article 4(1) of the Constitution of the Republic of Poland and to that extent is not covered by the principles of primacy and direct applicability set out in Article 91(1) to (3) of the Constitution"[1].

Sono bastate poche righe a spazzare via quasi sessant'anni di giurisprudenza comunitaria e a sollevare una grossa scure – l'ennesima – sulla partecipazione della Polonia all'Unione europea. Secondo il Tribunale costituzionale polacco (sentenza P 7/20 del 14 luglio 2021), l'ordinanza con la quale la Corte di giustizia aveva richiesto l'immediata sospensione della legge che istituiva un nuovo regime disciplinare per i giudici è da considerarsi *ultra vires* e non può trovare applicazione nell'ordinamento interno[2]. Più nello specifico, il combinato disposto degli artt. 4, par. 3, TUE e 279 TFUE, nella misura in cui impone la sospensione cautelare della normativa nazionale ritenuta in contrasto con il diritto dell'Unione, risulterebbe in-

* Dottore di ricerca in diritto dell'Unione europea – Università degli Studi di Napoli *Parthenope*.

[1] La traduzione è dell'autore.

[2] Ordinanza della Corte del 8 aprile 2020, causa C-791/19 R, *Commissione/Polonia* (*Régime disciplinaire des juges*), spec. punto 78.

compatibile con le conferenti norme della Costituzione che regolano l'adattamento del diritto polacco al diritto dell'Unione.

2. L'ordinanza cautelare della Corte era intervenuta nell'ambito di un ricorso per infrazione azionato dalla Commissione, sul presupposto che la questione di incompatibilità di tale legge con l'art. 19 TUE apparisse, *prima facie*, non priva di serio fondamento.

Come è noto, difatti, l'impiego della procedura *ex* art. 258 TFUE aggiunge, nell'ottica di una tutela processuale completa ed effettiva, anche la possibilità di ottenere una tutela immediata in sede cautelare[3]. Dopo qualche perplessità iniziale che limitava l'applicazione delle misure cautelari ai soli ricorsi *ex* artt. 263, 265, 268 e 270 TFUE, la Corte ha ritenuto di poter riconoscere la tutela cautelare atipica *ex* att. 279 TFUE anche nell'ambito di un ricorso per inadempimento[4] al ricorrere dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. L'esitazione era legata alla possibilità, da parte della Corte, di sospendere l'applicazione di una normativa nazionale ritenuta *icto oculi* in contrasto con il diritto dell'Unione, con la conseguenza che la Corte si ritrovi ad avere giurisdizione su un atto di natura interna. Il ricorso per infrazione è infatti l'unico ricorso in contenzioso dinanzi alla Corte di giustizia che ha ad oggetto una normativa nazionale. Ed è proprio a tale circostanza che il Tribunale costituzionale polacco fa probabilmente appiglio – l'avverbio è d'obbligo, visto che attualmente è disponibile il solo dispositivo della sentenza.

Invero, ciò che è stato il motivo dell'iniziale ostacolo, è probabilmente oggi uno dei maggiori incentivi all'utilizzo della procedura di infrazione nell'ambito della tutela dei valori, dal momento che la Corte può incidere direttamente, seppur in maniera temporanea e con i limiti di cui alla cognizione cautelare, sulla situazione interna contrastante con le norme dei Trat-

[3] Sulle condizioni dell'azione cautelare nel processo dell'Unione, G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, II ed., Napoli, 2020, pp. 354 e 355.

[4] Sulla natura dell'art. 279 TFUE, si vedano per tutti A. TIZZANO, *I provvedimenti urgenti nel processo comunitario*, in AA. VV., *I processi speciali. Studi in onore di Virgilio Andrioli*, vol. IV, Napoli, 1979, p. 360 ss.; C. IANNONE, *Art. 279 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, p. 2203 ss.; M. CONDINANZI, *La protezione giurisdizionale cautelare avanti al Giudice dell'Unione europea: l'efficacia e l'equilibrio*, in AA. VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 190 ss., spec. pp. 201 e 202.

tati[5]. In realtà, la tutela che offre la pronuncia cautelare è addirittura superiore, negli effetti materiali, alla sentenza definitiva di accertamento. L'ordinanza cautelare, nella misura in cui ingiunge allo Stato membro un certo comportamento (come l'immediata sospensione di un atto nazionale), riesce a colmare la distanza di tutela dovuta al carattere meramente dichiarativo della sentenza di accertamento e avvicina tale pronuncia, nel risultato, a quella di annullamento, che, per evidenti ragioni di competenza, non potrebbe essere garantito dalla Corte.

3. Non è la prima volta che la Corte ha fatto uso di tale potere nell'ambito dei ricorsi per infrazione attivati dalla Commissione contro la Polonia: si ricordino l'ordinanza sulla sospensione delle misure nazionali che comportavano il prepensionamento di alcuni membri della Corte Suprema (e la nomina dei relativi sostituti)[6] e quella sulla foresta di *Białowieża*[7]. Ma non si aveva memoria – almeno sino ad oggi - di un'ordinanza cautelare della Corte disattesa da uno Stato membro. E il caso (?) ha voluto che, nello stesso giorno di pubblicazione della decisione del Tribunale costituzionale polacco, la Corte di giustizia abbia nuovamente fatto uso del

[5] Cfr. 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 *osservatoriosullefonti.it*, vol. XI, n. 1, 2018, pp. 14-17.

[6] Sentenza della Corte del 17 dicembre 2018, causa C-619/18 R, *Commissione c. Polonia* (*Indépendance de la Cour suprême*). V., in particolare, il dispositivo dell'ordinanza: "La Repubblica di Polonia è tenuta, immediatamente e sino alla pronuncia della sentenza definitiva nella causa C-619/18, sospendere l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 37, paragrafi da 1 a 4, e dell'articolo 111, paragrafi 1 e 1 *bis,* dell'ustawa o Sądzie Najwyższym (legge sulla Corte suprema), dell'8 dicembre 2017, dell'articolo 5 dell'ustawa o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw (legge di modifica della legge sull'organizzazione degli organi giurisdizionali di diritto comune, della legge sulla Corte suprema e di talune altre leggi), del 10 maggio 2018, nonché di qualunque provvedimento adottato in applicazione di tali disposizioni; ad adottare tutte le misure necessarie per garantire che i giudici del Sąd Najwyższy (Corte suprema, Polonia) interessati dalle suddette disposizioni possano continuare ad esercitare le proprie funzioni nella stessa posizione che occupavano alla data del 3 aprile 2018, data di entrata in vigore della legge sulla Corte suprema, godendo nel contempo dello status e di diritti e condizioni di lavoro identici a quelli di cui beneficiavano sino al 3 aprile 2018; ad astenersi dall'adottare qualsiasi provvedimento diretto alla nomina di giudici al Sąd Najwyższy (Corte suprema) in sostituzione di quelli interessati da dette stesse disposizioni, nonché qualsiasi provvedimento diretto a nominare il nuovo primo presidente di tale organo giurisdizionale o a designare la persona incaricata di dirigerlo al posto del suo primo presidente fino alla nomina del nuovo primo presidente".

[7] 27 luglio, 11 ottobre e 20 novembre 2017, causa C-441/17 R, *Commissione c. Polonia* (*Forêt de Białowieża*).

potere cautelare, proprio con riferimento alla legge che disciplina il funzionamento della Sezione disciplinare della Corte suprema polacca[8].

La sentenza del *Trybunał Konstytucyjny* non rappresenta soltanto un nuovo e serio attacco alla resistenza dello Stato di diritto in Polonia; ma arricchisce anche il filone delle pronunce *ultra vires* da parte delle Corti supreme nazionali[9], recentemente rinvigorito dal Tribunale costituzionale tedesco con la vicenda PSPP[10]. Sebbene i presupposti di fondo fossero del tutto differenti, molti avevano sottolineato il rischio di emulazione della pronuncia della *Bundesverfassungsgericht* da parte di Polonia e Ungheria. E a molti l'attivazione della procedura di infrazione nei confronti della Germania non sembrerà più un atto dovuto[11].

Oggi come allora, "trovare il coraggio per lasciare liberi di un sostanziale *opting out* o di *exit* i Paesi membri scontenti del rispetto dei principi della *Rule of Law* [è una] ipotesi sull[a] qual[e] c'è almeno da riflettere"[12].

[8] Sentenza della Corte del 14 luglio 2021, causa C-204/21 R, non ancora pubblicata (vicepresidente Silva de Lapuerta). Nel ricorso depositato dalla Commissione l'11 giugno 2021 si legge che "La Sezione disciplinare della Corte suprema, in considerazione delle circostanze della sua creazione, della sua composizione e delle competenze conferitele, non costituisce un organo giurisdizionale che rispetti i requisiti di un organo giurisdizionale indipendente ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1, TUE, in combinato disposto con l'articolo 47 della Carta. Di conseguenza, il mantenimento della sua competenza a conoscere le cause nei confronti di altri giudici nazionali riguardanti lo status e le condizioni di esercizio della funzione di giudice viola la loro indipendenza e costituisce una violazione dell'articolo 19, paragrafo 1, TUE".

[9] In passato, si vedano le sentenze Landtová e Ajos, rispettivamente della Corte costituzionale ceca (31 gennaio 2012, PL ÙS 5/12) e della Suprema corte danese (6 dicembre 2016, n. 15/2014).

[10] Bundesverfassungsgericht 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15. Sulla vicenda, v. R. ADAM, *Il controlimite dell´ultra vires e la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2020, p. 9 ss.; E. PERILLO, *De Karlsruhe au Kirchberg et retour: le long voyage, courageux mais prévisible, d´un tourmenté "ultra vires Urteil"*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2020, p. 127 ss.

[11] Primacy of EU law: Commission sends letter of formal notice to GERMANY for breach of fundamental principles of EU law, 9 June 2021 - ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_21_2743.

[12] G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco*, in *Osservatorio europeo DUE*, 11 maggio 2020, pp. 21 e 22.

CONTRATTI E ILLECITI NEL REGOLAMENTO BRUXELLES I-*BIS*: LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA NEL CASO *WIKINGERHOF*

FRANCESCA MAOLI*

SOMMARIO: 1. Inquadramento della vicenda ed il quesito posto alla Corte di giustizia. – 2. I fori speciali in materia contrattuale ed extra-contrattuale di cui al regolamento (UE) n. 1215/2012 (e già previsti dal regolamento (CE) n. 44/2001). – 3. Recenti sviluppi nella giurisprudenza della Corte di giustizia: i principi espressi nella sentenza *Wikingerhof*. – 4. Conclusioni: possibili conseguenze in punto di giurisdizione per i contratti conclusi con i gestori di piattaforme online.

1. La vicenda ha origine da un'azione proposta al giudice tedesco dalla società *Wikingerhof GmbH & Co. KG* (gestore di un albergo in Germania) contro la nota piattaforma Booking.com, avente sede legale nei Paesi Bassi. La società attrice lamentava la violazione delle norme tedesche in materia di concorrenza e di abuso di posizione dominante, in quanto si sarebbe trovata costretta ad accettare condizioni generali di contratto inique a fronte del potere contrattuale detenuto dalla Booking.com sul mercato dei servizi di intermediazione e dei portali di prenotazione alberghiera.

Il tribunale di primo grado e il giudice d'appello dichiaravano la propria incompetenza territoriale ed internazionale, ritenendo che nel caso di specie non ricorressero i presupposti per fondare la giurisdizione secondo la disciplina prevista dal regolamento (UE) n. 1215/2012. In particolare, i giudici tedeschi osservavano come non fosse possibile applicare né il foro speciale in materia contrattuale previsto dall'art. 7, n. 1, del regolamento – sulla base del luogo di esecuzione dell'obbligazione contrattuale dedotta in giudizio – né il foro speciale in materia di illeciti civili dolosi o colposi, di cui al successivo n. 2 del medesimo articolo e fondato sul luogo dell'evento dannoso. Inoltre, nel contratto concluso tra la Wikingerhof e la Booking era presente una clausola di *electio fori* in favore delle autorità giurisdizionali di Amsterdam (Paesi Bassi).

Il *Bundesgerichtshof* (Corte federale di giustizia), adito in sede di ricorso per cassazione, rilevava l'invalidità della clausola di proroga della giuri-

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Genova.

sdizione, in quanto stipulata in violazione dei requisiti stabiliti dall'art. 25 del regolamento (UE) n. 1215/2012. Con riferimento, invece, all'applicabilità di uno dei fori speciali di cui all'art. 7, il giudice tedesco proponeva un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, al fine di inquadrare correttamente la fattispecie nell'ambito della materia contrattuale o extracontrattuale. Il procedimento principale, infatti, aveva ad oggetto l'imposizione di determinate condizioni contrattuali da parte di un'impresa in posizione dominante, ritenute dall'attore contrarie alle norme di diritto della concorrenza, e delle quali si chiedeva l'immediata cessazione/disapplicazione. Occorreva pertanto stabilire se la domanda rientrasse nel campo di applicazione del foro speciale in materia di illeciti civili, o se al contrario dovesse ritenersi compresa nella materia contrattuale alla luce del rapporto sinallagmatico esistente tra le parti.

2. La disciplina sulla distribuzione della competenza giurisdizionale contenuta nel regolamento (UE) n. 1215/2012 – che trova il proprio antecedente storico nel regolamento (CE) n. 44/2001[1] – si ispira, come noto, agli obiettivi di integrazione economica e di buon funzionamento del mercato interno che caratterizzano l'azione dell'Unione europea (anche) nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile[2]. Dalla prospettiva del diritto internazionale privato e processuale europeo, l'agevolazione degli scambi commerciali transfrontalieri passa attraverso una più facile circolazione dei provvedimenti giurisdizionali e attraverso meccanismi che consentano di evitare i conflitti positivi o negativi di giurisdizione (e quindi il contrasto fra giudicati)[3]. I criteri di competenza giurisdizionale previsti

[1] 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.

[2] In argomento A. BONOMI, *Il diritto internazionale privato dell'Unione europea: considerazioni generali*, in A. BONOMI (a cura di*), Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, 2009, p. 12 ss.; F. POCAR, *The "Communitarization" of Private International Law and its Impact on the External Relations of the European Union*, in A. MALATESTA, S. BARIATTI, F. POCAR (eds.), *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, Padua, 2008, p. 3 ss. Con specifico riferimento ai regolamenti europei in materia civile e commerciale U. MAGNUS, *Introduction*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels Ibis Regulation – Commentary*, Köln, 2016, p. 1 ss.; S. M. CARBONE, C. E. TUO, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, Torino, 2016, p. 3 ss.

[3] Come espressamente previsto dall'art. 81 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che costituisce la base giuridica per l'adozione degli atti normativi nel settore della cooperazione giudiziaria civile. Si vedano R. CLERICI, *Articolo 81*, in F. POCAR, M. C. BA-

dal regolamento si incentrano, inoltre, sull'obiettivo di garantire una ragionevole prevedibilità del giudice competente.

In particolare, accanto al foro generale del domicilio del convenuto[4], il regolamento introduce alcuni fori speciali previsti per materie specifiche (a cui sia aggiungono i titoli di giurisdizione esclusiva e quelli a tutela della parte debole), che hanno natura facoltativa[5]. Pur restando ferma la competenza del giudice del domicilio del convenuto, nelle fattispecie indicate all'art. 7 del regolamento (UE) n. 1215/2012 l'attore ha la possibilità di radicare la controversia anche dinanzi ad un'altra autorità giurisdizionale[6].

Il criterio speciale di giurisdizione per le controversie in materia contrattuale prevede al n. 1, lettera a) che una persona domiciliata in uno Stato membro possa essere convenuta in un diverso Stato membro "davanti all'autorità giurisdizionale del luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio"[7]. Luogo di esecuzione che, come precisato dalla Corte di giustizia[8], deve essere individuato alla stregua della legge sostanziale appli-

RUFFI (a cura di), *Commentario breve ai trattati dell'unione europea*, Padova, 2014, p. 500 ss.; A. BONOMI, *Il diritto internazionale privato dell'Unione europea*, cit., p. 19 ss; R. CAFARI PANICO, *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia nel Trattato di Lisbona*, in M.C. BARUFFI (a cura di), *L'evoluzione del sistema comunitario a 50 anni dalla sua istituzione*, Padova, 2008, p. 51 ss.

[4] Art. 4 del regolamento (UE) n. 1215/2012.

[5] S. M. CARBONE, C. E. TUO, *Il nuovo spazio giudiziario*, cit., p. 85 ss.

[6] L'attribuzione di una possibilità di scelta in capo all'attore, nel contesto di un sistema improntato sul principio *actor sequitur forum rei*, è giustificata dalle specifiche caratteristiche della controversia e dai collegamenti, considerati rilevanti dal legislatore europeo, tra la stessa e una determinata giurisdizione. Sulla *ratio legis* che sottende la disposizione in esame vedi, per tutti, P. MANKOWSKI, *Article 7*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I* bis *Regulation*, cit., p. 143 ss. Non a caso, secondo una parte della dottrina le disposizioni in esame determinano sia la competenza internazionale che quella territoriale nell'ambito di uno Stato membro, avendo come obiettivo quello di designare direttamente il foro competente a livello locale, senza che occorra fare ricorso alle disposizioni di diritto processuale civile degli ordinamenti nazionali: così P. MANKOWSKI, *Article 7*, cit., p. 144. Diversamente F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (UE) n. 1215/2012 (rifusione)*, Padova, 2015, p. 110 ss. Vedi inoltre la sentenza della Corte di giustizia del 3 maggio 2007, causa C-386/05, *Color Drack GmbH*, punto 30, pubblicata anche in *Il Diritto Marittimo*, 2010, p. 483 ss., con nota di M. LOPEZ DE GONZALO. Sulla sentenza anche E. ADOBATI, *In caso di consegna di beni mobili in più luoghi di uno stesso Stato membro è competente a dirimere le controversie il giudice del luogo della consegna principale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2007, p. 746 ss.

7 Con una formulazione che si discosta, seppure lievemente, dal foro speciale in materia contrattuale già previsto dall'art. 5, n. 1, lettera a) del regolamento (CE) n. 44/2001, il quale faceva riferimento al "luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita".

8 Sentenza del 23 aprile 2009, causa C-533/07, *Falco Privatstifung*, punto 48 ss., e già

cabile al rapporto, da individuarsi in forza delle norme di diritto internazionale privato della *lex fori* oppure della eventuale normativa materiale uniforme esistente a livello internazionale e applicabile al contratto in oggetto[9]. La successiva lettera b), invece, ha natura speciale e regola due particolari fattispecie contrattuali, relative alle ipotesi di "compravendita di beni" e "prestazione di servizi": in tali ipotesi, il luogo di esecuzione è quello, situato in uno Stato membro, in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati (o i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati) in base al contratto[10].

Il foro speciale in materia extracontrattuale, dal canto suo, attribuisce competenza all'autorità giurisdizionale "del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire" (art. 7, n. 2 del regolamento (UE) n. 1215/2012)[11]. Il *locus commissi delicti* indicato dalla disposizione è da interpretarsi in via autonoma, con una definizione che – secondo le indicazioni fornite dalla Corte di giustizia – comprende sia il luogo dell'evento che il luogo in cui si è verificato il danno principale e diretto[12]. Si tratta del c.d. principio dell'ubiquità, secondo il quale, nell'ipotesi di illeciti complessi dove il *locus actus* ed il *locus damni* siano localizzati in Stati membri diversi, entrambi tali luoghi sono da considerarsi rilevanti ai fini della determinazione della competenza giurisdizionale.

Nel determinare il rispettivo campo di applicazione dei due fori speciali, la Corte di giustizia ha maturato nel corso del tempo un approccio fon-

con riferimento alla Convenzione di Bruxelles del 1968 la sentenza del 6 ottobre 1976, causa 12/76, *Industrie Tessil Italiana Como*; sentenza del 6 ottobre 1976, causa 14/76, *De Bloos*; sentenza del 29 giugno 1994, causa C-288/92, *Custom Made*. Vedi però, più di recente, la sentenza dell'11 novembre 2020, causa C-433/19, *Ellmes Property Services Limited*.

[9] In dottrina S. M. CARBONE, M. FRIGO, L. FUMAGALLI, *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milano, 2004, p. 16 ss.; P. FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale*, Padova, 2006, p. 371 ss.; C. SILVESTRI, *Il «forum contractus» nella convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 tra prospettive e retrospettive*, in *Foro Italiano*, 2000, IV, p. 430 ss.

[10] I criteri di competenza giurisdizionale previsti dalla lettera b) trovano applicazione solo nell'ipotesi in cui essi riconducano al giudice di uno Stato membro: in caso contrario, così come in tutte le altre ipotesi in cui sia impossibile applicare tali criteri, soccorre la regola residuale di cui alla successiva lettera c), che rinvia nuovamente alla regola generale in materia contrattuale di cui alla lettera a). Si veda la sentenza *Falco Privatstifung*, punto 43 ss.

[11] Sulla disposizione si vedano, *ex multis*, P. MANKOWSKI, *Article 7*, cit., p. 262 ss.; S. M. CARBONE, C .E. TUO, *Il nuovo spazio giudiziario*, cit., p. 119 ss.; P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato dell'Unione europea*, Torino, 2011, p. 91 ss.; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere*, cit., p. 157 ss.

[12] Sentenza del 30 novembre 1976, causa 21/76, *Mines de potasse d'Alsace*, punti 12 ss.

dato su nozioni autonome di diritto dell'Unione europea. Già a partire dalla analoga disposizione contenuta nell'art. 5, n. 3, del regolamento (CE) n. 44/2001 e della Convenzione di Bruxelles del 1968[13], si è affermato che i titoli di giurisdizione previsti, rispettivamente, in materia contrattuale ed extracontrattuale si escludono reciprocamente[14]. In particolare, la nozione di obbligazione derivante da un illecito civile doloso o colposo ha carattere residuale rispetto alla fattispecie avente natura contrattuale: secondo una definizione di tipo negativo, si ricade nella materia extracontrattuale tutte le volte in cui non ci si trovi di fronte ad un obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti dell'altra (caratteristica tipica delle obbligazioni di tipo contrattuale)[15].

Il medesimo approccio è stato ripreso nella più recente sentenza *Brogsitter*, dove la Corte di giustizia ha precisato che una controversia deve essere qualificata come rientrante nella materia contrattuale se le parti sono vincolate da un contratto e la condotta del convenuto è da considerarsi inadempimento di tale contratto[16]. Non è, pertanto, sufficiente che tra le parti sussista un rapporto di tipo contrattuale, essendo anche necessario che la domanda proposta dall'attore trovi la propria causa nella violazione dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto che vincola le parti[17]. Ne consegue che l'interpretazione del contratto in questione risulta indispensabile per stabilire la liceità o l'illiceità del comportamento rimproverato al

[13] Sussiste, infatti, una linea di continuità nelle decisioni della Corte di giustizia che vertono sull'interpretazione delle disposizioni contenute nella Convenzione di Bruxelles del 1968, nel regolamento (CE) n. 44/2001 e nel regolamento (UE) n. 1215/2012, ogniqualvolta le disposizioni di tali strumenti possono essere considerate equivalenti: sentenza dell'8 maggio 2019, causa C-25/18, *Brian Andrew Kerr*, punto 19; sentenza dell'8 luglio 2013, causa C-147/12, *ÖFAB*, punto 28 ss.

[14] Sentenza del 27 settembre 1988, causa C-189/87, *Kalfelis*, punto 17.

[15] Sentenza del 17 settembre 2002, causa C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA*, punto 21 ss. Per un commento alla sentenza, si vedano P. FRANZINA, *La responsabilità precontrattuale nello spazio giuridico europeo*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2003, p. 714 ss.; P. BERTOLI, *Criteri di giurisdizione e legge applicabile in tema di responsabilità precontrattuale alla luce della sentenza Fonderie Meccaniche Tacconi*, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2003, p. 109 ss.; P. LOMBARDI, *Brevi note sulla più recente giurisprudenza comunitaria relativa alla convenzione di Bruxelles del 1968: il caso Tacconi*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2002 p. 1259 ss.

[16] Sentenza del 13 marzo 2014, causa C-548/12, *Brogsitter*, punto 24. Si vedano anche la sentenza del 7 marzo 2018, cause C-274/16, C-447/16 e C-448/16, *Flightright GmbH*, punto 59 ss.; sentenza del 10 settembre 2015, causa C-47/14, *Holterman Ferho Exploitatie BV*, punto 70 ss.; sentenza del 4 ottobre 2018, causa C-337/17, *Feniks sp. z o.o.*, punto 40 ss.

[17] Sentenza *Brogsitter*, cit., punto 26.

convenuto[18]. Al contrario, nelle controversie aventi ad oggetto obbligazioni extracontrattuali, non è necessario esaminare il contenuto del contratto, in quanto la liceità o meno della condotta deve risultare da disposizioni di legge e l'esistenza di un'obbligazione al riguardo prescinde da quella di un rapporto contrattuale.

3. Nel caso *Wikingerhof*, occorreva stabilire se la condotta addebitata alla società Booking.com, consistente in un abuso di posizione dominante attraverso l'imposizione di condizioni generali di contratto, ricadesse nella materia contrattuale o extracontrattuale ai fini dell'applicazione di uno dei fori speciali di cui all'art. 7, numeri 1 e 2 del regolamento (UE) n. 1215/2012. L'interpretazione resa dalla Corte di giustizia, nel delimitare il rispettivo campo di applicazione delle due predette disposizioni, riprende le conclusioni rese in *Brogsitter*, adottando tuttavia un approccio parzialmente differente che si apprezza nello specifico contesto delle controversie civili in materia di concorrenza[19].

In primo luogo, è utile analizzare il passaggio della sentenza in cui la Corte di giustizia sembra focalizzare l'attenzione sulla scelta, in capo all'attore, di avvalersi di uno dei fori speciali di cui all'art. 7 del regolamento, nonché sul contenuto specifico della domanda attorea sulla base del diritto posto a fondamento della *causa petendi*. L'applicabilità dei criteri di giurisdizione di cui all'art. 7, numeri 1 o 2, dipenderebbe "da un lato, dalla scelta dell'attore di avvalersi o meno di una di tali norme sulla competenza speciale e, dall'altro, dall'esame, da parte dell'autorità giurisdizionale adita, delle condizioni specifiche previste da tali disposizioni"[20]. Una formula che, secondo una parte della dottrina, avrebbe l'effetto di introdurre un nuovo requisito per l'applicazione dei fori speciali, fondato sulla libera scelta dell'attore, fermo restando che il giudice adito ha comunque il dovere di verificare la ricorrenza dei requisiti stabiliti dalla disposizione invocata a fondamento della giurisdizione[21].

Invero, il citato passaggio della sentenza sembra piuttosto valorizzare la natura alternativa dei fori speciali previsti dal Regolamento, i quali possono

[18] Sentenza *Brogsitter*, cit., punto 25.

[19] Per un commento alla sentenza, si veda P. LE MORE, *Clarifying the Enforceability of Jurisdiction Clauses for Private Actions of Competition Law: Case C-59/19* Wikingerhof, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, p. 1 ss.

[20] Sentenza del 24 novembre 2020, causa C-59/19, *Wikingerhof*, punto 29.

[21] Così G. CUNIBERTI, *Freedom of Choice in Wikingerhof*, in *EAPIL Blog*, 9 dicembre 2020.

essere invocati in via facoltativa dall'attore per radicare la giurisdizione presso un giudice diverso da quello del domicilio del convenuto.

Nella sentenza in commento, quindi, la Corte riprende la classica distinzione tra le nozioni di materia contrattuale ed extracontrattuale, fondata su un meccanismo di reciproca esclusione tra le disposizioni di cui al n. 1 ed al n. 2 dell'art. 7 e su definizioni autonome di diritto dell'Unione europea[22]. Si esclude, pertanto, qualsiasi qualificazione del rapporto giuridico in base al diritto nazionale applicabile. La Corte ribadisce, inoltre, la necessità di interpretare restrittivamente i fori speciali in esame[23], i quali si pongono come eccezioni al foro generale del domicilio del convenuto e sono previsti dal regolamento sulla base di un collegamento particolarmente stretto tra la controversia e l'autorità giurisdizionale, al fine di agevolare la buona amministrazione della giustizia[24].

In particolare, come già affermato in *Brogsitter*, nella sentenza in esame si stabilisce che un'azione rientra nella materia contrattuale se l'interpretazione del contratto esistente ed efficace tra le parti appare indispensabile per stabilire la liceità o l'illiceità del comportamento che si rimprovera al convenuto e che fonda la domanda risarcitoria[25]. E, secondo quanto precisato dalla Corte, questa eventualità si verifica quando l'attore fondi la propria azione sulle clausole di un contratto. Al contrario, qualora la domanda attorea invochi le norme sulla responsabilità da illecito civile doloso o colposo, escludendo la necessità di fare ricorso al contenuto del contratto, la *causa petendi* rientra nella materia extracontrattuale. Proprio quest'ultima ipotesi sembra ricorrere, afferma la Corte, nel procedimento principale, dove l'azione proposta contro la società Booking.com si fonda sulla violazione delle norme di diritto tedesco in materia di concorrenza, indipendentemente dal rapporto contrattuale esistente tra le parti. Ciò induce a concludere per la qualificazione della fattispecie nell'ambito del foro speciale in materia extracontrattuale ai sensi dell'art. 7, n. 2 del regolamento.

Invero, la verifica della giurisdizione da parte del giudice adito costituisce una sorta di "prima qualificazione" della fattispecie, che precede l'esame nel merito della controversia e delle allegazioni delle parti. In questa fase, la questione decisiva risulta essere l'interpretazione delle disposizioni in punto di giurisdizione e la riconduzione della controversia ad una

[22] Sentenza *Wikingerhof*, cit., punto 23 ss.
[23] Sentenza *Wikingerhof*, cit., punto 26.
[24] Sentenza *Wikingerhof*, cit., punto 28.
[25] Sentenza *Wikingerhof*, cit., punto 32.

di esse: ai fini di questa operazione ermeneutica, il giudice non è vincolato dalla legge nazionale astrattamente applicabile, dovendo tenere conto solamente dei principi e delle definizioni autonome di diritto dell'Unione europea[26]. Pertanto, stabilire se una controversia ricade nella materia contrattuale o extracontrattuale dipenderà non tanto dalla invocazione di determinate disposizioni di legge, ma dall'interpretazione della disposizione eurounitaria (eventualmente già oggetto di precedenti decisioni rese dalla Corte di giustizia). Ciò fermo restando che oggetto dell'esame saranno necessariamente le allegazioni attoree, tramite le quali la domanda principale è portata all'attenzione del giudice adito[27].

La decisione in esame sembra essere coerente con questo approccio, nel momento in cui – fatta salva l'ulteriore verifica da parte del giudice del rinvio – favorisce la qualificazione della domanda nell'ambito del titolo di giurisdizione in materia di illeciti civili dolosi o colposi, fondando la propria posizione sulla base della *causa petendi* e sulla base del fatto che l'obbligazione asseritamente violata dal convenuto sussisteva indipendentemente dal contratto esistente tra le parti.

La sentenza in esame può essere letta come un parziale ridimensionamento di un orientamento che favoriva l'espansione della materia contrattuale rispetto a quella extracontrattuale[28]. Pur riguardando nello specifico il diritto della concorrenza, le conclusioni della Corte di giustizia si pongono in senso favorevole ad una qualificazione extracontrattuale della fattispecie, anche quando le pratiche asseritamente anticoncorrenziali sono "messe in atto nell'ambito del rapporto contrattuale che vincola l'attore al convenuto". Invero, nel caso di specie, l'interpretazione delle clausole contrattuali rileva ai fini di valutare l'esistenza di un abuso di posizione dominante, quale elemento di prova[29]. Pertanto, il contratto esistente tra le parti costituisce il contesto di riferimento nell'ambito del quale si sviluppa la

[26] In argomento si veda I. QUEIROLO, *Article 27*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I* bis *Regulation*, cit., p. 692.

[27] Sulla verifica della giurisdizione in base al *petitum* sostanziale ed alla *causa petendi*, si vedano da ultimo le sentenze della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 18 dicembre 2020, n. 29107, in *Società*, 2021, p. 731 ss., e del 9 gennaio 2020, n. 156, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2020, p. 898 ss.

[28] La stessa sentenza del 13 marzo 2014, causa C-548/12, *Brogsitter*, è stata assunta dalla dottrina a fondamento di questo approccio restrittivo: si veda P. MANKOWSKI, *Wikingerhof: A View from Hamburg*, in *EAPIL Blog*, 9 December 2020.

[29] Come osserva M. LEHMANN, Wikingerhof: *CJEU Reestablishes Equilibrium between Contract and Tort Jurisdiction*, in *EAPIL Blog*, 7 December 2020.

controversia, ma non è di per sé determinante ai fini dell'applicazione del foro speciale in materia contrattuale[30].

Un'impostazione che, come anche riconosciuto dalla Corte, risulta conforme agli obiettivi di prossimità e di buona amministrazione della giustizia perseguiti dal regolamento[31], soprattutto con riferimento alla previsione di fori speciali ed alternativi rispetto al criterio generale del domicilio del convenuto. In effetti, nel caso di specie, il giudice tedesco risulta essere l'autorità giurisdizionale più vicina al mercato interessato dal presunto comportamento anticoncorrenziale[32], per questo maggiormente adatta a reperire e valutare gli elementi di prova posti alla base delle allegazioni delle parti.

4. Come osservato nel corso della presenta analisi, la sentenza *Wikingerhof* richiama i principi già espressi nella sentenza *Brogsitter*, con specifico riferimento alla delimitazione del rispettivo campo di applicazione dei fori speciali in materia contrattuale ed extracontrattuale. D'altra parte, in alcuni passaggi, la sentenza sembra ristabilire un equilibrio tra le due disposizioni di cui all'art. 7, n. 1 e n. 2 del regolamento, discostandosi da un precedente orientamento che – secondo alcuni autori – tendeva a dilatare il campo di applicazione del foro speciale in materia contrattuale. Invero, il rapporto di reciproca esclusione che sussiste tra i due titoli di giurisdizione non può esaurirsi in una applicazione meramente negativa del foro speciale in materia di illeciti civili dolosi o colposi, sulla base della sola assenza di un obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti dell'altra. Occorre osservare come nel caso di specie sussista un rapporto contrattuale tra le parti, che tuttavia rappresenta soltanto il contesto di riferimento nell'ambito del quale si inserisce la condotta asseritamente illecita. Coerentemente con l'inquadramento della fattispecie effettuato sulla base della *causa petendi*, la Corte giunge ad una qualificazione autonoma, sulla base dei principi e delle regole di diritto dell'Unione europea contenute nel regolamento (UE) n. 1215/2012.

[30] In passato, simili considerazioni avevano indotto la Corte di giustizia a ricondurre nella materia dell'illecito civile le domande volte a far valere la responsabilità della controparte contrattuale per atti di concorrenza sleale, in quanto la mera esistenza di un rapporto contrattuale tra le parti in causa non vale a qualificare automaticamente la condotta asseritamente concorrenziale come inadempimento delle obbligazioni contrattuali esistenti: sentenza dell'8 luglio 2013, causa C-147/12, *ÖFAB*, punto 35 ss.

[31] Considerando n. 16 del regolamento (UE) n. 1215/2012.

[32] Sentenza *Wikingerhof*, cit., punto 37.

Inoltre, nel chiarire la distinzione tra materia contrattuale ed extracontrattuale ai fini della competenza giurisdizionale, con specifico riferimento agli illeciti anticoncorrenziali dove la condotta si sostanzia nell'imposizione di condizioni generali di contratto inique, la Corte di giustizia preferisce un approccio favorevole al radicamento della causa presso il giudice più vicino all'attore. La decisione di ricondurre la fattispecie alla materia extracontrattuale non è priva di conseguenze sul piano delle relazioni che si instaurano tra il gestore di una piattaforma online ed il professionista che usufruisca di tali servizi. In tale ipotesi, conformemente alle statuizioni contenute nella sentenza in esame, la giurisdizione spetta al giudice del luogo in cui si trova il mercato rilevante (segnatamente, dove l'evento dannoso è avvenuto), che normalmente coincide con il luogo in cui ha sede l'attore e vittima dell'atto di concorrenza sleale. Ciò, naturalmente, al di fuori dei casi in cui le parti abbiano concluso un valido accordo di proroga della competenza giurisdizionale ai sensi dell'art. 25 del regolamento (UE) n. 1215/2012.

BlogDUE

*Presentazione Blog*DUE

ANTONIO TIZZANO*

Abbiamo deciso di varare anche per la nostra Associazione un blog permanente per riprendere un'utile esperienza fatta da quasi tutte le Associazioni e affini che abbiano un sito. Si tratta in effetti di pubblicare brevi commenti "a caldo" con una formula più snella e più veloce sia rispetto ad un articolo di rivista, sia anche rispetto ad un Post, senza escludere però che lo scritto diventi poi un articolo da pubblicare come Post o in una rivista.

Questo dovrebbe consentire di pubblicare più facilmente lavori brevi per formulare delle idee, lanciare una proposta, commentare una sentenza o un provvedimento normativo o amministrativo, proporre nuove interpretazioni, avanzare riserve su una prassi o lodarne l'efficacia, e così via, senza porsi i consueti problemi di "abbellimento" o di perfezionismo che si affrontano quando si ha un po' di tempo per rifinire un lavoro.

Con il che non si vuole dire, naturalmente, che il commento non debba avere uno spessore scientifico e una compiutezza formale che lo rendano degno di apparire nella rubrica di un'Associazione che raccoglie i docenti di Diritto dell'Unione europea e quindi tiene a mantenere un livello per lo meno dignitoso delle pubblicazioni che ospita. Vuol dire solo che si può anche avere una reazione "a prima (e immediata) lettura", e che questa reazione può tradursi in un breve commento che esamini la vicenda ed esprima un pensiero chiaro e compiuto su tutta o parte della stessa, senza dover necessariamente analizzarne tutti gli altri aspetti o rispondere a tutti i commenti o articoli sullo stesso tema, pur avendoli naturalmente presenti.

Il materiale per un breve scritto di certo non manca. L'Unione europea è, da questo punto di vista, un'autentica miniera di novità (v. ad es. la richiesta di 12 Stati membri di elevare un muro alle proprie frontiere interne e di farlo possibilmente anche con il contributo UE), di sorprese, belle o brutte, di cambiamenti, di incidenti, ecc., ma anche di una continuità di prassi istituzionale, di misure e sentenze che confermano i precedenti o – ma molto più raramente – che li rovesciano o comunque segnano una svolta o uno scarto inattesi (v., ad esempio, la sentenza della Corte costituzionale polacca dello scorso settembre).

* Presidente dell'AISDUE.

Non dovrebbe quindi mancare materiale per giovani o meno giovani studiosi che vogliano cimentarsi in questo esercizio. Il varo della rubrica dei blog vuole essere per l'appunto uno stimolo in tal senso, perché essa offre ai nostri soci (ma anche a qualche gradito ospite) una sede utile e appropriata per contribuire ad alimentare il dibattito sulle nostre tematiche con brevi e rapidi (ma anche sapidi, perché no?) commenti, senza dover attendere la pubblicazione del fascicolo di una rivista e senza dover chiedere necessariamente ospitalità in altre sedi.

Né dovrebbero mancare gli "autori", i "bloggisti", visto l'elevato numero di studiosi iscritti alla nostra Associazione. Siamo sicuri che essi apprezzeranno l'iniziativa e vorranno dare il loro contributo al suo successo.

Restiamo dunque in attesa di vedere se i risultati saranno conformi alle nostre aspettative. Intanto, due commenti sono già arrivati: quello di Giacomo di Federico sulla ricordata sentenza polacca e quello di Giulia D'Agnone sulle misure cautelari ordinate dalla Corte di giustizia. Speriamo di vederne arrivare ancora altri.

LE SENTENZE DEL TRIBUNALE DELL'UNIONE SULLA VICENDA *AIR BERLIN* (CAUSE T-240/18 E T-296/18): *TO O&D OR NOT TO O&D*?

MARIO BARBANO*

SOMMARIO: 1. Introduzione: la concorrenza nel settore del trasporto aereo – 2. La vicenda *Air Berlin*: la crisi del vettore e le decisioni della Commissione – 3. L'analisi secondo il criterio O&D non è sempre necessaria – 4. Le operazioni che coinvolgono vettori in crisi – 5. Possibili condotte anticoncorrenziali legate all'uscita dal mercato di un vettore – 6. Sintetiche considerazioni conclusive.

1. Con due sentenze del 20 ottobre scorso il Tribunale dell'Unione europea si è pronunciato nuovamente sulla concorrenza nel settore del trasporto aereo, affrontando il tema delle operazioni di concentrazione che coinvolgono vettori in crisi (sentenza del Tribunale del 20 ottobre 2021, causa T-240/18, *Polskie Linie Lotnicze c. Commissione e Easyjet plc*; sentenza del Tribunale del 20 ottobre 2021, causa T-296/18, *Polskie Linie Lotnicze c. Commissione e Deutsche Lufthansa AG*).

Le pronunce in commento originano da due ricorsi presentati dalla compagnia aerea polacca Polskie Linie Lotnicze (di seguito: "LOT") per l'annullamento delle decisioni con cui la Commissione europea aveva autorizzato la cessione di alcuni beni del vettore Air Berlin a due operatori concorrenti (rispettivamente, Easyjet e Lufthansa). Nel respingere tali impugnazioni, il Tribunale ha avallato le tesi della Commissione, in particolare circa la definizione del mercato rilevante e il mancato utilizzo del criterio "origine e destinazione" (*Origin and Destination*, "O&D"), e ha anche fornito importanti precisazioni sulle caratteristiche concorrenziali delle bande orarie (*slots*, ossia il diritto di un operatore di utilizzare le infrastrutture di un aeroporto ai fini del decollo e dell'atterraggio ad una data e ora precise). Prima di entrare nel merito delle sentenze, tuttavia, occorre una breve premessa circa la vicenda Air Berlin.

2. Fondata da un *ex* pilota Pan Am nel 1978 come operatore *charter* da e per Berlino Ovest, Air Berlin si è progressivamente evoluta nei decenni,

* Dottorando di ricerca di diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Genova.

divenendo il secondo vettore in Germania (e il settimo nell'Unione) per numero di passeggeri trasportati (Commissione europea, Decisione del 4 settembre 2017 "*Rescue Aid in favour of Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG*", SA.48937, punti 7-10). Nell'ultimo decennio la compagnia ha affrontato un periodo di crisi e, a partire dal 2012 è stata sostenuta finanziariamente da Etihad Airways (in qualità di azionista di maggioranza relativa: si ricorda, infatti, che ai sensi dell'art. 4, lett. f del reg. (UE) n. 1008/2008 una licenza di esercizio nell'Unione può essere detenuta solo da un'impresa di cui almeno il 50% dei capitali appartenga a cittadini degli Stati membri).

Venute meno le garanzie finanziare offerte da Etihad, nell'agosto 2017 Air Berlin ha avviato una procedura di insolvenza del tipo *debtor-in-possession* (*Eigenverwaltung* secondo l'*Insolvenzordnung* tedesca), beneficiando allo stesso tempo di un prestito garantito dal governo tedesco (EUR 150 mln per tre mesi). Tale misura è stata dichiarata compatibile con il mercato interno dalla Commissione ai sensi degli orientamenti sugli aiuti per il salvataggio (cause T-240/18, punti 4-5 e T-296/18, punti 7-8; cfr. Commissione europea, *cit.*, punti 22-24; Id., *Orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese non finanziarie in difficoltà*, 2014/C 249/01).

Nello specifico, il prestito di cui sopra era finalizzato a consentire ad Air Berlin di mantenere la titolarità di certificati e licenze fino alla cessione degli *asset*, così da preservarne il valore (in particolare, le bande orarie), e garantire, nel complesso, un'uscita "ordinata" dal mercato.

Pertanto, nell'ottobre 2017 Air Berlin ha concluso due accordi: (*i*) con il primo, il suddetto vettore, attraverso una società controllata, cedeva a Lufthansa i contratti concernenti gli aeromobili e gli equipaggi (impiegati già in precedenza in regime di *wet lease*), nonché le bande orarie detenute in diversi aeroporti; (ii) con il secondo, altri *asset* (in particolare, gli *slots* relativi all'aeroporto Berlino-Tegel) erano trasferiti a Easyjet. Gli accordi sono stati approvati dalla Commissione con due decisioni ai sensi del reg. (CE) n. 139/2004 (cfr., rispettivamente, Commissione, 12 dicembre 2017, *Easyjet/ certain Air Berlin assets*, M.8633; Id., 21 dicembre 2017, *Lufthansa/certain Air Berlin assets*, M.8672). Si segnala, peraltro, che l'approvazione dell'accordo Air Berlin-Lufthansa, concluso in deroga all'obbligo di *stand still*, è stata subordinata all'assunzione di impegni da parte dell'acquirente (la cessione di alcuni *slot* detenuti da Lufthansa presso l'aeroporto di Düsseldorf). Una volta raggiunti gli accordi, Air Berlin ha cessato le proprie attività ed è stata dichiarata insolvente dal giudice tedesco.

3. Chiamato a pronunciarsi sulla conformità al diritto dell'Unione della concorrenza delle decisioni sopra menzionate, il Tribunale è intervenuto sulla definizione di mercato rilevante, accogliendo una nuova metodologia di analisi elaborata dalla Commissione basata sulla detenzione di bande orarie.

Secondo giurisprudenza e prassi consolidate, il mercato rilevante nelle concentrazioni di vettori aerei è individuato tenendo conto della prospettiva del consumatore (sostituibilità della domanda): sono esaminate tutte le possibili alternative che un passeggero può prendere in considerazione per spostarsi da un punto di partenza ad un punto di arrivo (criterio O&D, cfr. sentenze della Corte dell'11 aprile 1989, causa C-66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen c. Silver Line Reisebüro GmbH*, punti 39-41; sentenze del Tribunale del 19 maggio 1994, causa T-2/93, *Air France/Commissione*, punto 84; del 6 luglio 2010, causa T-342/07, *Ryanair/Commissione*, punto 102; del 4 luglio 2006, causa T-177/04, *Easyjet/Commissione*, punto 56; Commissione, 9 ottobre 2013, *Aegean/Olympic II*, M.6796, punti 41-43; Id., 27 febbraio 2013, *Ryanair/Aer Lingus III*, M.6663, punti 49-54; Id., 30 marzo 2012, *IAG/bmi*, M.6447, punti 31-35; Id., 27 luglio 2010, *United Air Lines/Continental Airlines*, M.5889, punti 9-12; Id., 26 gennaio 2011, *Olympic/Aegean I*, M.5830, punti 41-44; Id., 11 febbraio 2004, *Air France/Klm*, M.3280, punto 9). Tra queste opzioni rientrano anche i voli diretti serviti da aeroporti vicini (sostituibilità tra aeroporti), quelli indiretti (con scalo) presso gli aeroporti interessati (purché non determinino un aumento eccessivo del tempo di viaggio), i collegamenti che prevedono l'utilizzo di altri mezzi di trasporto (come, ad esempio, il treno; in dettaglio, cfr. E. OLMEDO-PERALTA, *Market Definition and Conditions to Ensure Competition in the European Market for Air Transport Services: An Analysis of Past and Upcoming Merger Cases*, in *Market and Competition Law Review*, vol. 4, n. 1, 2020, pp. 87-126, spec. p. 97 ss.).

In virtù di tale criterio, ciascun collegamento tra una coppia di città (*city pairs*) costituisce un mercato del prodotto separato ("mercato O&D"). Una volta identificate le rotte servite da entrambi i vettori e calcolate le rispettive quote di mercato, la Commissione verifica se l'impresa risultante dalla concentrazione è in grado di acquisire una posizione dominante.

Discostandosi dalla prassi decisionale illustrata sopra, nelle decisioni *Air Berlin*, la Commissione ha preferito al criterio O&D un'analisi in forma aggregata, tale da considerare l'insieme dei collegamenti da e per gli aero-

porti interessati all'interno dello stesso mercato rilevante (causa T-296/18, punto 18; causa T-240/18, punto 52).

Il Tribunale ha confermato sia la ricostruzione di fatto sia l'approccio metodologico della Commissione, escludendo che l'acquisizione degli *slot* da parte di Lufthansa e di Easyjet possa determinare un ostacolo alla concorrenza effettiva. Sotto il primo profilo, si è accertato che (*i*) in concreto, Air Berlin aveva cessato le attività prima del perfezionamento della concentrazione, ritirandosi da ciascun mercato O&D e, quindi, (*ii*) le bande orarie oggetto della concentrazione erano oramai "svincolate" dall'impiego in rotte finora servite da Air Berlin e potevano essere utilizzate per altri collegamenti in partenza e in arrivo dagli aeroporti interessati (quest'ultima circostanza, peraltro, si sarebbe verificata indipendentemente dalla concentrazione).

Sotto il profilo dell'argomentazione giuridica, il Tribunale premette che "le compagnie aeree si trovano sul lato della domanda di servizi di infrastruttura aeroportuale e sul lato dell'offerta dei servizi di trasporto ai passeggeri" (cause T-240/18, punto 45 e T-296/18, punto 68). Pertanto, laddove le bande orarie non siano utilizzate per una determinata rotta, occorre concentrarsi non tanto sul lato dell'offerta di trasporto ai passeggeri (ossia i singoli mercati O&D), bensì su quello della domanda di accesso all'infrastruttura (l'insieme dei mercati O&D di un certo aeroporto). Tale approccio ha delle ricadute anche sull'accertamento del potere di mercato: l'elemento discretivo è rappresentato dalla qualificazione degli *slot* sotto il profilo concorrenziale.

Infatti, secondo il criterio O&D ciascuna banda oraria è considerata per l'uso che ne viene fatto (cioè per una rotta piuttosto che un'altra) e, conseguentemente, l'eventuale posizione dominante è accertata mediante il calcolo di quote di mercato. Invece, nel *test* adottato in *Air Berlin* - che si potrebbe definire "del detentore di slot" (cfr. L. BOLZ, *Lufthansa/Certain Air Berlin Assets: The European Commission's New Dominant Slot Holding Position Test for Assessing Market Power*, in *Annals of Air and Space Law*, vol. 42, 2017, p. 317-340, spec. p. 327 ss.) - è la mera detenzione (e non l'uso) delle bande orarie a incidere sulla concorrenza sotto forma barriera all'entrata. In tal caso, infatti, la circostanza che l'impresa risultante dalla concentrazione detenga un numero maggiore di *slot* in un determinato aeroporto può precludere a nuovi operatori l'accesso all'insieme di mercati O&D dell'aeroporto stesso: ciò emerge con particolare evidenza nel caso di aerostazioni con un elevato livello di congestione.

Nelle pronunce in esame, peraltro, il Tribunale si premura di qualificare il "*test* del detentore di slot" come una deroga al più generale criterio O&D, ammissibile solo quando una delle compagnie coinvolte è, in sostanza, già uscita dal mercato (cfr. causa T-240/18, punti 63 e 64; causa T-296/18, punto 88).

4. La vicenda *Air Berlin* presenta una certa somiglianza con il caso *Aegean/Olympic II* (Commissione, 9 ottobre 2013, cit.), relativo all'acquisto di un vettore in crisi (*Olympic*) da parte di un concorrente (*Aegean*): come nella concentrazione *Air Berlin/Lufthansa*, anche qui si trattava rispettivamente del secondo e del primo operatore nel mercato di riferimento (quello dei voli domestici in Grecia); allo stesso tempo, si è posta la questione del destino degli *asset* del vettore in caso di cessazione delle attività, inclusi gli *slot*. Sotto quest'ultimo profilo, occorre evidenziare che in *Aegean/Olympic II* ha trovato applicazione l'eccezione di crisi o insolvenza (c.d. *failing firm defence* - FFD), secondo cui una concentrazione che presenta possibili effetti restrittivi della concorrenza può essere comunque autorizzata sul presupposto dell'assenza del nesso di causalità: la struttura del mercato si sarebbe deteriorata indipendentemente dalla concentrazione stessa. I presupposti della teoria sono: (i) probabile uscita dal mercato di una delle imprese interessate; (ii) assenza di alternative meno anticoncorrenziali; (iii) uscita dal mercato degli *asset* dell'impresa in crisi in di assenza della concentrazione (in dettaglio, cfr. A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2018, p. 808 ss.; OECD, 9.10.2009, *Roundtable on Failing Firm Defence - Contribution by the United States*, DAF/COMP/WD (2009)99).

Sebbene nei casi *Air Berlin* la *failing firm defence* non sia stata eccepita, è possibile riscontrare, tra le righe delle sentenze, un richiamo a tale teoria. Infatti, secondo il Tribunale, qualora gli *slot* non fossero stati ceduti nell'ambito delle concentrazioni in esame, essi sarebbero confluiti in un fondo comune presso ciascun aeroporto coordinato (*pool*, art. 10, par. 1 reg. CE n. 95/1993) e da qui ridistribuite ai nuovi concorrenti solo in misura del 50%. Conseguentemente, le bande orarie detenute rispettivamente da Easyjet e Lufthansa sarebbero comunque aumentate: la Commissione, perciò, ha tenuto conto del solo aumento netto degli *slots* ai fini dei potenziali effetti preclusivi (causa T-240/18, punti 106 e 107; causa T-296/18, punti 112 e 113).

La qualità di vettore in crisi rileva, inoltre, in relazione ad uno degli ultimi motivi di ricorso esaminati dal Tribunale in ciascuna sentenza, ossia la

presunta omessa valutazione degli effetti dell'aiuto per il salvataggio nell'ambito della concentrazione (causa T-240/18, punto 129 ss.; causa T-296/18, punto 158 ss.). Al riguardo, il Tribunale respinge l'argomento del ricorrente secondo cui l'aiuto avrebbe impedito a operatori più efficienti di acquistare gli attivi di Air Berlin perché non provato ed esclude che il prestito possa aver inciso sulla posizione sul mercato degli *asset* della suddetta. Quest'ultimo punto avrebbe meritato, forse, una trattazione più ampia, tenuto conto che interessa un ambito in cui l'esigenza di conservare il valore degli *asset*, propria del diritto della crisi di impresa, può entrare in conflitto con gli obiettivi propri della politica della concorrenza, prima tra tutti la necessità di garantire parità di trattamento tra imprese attive sullo stesso mercato (c.d. *level playing field*, cfr. M. MAGGIOLINO, F. GHEZZI, *Crisi d'impresa e diritto antitrust*, in *Riv. soc.*, nn. 2-3, 2011, p. 334 ss.; P. BENINTENDI, *Bankrupt in Europe: A Case Study of Three Recent Airline Insolvencies*, in *Air & Space Law*, vol. 44, n. 3, 2019, pp. 241–260). Questo tema potrebbe trovare riscontro nelle decisioni relative alla vicenda *Alitalia-ITA*, ad oggi non ancora pubblicate (cfr. Commissione, 10 settembre 2021, SA.4871 e SA.58173).

Ad ogni modo, l'approccio di *policy* resta comunque molto diverso da quello adottato da altri ordinamenti, primo fra tutti il Regno Unito, dove la mancata previsione di un "atterraggio morbido" per i vettori Monarch (2017) e Thomas Cook (2019) ha richiesto l'organizzazione di voli di emergenza per il rimpatrio di passeggeri rimasti bloccati all'estero (cfr. S. PARKER, *Thomas Cook's collapse and airline insolvency – lessons for the UK*, in *Insolvency and Restructuring International*, vol. 14, no. 1, 2020, p. 11 ss.; T. MACEY-DARE, *If a Tree Falls in the Forest ... Shouldn't the Saplings in the Clearing Benefit?*, in *International Corporate Rescue*, vol. 15, n. 4, 2017, p. 216 ss.).

5. Da ultimo, occorre evidenziare un aspetto che resta sullo sfondo dei casi *Air Berlin*, ma fornisce un importante chiave di lettura della vicenda: quella delle possibili condotte anticoncorrenziali legate all'uscita dal mercato di un vettore in crisi.

Il rafforzamento di un operatore all'interno di un aeroporto o di determinate rotte, infatti, può porre le premesse per future condotte di abuso di posizione dominante. Al riguardo, si osserva che poco dopo la dichiarazione di insolvenza di Air Berlin, il *Bundeskartellamt* (BKamt) tedesco aveva aperto una indagine nei confronti di Lufthansa: quest'ultima era accusata di aver ottenuto una posizione di monopolio su alcune rotte preceden-

temente servite da Air Berlin e di aver aumentato le tariffe in misura pari al 25-30% rispetto a quelle registrate l'anno precedente (BKamt, 29 maggio 2018, *Lufthansa - abusive prices*, B9-175-17).

Ciononostante, il BKamt ha deciso di non avviare un procedimento formale sulla base di due argomenti: (i) l'ingresso di Easyjet dopo l'acquisto di alcuni *asset* del vettore insolvente, circostanza che ha determinato il ritorno dei prezzi a livelli competitivi sulle rotte servite da entrambi; (ii) il fatto che l'aumento dei prezzi potesse trovare giustificazione diversa dalla condotta abusiva, a causa della riduzione dell'offerta determinata dall'uscita di Air Berlin dal mercato (cfr. F. SCIAUDONE ET AL., *The Impact of Unfair Commercial Practices on Competition in the EU Passenger Transport Sector, in particular Air Transport, Report for the ECON Committee of the European Parliament*, PE 642.381, Aprile 2020, pp. 51 e 52). L'esito della vicenda, ben diverso da quello di un noto caso che aveva coinvolto Lufthansa in passato (in relazione alla concorrenza con il vettore Germania, cfr. BKamt, 22 gennaio 2002, *Deutsche Lufthansa AG*, B9-144-01) sottolinea l'importanza che ha avuto nella vicenda la cessione degli *asset* a due operatori distinti, nonché l'assunzione di impegni da parte della stessa Lufthansa. Si rileva, tuttavia, come l'impatto nel lungo periodo di tali concentrazioni sia ancora dibattuto (S. BINGEMER, W. GRIMMEB, S. MAERTENS, *Market Exit of Air Berlin: An Analysis of Competitive Pricing on Domestic O&Ds in the German Market*, in *Transportation Research*, vol. 52, 2021, pp. 420–427).

6. Alla luce di quanto sopra, è possibile formulare alcune prime considerazioni sulle pronunce in esame.

Innanzitutto, il Tribunale affronta la questione della natura delle bande orarie sotto il profilo concorrenziale e, in relazione all'accesso all'infrastruttura aeroportuale, sottolinea la relazione verticale sussistente tra servizi aeroportuali e servizi di trasporto.

In secondo luogo, le pronunce in esame si collocano in un contesto più ampio, quello dei vettori aerei in crisi, riscontrando una certa continuità nella prassi della Commissione, segnatamente la decisione *Aegean/Olympic II*: in questo caso, però, aveva trovato applicazione la *failing firm defence*. In tale prospettiva, le indagini *antitrust* connesse all'uscita dal mercato di una delle imprese interessate presentano un elemento di complessità maggiore, alla luce delle divergenze tra obiettivi di politica della concorrenza ed esigenze proprie del diritto dell'insolvenza. In caso di una valutazione

errata, il rischio è quello di porre le premesse per future condotte escludenti o di altre forme di abuso di posizione dominante.

Le pronunce in commento sembrano offrire strumenti di analisi adeguati alle caratteristiche di queste fattispecie, grazie all'inquadramento teorico al "*test* del detentore di *slot*" quale criterio di individuazione del mercato rilevante alternativo alla tradizionale analisi basata sui mercati O&D. Seppur il Tribunale si affretti a precisare che ciò si giustifica proprio per le particolari circostanze di fatto (i.e. la cessazione delle attività di Air Berlin), questo nuovo *test* potrebbe avere ricadute significative sulla prassi della Commissione.

La definizione del mercato rilevante nel settore del trasporto aereo, infatti, resta un tema molto dibattuto, come dimostra la vicenda *Air Canada/Transat* (M.9489, cfr. G. DEASY, *European Union and United Kingdom Competition Law Developments in the Aviation Sector: January to June 2020*, in *Air & Space Law*, vol. 45, n. 6, 2020, p. 503–536, spec. pp. 517 e 518). Nonostante tale concentrazione avesse avuto l'approvazione delle autorità canadesi, le imprese interessate hanno scelto di rinunciarvi a causa delle perplessità avanzate dalla Commissione circa le sovrapposizioni tra le rotte servite (Commissione, 2 aprile 2021, *Statement by Executive Vice-President Vestager on announcement by Air Canada and Transat to withdraw from proposed merger*, STATEMENT/21/1562). Sull'epilogo della vicenda ha pesato indubbiamente la scelta della Commissione di tenere fermo lo scenario controfattuale elaborato prima della pandemia. L'esigenza di non allentare l'*enforcement* del diritto della concorrenza pare condivisibile nel breve periodo; tuttavia, l'impatto del COVID-19 sul trasporto aereo ha ricadute più durature, aprendo la strada a un ripensamento della disciplina sotto il profilo normativo, tra l'altro anche per esigenze di carattere ambientale (cfr. F. MUNARI, *Lifting the veil: COVID-19 and the Need to Re-consider Airline Regulation*, in *europeanpapers.eu*, vol. 5, n. 1, 2020, pp. 533-559).

In tale contesto, potrebbe consolidarsi una prassi della Commissione che tenga conto più della concorrenza da e per i grandi aeroporti (in cui la detenzione di bande orarie ha un peso elevato) piuttosto che quella sulle singole rotte. Allo stesso modo, maggiore considerazione dovrebbe essere data alla sostituibilità tra modi di trasporto (soprattutto aereo-treno ad Alta Velocità) nei collegamenti O&D: il tema non è affrontato nelle sentenze in commento, ma è destinato a riproporsi con le politiche di potenziamento della rete AV inaugurate dalla Commissione (Commissione, 9 dicembre 2020, *Strategia per una mobilità sostenibile e intelligente*, COM(2020) 789

final) e fatte proprie dagli Stati membri (si pensi agli stanziamenti del PNRR italiano).

In ultima analisi, il dubbio amletico a cui si è accennato nel titolo di questo *post* pare destinato a riproporsi anche nel controllo delle concentrazioni post pandemia.

WIND OF CHANGE: LA SENTENZA *GOOGLE SHOPPING* DEL TRIBUNALE DELL'UNIONE (T-612/17) E I POSSIBILI RIFLESSI SULLA PRASSI DI *ANTITRUST ENFORCEMENT* NEL SETTORE DELLE PIATTAFORME DIGITALI

MARIO BARBANO*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Cenni alla fattispecie: la qualificazione della Commissione – 3. Equo trattamento, neutralità della ricerca e onere della prova – 4. Accesso all'infrastruttura essenziale: il superamento del *test Bronner* – 5. I possibili riflessi sulla prassi della Commissione europea – 6. *Segue*: prassi delle ANC e cenni al provvedimento AGCM *FBA Amazon* – 7. Sintetiche considerazioni conclusive.

1. Con la sentenza sul caso *Google Shopping* (sentenza del Tribunale del 10 novembre 2021, causa T-612/17, *Google LLC e Alphabet, Inc. c. Commissione*) il Tribunale affronta per la prima volta le questioni connesse all'applicazione (*enforcement*) del diritto *antitrust* ad uno dei settori cruciali (e più dinamici) dell'economia contemporanea, quello delle piattaforme digitali. Nello specifico, la pronuncia ha fornito importanti chiarimenti circa gli abusi di posizione dominante imputabili ai "giganti" o "custodi" della rete, i cc.dd. GAFAM (ossia Google, Amazon, Facebook – oggi Meta – Apple e Microsoft), confermando, nella sostanza, un approccio di *policy* inaugurato dalla Commissione europea dieci anni fa (cfr. Commissione europea, 30 novembre 2010, *Antitrust: Commission probes allegations of antitrust violations by Google*, IP/10/1624).

La sentenza vanta già numerosi commenti (F. FERRARI, *I nuovi abusi 'digitali': il self-preferencing di Google al vaglio del Tribunale dell'Unione*, in questo *Blog*, 21 novembre 2021; G. MONTI, *The General Court's Google Shopping Judgment and the scope of Article 102 TFEU*, *SSRN*, 14 novembre 2021; J. PERSCH, *Google Shopping: The General Court takes its position*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 15 novembre 2021; P. IBÁÑEZ COLOMO, *The General Court in Case T-612/17, Google Shopping: the rise of a doctrine*

* Dottorando di ricerca di diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Genova.

of equal treatment in Article 102 Tfeu, in *Chillin' Competition*, 10 novembre 2021; D. KATSIFIS, *General Court of the EU delivers landmark Google Shopping judgment*, in *Platform Law Blog*, 15 novembre 2021; C. CAFFARRA, *Google Shopping: a shot in the arm for the EC's enforcement effort, but how much will it matter?*, in *Concurrences – e-Competitions*, No. 104053, 13 dicembre 2021). Questo *post*, tuttavia, si propone di fornire una prima analisi dei possibili riflessi della sentenza *Google Shopping* sulla prassi decisionale della Commissione e delle Autorità Nazionali della Concorrenza (ANC) degli Stati membri.

Previa una sintetica ricostruzione della fattispecie (par. 2), saranno quindi esaminati i passaggi della sentenza relativi al principio di equo trattamento e all'accesso all'infrastruttura essenziale (parr. 3 e 4). Dopo un sintetico raffronto tra le indagini in corso nell'Unione e la prassi delle ANC (parr. 5 e 6) proveremo a formulare sintetiche considerazioni conclusive (par. 7).

2. La sentenza *Google Shopping* si colloca all'interno della c.d. *Google saga*, ovvero l'insieme delle indagini della Commissione europea nei confronti del colosso statunitense: ad oggi si contano tre decisioni di condanna per violazione dell'art. 102 TFUE (Commissione, 27 giugno 2017, *Google Search (Shopping)*, AT.39740; Id., 18 luglio 2018, *Google Android*, AT.40099; Id., 20 marzo 2019, *Google Search (AdSense)*, AT.40411), le ultime due oggetto di impugnazione innanzi al Tribunale (cfr. causa T-604/18 e causa T-334/19), nonché il procedimento *Google Adtech* avviato pochi mesi fa (Commissione, 22 giugno 2021, *Antitrust: Commission opens investigation into possible anticompetitive conduct by Google in the online advertising technology sector*, IP/21/3143).

La vicenda *Google Shopping* concerne le dinamiche concorrenziali tra motori di ricerca *orizzontali* o generalisti (Google Search, Bing e Yahoo!) e motori di ricerca *verticali* (ossia dedicati a specifici segmenti del mercato o gruppi di utenti finali): all'interno di quest'ultima categoria rientrano quelli che, in base al prodotto che si sta cercando *online*, offrono una comparazione dei prezzi di acquisto (cc.dd. servizi di acquisti comparativi). Secondo la Commissione, Google avrebbe posto in essere una strategia di *leveraging*, ossia di sfruttamento della propria posizione dominante nel mercato "a monte" dei motori di ricerca generici (detenuta tramite Google Search) per estendere la propria influenza sul mercato "a valle" dei servizi di acquisti comparativi (in cui era presente con Google Shopping).

La condotta abusiva contestata dalla Commissione era duplice: (i) l'attribuzione di una maggiore visibilità ai risultati relativi a Google Shopping (posti all'interno di *box* dedicati in alto alla pagina) nelle pagine di Google Search; (ii) l'applicazione ai siti di acquisti comparativi concorrenti di un algoritmo capace di diminuire il loro *ranking* nei risultati di ricerca forniti da Google Search (i cc.cd. *ten blue links*). Conseguentemente la Commissione, a partire dalla speciale responsabilità dell'impresa dominante di non falsare il gioco della concorrenza, ha dedotto un obbligo per la piattaforma di astenersi da condotte di trattamento preferenziale (*self-preferencing*) come quelle sopra descritte (in dettaglio sulla vicenda si vedano M. MAGGIOLINO, *I Big Data e il diritto antitrust*, Milano, 2018; P. MANZINI, *Google e l'Anititrust*, in *rivista.eurojus.it*, 4 maggio 2016; L. CALZOLARI, *Preliminary Comments on the Google Case: Bridging the Transatlantic Digital Divide by Widening the Antitrust One*, in *SIDI Blog*, 14.7.2017).

Nel confermare la decisione, il Tribunale ha integrato l'impostazione teorica elaborata dalla Commissione, con l'aggiunta di alcune considerazioni di principio capaci di incidere sull'attività di *enforcement*.

3. Innanzitutto, il divieto di trattamento preferenziale è stato ricondotto ad un principio generale di diritto dell'Unione, quello di equo trattamento secondo il quale situazioni comparabili non devono essere trattate in maniera diversa salvo sussista una giustificazione obiettiva (causa T-612/17, punto 155; in materia di principi generali, cfr. J. PAJU, S. DE VRIES, U. BERNITZ, X. GROUSSOT (eds.), *General Principles of EU Law and the EU Digital Order*, Alphen aan den Rijn, 2020). Il legislatore dell'Unione ha previsto espressamente un obbligo di parità di trattamento nel mercato della fornitura di servizi *internet* (che si colloca a monte rispetto a quello dei motori di ricerca): in base al principio di neutralità della rete, il *provider* non può discriminare il traffico *internet*, privilegiando alcuni contenuti rispetto ad altri (cfr. spec. art. 3, par. 3 reg. (UE) n. 2120/2015 come interpretato nella sentenza della Corte del 15 settembre 2020, cause riunite C-807/18 e C-39/19, *Telenor*, punto 47). Secondo il Tribunale, l'analisi del mercato a valle, quello dei motori di ricerca generici, non può trascurare la stessa esigenza: la speciale responsabilità gravante su Google, qualificata come super-dominante (*ultra-dominant*) in questo mercato, può tradursi in un obbligo di garantire pari opportunità di accesso ai risultati (causa T-612/17, punti 177-180).

Alla luce di quanto sopra, il Tribunale sembra confermare un principio di neutralità della ricerca (*search neutrality*) riscontrabile anche nella legislazione dell'Unione successiva all'adozione della decisione impugnata (cfr. art. 7, par. 3, lett. *b*, reg. (UE) n. 1150/2019 che disciplina i rapporti tra piattaforme e utenti commerciali delle stesse, non applicabile *ratione temporis* al caso di specie). Come sottolineato da autorevole dottrina, neutralità nella ricerca non significa limitare la legittima discrezionalità del motore di ricerca nel definire i propri criteri di indicizzazione (elemento da cui dipende la qualità del motore stesso), bensì di fare in modo che essi siano applicati in modo equo e trasparente (O. BRACHA, F. PASQUALE, *Federal Search Commission? Access, Fairness, and Accountability in the Law of Search*, in *Cornell Law Review*, vol. 93, 2008, p. 1149 ss.; M. GRANIERI, V. FALCE, *La search neutrality tra regolazione e abuso di posizione dominante*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 2, 2016, pp. 289-312; N. ZINGALES, *Google Shopping: beware of 'self-favouring' in a world of algorithmic nudging*, in *Competition Policy International*, 13 marzo 2018).

La *ratio* alla base di tale obbligazione è il ruolo di "quasi-monopolio" del motore di ricerca (i.e. quote di mercato superiori al 90%) e la scarsa sostituibilità per i siti concorrenti del traffico generato dallo stesso. Per il Tribunale, infatti, quella di Google è una posizione super-dominante: il termine ricorre, seppur raramente, nella giurisprudenza dell'Unione in relazione ad imprese che detengono quote di mercato molto elevate (sentenze della Corte del 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *TeliaSonera*, punto 81; del 16 marzo 2000, causa C-395/96, *Compagnie Maritime Belge*, punto 114). Tuttavia, è impossibile non leggere un richiamo alla nozione di *gatekeeper* che l'attuale proposta di *Digital Markets Act* si prefigge di definire (in dettaglio sul punto, cfr. P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market Act*, in *I post di AISDUE*, 25 febbraio 2021; M. LIBERTINI, *Digital markets and competition policy. Some remarks on the suitability of the antitrust toolkit*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, ott. 2021, pp. 337-358).

Inoltre, il carattere super-dominante della piattaforma sembra avere anche ricadute sotto il profilo dell'onere della prova. Quando la piattaforma realizza una condotta *prima facie* "anomala" rispetto al proprio modello imprenditoriale (nel caso di specie: il trattamento preferenziale dei propri contenuti a danno della qualità complessiva dei risultati di ricerca), spetta a quest'ultima dimostrare che tale condotta è invece conforme al diritto della concorrenza (causa T-612/17, punto 179).

4. La riflessione sul potere di mercato si ricollega ad una questione rimasta sullo sfondo della decisione *Google Shopping*, vale a dire la possibilità di qualificare un motore di ricerca generico come infrastruttura essenziale. Al riguardo, il Tribunale individua alcune differenze esistenti nel settore dei *big data* rispetto alla giurisprudenza "classica" sulle cc.dd. *essential facilities*.

Come è noto, un'infrastruttura è essenziale nella misura in cui i concorrenti del suo titolare devono accedervi per poter fornire i propri servizi ai clienti: qualora l'impresa titolare dell'infrastruttura detenga una posizione dominante, il rifiuto di accesso opposto ai concorrenti può integrare una violazione dell'art. 102 TFUE (cfr. Commissione, 11 giugno 1992, *Sealink/B&I*, punto 41; in dettaglio, cfr. A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2018, p. 623 ss.). A partire dalla sentenza *Bronner*, tuttavia, la Corte di Giustizia ha subordinato l'accertamento dell'abuso al soddisfacimento di requisiti piuttosto stringenti, in particolare quello dell'indispensabilità dell'accesso per l'impresa concorrente (sentenza della Corte del 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner*, punto 41). Occorre, tuttavia, chiarire la finalità di tale limitazione sotto il profilo economico: nei casi finora esaminati l'infrastruttura è costituita da un bene il cui valore dipende dalla capacità del titolare di conservarne l'uso esclusivo, come è il caso, ad esempio, di una rete di distribuzione. In tali circostanze, la possibilità di opporre il rifiuto incentiva l'impresa dominante a investire nell'infrastruttura, stimolando l'innovazione del mercato, e in tal senso non appare *per se* illegittimo il rifiuto (o le limitazioni) all'accesso di terzi, quanto meno fino appunto al limite dell'indispensabilità di tale accesso (causa T-612/17, punto 217).

Raffrontando la teoria di cui sopra al caso di specie il Tribunale evidenzia: (i) delle analogie, in quanto un motore di ricerca ha caratteristiche *simili* a quelle di un'infrastruttura essenziale quando rappresenta una fonte di traffico indispensabile per coloro che operano nel mercato a valle (causa T-612/17, punto 224); (ii) delle differenze, poiché il motore di ricerca è per natura un'infrastruttura aperta, il cui successo dipende dalla capacità di indicizzare il maggior numero possibile di pagine *web* di soggetti terzi e presentarli nei propri risultati di ricerca (causa T-612/17, punti 177 e 178).

Ciò considerato, il Tribunale, riprendendo un recente orientamento della Corte, afferma che le condizioni del *test Bronner* non si applicano qualora l'impresa dominante subordini l'accesso all'infrastruttura a condizioni inique: in tali circostanze, infatti, l'accesso è già stato concesso, perciò non occorre tutelare il diritto di esclusiva del titolare attraverso il requisito

dell'indispensabilità (cfr. sentenze della Corte del 25 marzo 2021, causa C-152/19 P, *Deutsche Telekom*, punti 50 e 51; in stessa data, causa C-165/19 P, *Slovak Telekom c. Commissione*, punti 48-50; cfr. D. KATSIFIS, *The CJEU's ruling on Slovak Telekom, and what it means for cases involving dominant digital platforms*, in *Platform Law Blog*, 29 marzo 2021). Nel caso di specie, infatti, secondo il Tribunale si realizza non già un (mero) rifiuto di accesso, bensì una condotta attiva di carattere discriminatorio (causa T-612/17, punti 229-245).

5. Come si è accennato nell'introduzione, la sentenza in esame rafforza le scelte di politica della concorrenza adottate dalla Commissione negli ultimi anni ed è destinata ad avere ripercussioni sulle indagini in corso, tra cui spiccano *Amazon Marketplace* (AT.40462), *Amazon BuyBox* (AT.40703), *Facebook Marketplace* (AT.40684) e il già citato *Google Adtech* (AT.40670).

Per riprendere una metafora utilizzata dalla Vicepresidente esecutiva Margrethe Vestager, queste indagini affrontano i rischi insiti nel duplice ruolo ricoperto dai *gatekeeper* digitali: come "arbitri" controllano piattaforme che consentono agli utenti commerciali di raggiungere i propri clienti (mercato a monte); come "giocatori" competono con gli utenti commerciali offrendo i propri servizi sulla piattaforma (mercato a valle).

Le analogie più marcate con *Google Shopping* si registrano in relazione al caso *BuyBox*: l'indagine prende il nome dall'algoritmo della piattaforma di *e-commerce* che seleziona i prodotti "comparativamente migliori" in base alla ricerca effettuata dall'utente, consentendone l'acquisto diretto. Poiché circa quattro quinti delle vendite realizzate all'interno della piattaforma riguardano prodotti così individuati, "vincere la Buy Box" (cioè essere selezionati dall'algoritmo) riveste un'importanza cruciale per i rivenditori indipendenti (Commissione, 10 novembre 2020, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices*, IP/20/2077).

Secondo la Commissione, tuttavia, i criteri adottati dall'algoritmo premierebbero, a parità delle altre caratteristiche, prodotti di operatori che aderiscono al servizio di logistica *Fulfillment by Amazon* (FBA), gestito dalla piattaforma stessa. Come in *Google Shopping*, anche in questo caso entrano in gioco un comportamento "anomalo" della piattaforma e il principio di equo trattamento, seppur in un ambito più specifico della ricerca *online*.

L'indagine *BuyBox* rappresenta una diramazione del caso *Amazon Marketplace*, in cui il trattamento preferenziale assume una portata più ampia: i dati sui rivenditori al dettaglio raccolti da Amazon in veste di intermediario (a monte) possono essere utilizzati da quest'ultima per calibrare le offerte dei propri prodotti ai consumatori (Commissione, 17 luglio 2019, *Antitrust: Commission opens investigation into possible anticompetitive conduct of Amazon*, IP/19/4291; Commissione, 10 novembre 2020, IP/20/2077, cit.). Tale strategia, riscontrabile anche nei mercati *offline* (basti pensare ai prodotti c.d. *private label* venduti dalle catene di supermercati), è senz'altro riconducibile al *leveraging* della posizione dominante. Tuttavia, sotto il profilo della condotta, sembra mancare uno dei due elementi caratterizzanti *Google Shopping*, ossia una attiva penalizzazione dei concorrenti. Considerazioni analoghe possono essere trasposte nel settore dell'intermediazione pubblicitaria sui *social network* relativamente al caso *Facebook Markeplace*, che interessa peraltro anche possibili pratiche leganti (Commissione, 4 giugno 2021, *Antitrust: Commission opens investigation into possible anticompetitive conduct of Facebook*, IP/21/2848; sul punto, cfr. l'indagine avviata in parallelo dalla ANC britannica: CMA, 4 giugno 2021, *CMA investigates Facebook's use of ad data*, p. 2).

L'ultima delle indagini menzionate, *Google Adtech*, si ricollega al tema dell'accesso all'infrastruttura essenziale, sebbene in un contesto diverso, quello dell'intermediazione della pubblicità esposta su siti *web* (*display advertising*), caratterizzato dalla presenza di piattaforme in grado di collegare il versante degli inserzionisti pubblicitari con quello dei gestori di siti *web*. Tra le condotte contestate dalla Commissione, infatti, rientra il rifiuto di Google di fornire ad intermediari terzi l'accesso ai dati sulle interazioni dei consumatori con tali inserzioni (Commissione, 22 giugno 2021, IP/21/3143, cit.). A differenza di *Google Shopping*, qui il colosso statunitense può opporre, a giustificazione del rifiuto, esigenze di *privacy* dei consumatori. Ciò ripropone la questione del (non facile) bilanciamento tra maggiore circolazione dei dati (in ottica pro-concorrenziale) da una parte, e tutela della riservatezza, dall'altra (cfr. L. CALZOLARI, *International and EU Antitrust Enforcement in the Age of Big Data*, in *Diritto del commercio internazionale*, n. 4, 2017, pp. 855-879, spec. p. 863). La fattispecie era stata, peraltro, esaminata dall'autorità italiana (che ha dichiarato il non luogo a provvedere a seguito dell'intervento della Commissione: AGCM, 20 ottobre 2020, *Google nel Mercato Italiano del Display Advertising (avvio istruttoria)*, A542, in Boll. n. 43/2020; Id., 12 ottobre 2021, *Google nel*

Mercato Italiano del Display Advertising (chiusura istruttoria), A542, in Boll. n. 43/2021) ed è soggetta ad una parallela indagine della CMA britannica (che pare destinata a concludersi con l'assunzione di impegni: CMA, 26 novembre 2021, *CMA secures improved commitments on Google's Privacy Sandbox*).

6. Se si sposta l'attenzione alle ANC europee, la sentenza *Google Shopping* si pone già come importante precedente nella prassi decisionale delle prime: basti pensare al recente provvedimento con cui l'AGCM ha condannato Amazon ad una sanzione superiore a 1,128 miliardi di euro per abuso di posizione dominante (AGCM, 30 novembre 2021, *FBA Amazon*, A528, in Boll. n. 49/2021); ivi le condotte contestate ad Amazon sono sostanzialmente coincidenti a quelle oggetto dell'indagine *Amazon BuyBox* della Commissione, e cioè un trattamento preferenziale dei prodotti Amazon e di quelli dei rivenditori indipendenti che si avvalgono dei servizi offerti da Amazon sul mercato a valle (in particolare, il già menzionato *Fulfillment by Amazon* - FBA). Sul parallelismo tra i due procedimenti, peraltro, è stato chiamato a pronunciarsi il Tribunale dell'Unione, che ha respinto il ricorso di Amazon sulla decisione della Commissione di avvio delle indagini (ordinanza del Tribunale (Prima Sezione) del 14 ottobre 2021, causa T-19/21, *Amazon.com e a. c. Commissione*).

Per quanto di interesse in questa sede, occorre evidenziare (i) la qualifica di piattaforma super-dominante espressamente attribuita ad Amazon nel mercato dei servizi di intermediazione *online* su *marketplace* (A528, punto 609); (ii) la configurazione della condotta come trattamento preferenziale nell'ambito di una strategia di *leveraging* volta a rafforzare la posizione di Amazon nel settore della logistica (A528, punto 716); (iii) l'inadeguatezza delle giustificazioni offerte da Amazon circa la maggiore efficienza dei propri servizi (A528, punti 723); (iv) l'indispensabilità per i rivenditori indipendenti dei vantaggi legati all'adesione al programma FBA (A528, punto 824).

Il provvedimento dell'AGCM si contraddistingue per un'ampia analisi delle dinamiche concorrenziali che caratterizzano il settore dell'*e-commerce*. Secondo l'Autorità, la struttura di prezzo dei servizi di logistica di Amazon sarebbe in grado di rendere più costosa l'offerta contemporanea di un prodotto su più piattaforme, così da incentivare la decisione del rivenditore si operare unicamente su Amazon. L'attenzione per le strategie di tipo *one stop shop* delle piattaforme potrebbe guidare anche le indagini in corso presso la Commissione. Il provvedimento in esame, peraltro, si

colloca in linea di continuità con altri interventi di *enforcement*, quali la sanzione irrogata nel caso *Android Auto* e l'indagine già menzionata nel settore del *display advertising* (AGCM, 27 aprile 2021, *Google/Compatibilità app Enel X Italia con Sistema Android Auto*, A529, in Boll. n. 20/2021; AGCM, 20 ottobre 2020, A542, cit.; in dettaglio, sia consentito il rinvio a M. BARBANO, *Verso un antitrust italiano 4.0? I GAFAM e i big data all'esame dell'AGCM*, in *Diritto del commercio internazionale*, n. 4, 2021, in corso di pubblicazione).

Le iniziative dell'AGCM non costituiscono un caso isolato. In relazione a fattispecie di trattamento preferenziale, si segnalano, ad esempio: (i) l'indagine avviata dall'ANC polacca nei confronti della piattaforma di *e-commerce* Allegro (UOKiK, 10 dicembre 2019, *Procedure against Allegro*); (ii) il procedimento dell'ANC tedesca legato all'integrazione del servizio Google News Showcase nelle pagine dei risultati di ricerca generici (Bundeskartellamt, 4 giugno 2021, *Bundeskartellamt examines Google News Showcase*).

In una prospettiva di analisi diversa, infine, saranno di interesse anche le probabili ripercussioni della sentenza *Google Shopping* sulle azioni di *private enforcement follow-on*, in relazione alle quali la casistica è, ad oggi, piuttosto isolata (F. MACHINA GRIFEO, *'Servizi' Google, la posizione dominante non basta per liquidare il danno ai concorrenti*, in *NT+ Diritto*, 21 gennaio 2021; in generale sull'argomento sia consentito il rinvio a F. MUNARI, M. BARBANO, *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., Milano, 2020, pp. 357-373).

7. In conclusione, la sentenza *Google Shopping* fornisce un supporto giurisprudenziale all'approccio "interventista" della Commissione nel settore delle piattaforme digitali. In alcuni passaggi, il Tribunale sembra infatti andare al di là delle specificità della fattispecie in esame per fornire indicazioni di principio verosimilmente utilizzabili per una più ampia ricognizione in argomento: le considerazioni in materia di equo trattamento e di accesso a condizioni inique all'infrastruttura essenziale sono destinate ad essere riprese in numerosi procedimenti, primo fra tutti *Amazon BuyBox*. Del resto, anche le ANC nell'UE (e quella del Regno Unito) sembrano condividere l'attivismo della Commissione: nel caso dell'AGCM italiana, il provvedimento *FBA Amazon* recepisce alcuni punti-chiave della sentenza. Si evidenziano, comunque, anche profili di originalità, come testimonia

l'analisi relativa alla concorrenza tra *marketplace* e nel settore dei servizi di logistica.

Nonostante l'orientamento inaugurato dal Tribunale in *Google Shopping* appaia largamente condivisibile, non si possono ignorare alcuni profili che scontano una certa indeterminatezza, quali la nozione di impresa super-dominante e quella di condotta "anomala" della piattaforma capace di giustificare un'inversione dell'onere della prova. Questi concetti, infatti, suscettibili di applicazione anche ad altri settori dell'economia, potrebbero avere conseguenze significative nel lungo periodo. Indicazioni utili giungeranno dall'impugnazione che, con ogni probabilità, sarà presentata innanzi alla Corte di giustizia: per il momento, si può comunque cominciare a pensare che nell'*antitrust* dell'Unione si sia davvero alzato il vento del cambiamento "digitale".

UN "APPRODO" PER LE CONCESSIONI BALNEARI: L'ADUNANZA PLENARIA NEGA LA PROROGA AUTOMATICA DELLE CONCESSIONI

ANDREA CIRCOLO*

SOMMARIO: 1. Introduzione: il settore delle concessioni balneari nell'ordinamento italiano. – 2. Le pronunce dell'Adunanza plenaria: profili critici. – 3. L'indennizzo a favore dei concessionari uscenti. – 4. Conclusioni: sull'adattamento del diritto interno al diritto dell'Unione.

1. Con due pronunce gemelle, del 9 novembre 2021 (nn. 17 e 18), l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pare abbia messo un punto fermo sull'annosa questione delle cc.dd. concessioni balneari, delegittimando definitivamente la proroga *ex lege* delle concessioni.

La decisione si inserisce nel solco di un conflitto oramai risalente che coinvolge l'ordinamento italiano e l'ordinamento dell'Unione e che ha contribuito a definire un quadro giuridico in materia incerto (sul tema, v., da ultimo, C. BURELLI, *Le concessioni turistico-ricreative tra vincoli "comunitari" e normativa italiana: criticità e prospettive*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2021, p. 247 ss.; per un lavoro monografico, F. CAPELLI, *Evoluzione, splendori e decadenza delle direttive comunitarie. Impatto della direttiva CE n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli, 2021).

Da un lato, la giurisprudenza di legittimità ha da tempo aderito alla lettura dell'art. 37 del codice della navigazione che privilegia l'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento delle concessioni demaniali marittime. Procedure di selezione pubblica si rendono necessarie alla luce dei principi generali del diritto dell'Unione in materia di libertà di stabilimento (art. 49 ss. TFUE) e di libera circolazione dei servizi (art. 56 ss. TFUE), quali la *par condicio*, l'imparzialità e la trasparenza, così come richiamati dalla direttiva 2006/123/CE (c.d. "direttiva Bolkestein" o "direttiva servizi") e confermati dalla relativa giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenza del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa* e *Mario Melis*).

* Dottore di ricerca in diritto dell'Unione europea - Università degli Studi di Napoli Parthenope.

Dall'altro, nel 2019, il legislatore, anziché consentire l'espletamento delle gare per l'assegnazione delle concessioni in scadenza, ha disposto l'ennesima proroga automatica (fino al 1° gennaio 2034), nell'ottica del mantenimento dello *status quo* e in evidente contrasto con quanto stabilito dal diritto dell'Unione (v. l'art. 1, comma 682, della Legge di bilancio 2019, del 30 dicembre 2018, n. 145; ma v. già la legge n. 221/2012).

La questione è tornata sotto i riflettori dopo una discutibile pronuncia della sez. I del TAR Puglia – Lecce, che aveva ritenuto legittima la proroga delle concessioni sul presupposto che il potere di disapplicare le norme interne in contrasto col diritto dell'Unione spetterebbe soltanto al giudice e mai all'amministrazione, che sarebbe costretta ad applicare ugualmente la norma nazionale anche se incompatibile (sez. I, n. 895, 27 novembre 2020; per un commento alla sentenza, G. VITALE, *Considerazioni a margine della pronuncia del TAR Puglia sulla disapplicazione da parte dell'Amministrazione di una norma interna incompatibile con il diritto dell'Unione*, in *dirittounioneeuropea.eu*, 11 febbraio 2021).

La stessa sezione del TAR Lecce ha poi confermato la sua tesi, nella fattispecie in esame, ritenendo legittima l'istanza di proroga presentata dal concessionario e precedentemente respinta dall'amministrazione; così ponendosi in contrasto con la sentenza *Fratelli Costanzo* (sentenza della Corte del 22 giugno 1989, causa C-103/88, spec. punti 28-33), che da tempo ha riconosciuto anche all'amministrazione il dovere/potere di disapplicazione. Peraltro, esso ha ritenuto che, in ogni caso, la disapplicazione non fosse possibile nel caso di specie, dal momento che l'art. 12 della direttiva Bolkestein non costituirebbe una disposizione *self-executing* e che, anche ove lo fosse, ciò non legittimerebbe l'organo amministrativo a disapplicare la legge interna, essendo l'accertamento della natura della direttiva riservato solo al giudice e precluso all'amministrazione.

Viceversa, nel secondo ricorso, il ricorrente era un concessionario che appellava dinanzi al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana la sentenza del TAR Catania che, rifacendosi alla giurisprudenza della Corte di giustizia e riconoscendo la primazia del diritto dell'Unione, aveva confermato il rigetto dell'istanza per la estensione della validità della concessione demaniale marittima operato dall'Autorità di Sistema portuale dello Stretto.

Rilevata la necessità di porre fine alle divergenze nell'applicazione del diritto da parte della giurisprudenza e dell'amministrazione, alla luce della rilevanza economico-sociale della questione, il Presidente del Consiglio di Stato ha deferito d'ufficio l'affare all'Adunanza plenaria *ex* art. 99, comma 2, c.p.a. (v. il decreto di rimessione, del 24 maggio 2021, n. 160).

Il conflitto tra i due Tribunali amministrativi regionali costituisce soltanto l'ultimo episodio di un contrasto applicativo che minaccia da tempo l'uniformità e la certezza del diritto in materia di concessioni. Infatti, sebbene lo stesso Consiglio di Stato fosse recentemente intervenuto a confermare l'illegittimità della proroga automatica delle concessioni demaniali marittime (Cons. Stato 17 luglio 2020, sez. VI, n. 4610; ma v. già Cons. Stato 25 gennaio 2005, sez. VI, n. 168; Cons. Stato 31 gennaio 2017, sez. VI, n. 394), non sono mancate in passato decisioni del giudice amministrativo di segno sostanzialmente opposto (nel senso di un riconoscimento dell'intervenuta proroga, v. lo stesso Cons. Stato 24 ottobre 2019, sez. V, da n. 7251 a n. 7258; nonché TAR Calabria – Catanzaro 16 ottobre 2019, sez. II, n. 1742; TAR Toscana – Firenze 9 novembre 2020, sez. III, n. 1337).

La pronuncia dell'Adunanza plenaria si apprezza sotto numerosi profili che qui si intende brevemente richiamare, prescindendo da quelli di diritto amministrativo puro, su cui pure l'AP si sofferma (uno su tutti, la distinzione tra concessione e autorizzazione di servizi).

a) Anzitutto, nel respingere l'argomento dell'assenza di competenza dell'Unione ad adottare misure di armonizzazione in materia di turismo – che renderebbe inapplicabile la direttiva Bolkestein – il Consiglio di Stato ha evidenziato come la questione riguardasse piuttosto il libero gioco della concorrenza, "materia" trasversale in grado di condizionare anche quei settori in cui l'Unione europea è priva di ogni tipo di competenza o ha solo una competenza di "sostegno" (punto 23). I giudici di Palazzo Spada, sia pure non espressamente, richiamano l'orientamento della Corte di giustizia secondo cui l'esercizio di una competenza riservata agli Stati membri non esclude il rispetto degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione. In tale prospettiva, si colloca una giurisprudenza consolidata e ricchissima che interessa diversi settori (materia penale, espropriazione pubblica, organizzazione della giustizia, organizzazione del sistema fiscale, *etc.*; tra le più recenti, v. sentenze della Corte dell'11 dicembre 2017, causa C-438/05, *Viking*, punto 40; del 13 novembre 2018, causa C-247/17, *Raugevicius*, punto 45; del 26 febbraio 2019, cause riunite C-202/18 e C-238/18, *Rimšēvičs*, punto 57).

b) La pronuncia del giudice amministrativo ha il merito di riaffermare con vigore la giurisprudenza *Costanzo* (sopra citata; punto 32 della pronuncia dell'AP). Come più volte hanno avuto modo di ribadire sia la Corte

di giustizia sia la Corte costituzionale, sarebbe contraddittorio consentire che i singoli possano invocare dinanzi al giudice interno le norme del diritto dell'Unione aventi effetto diretto allo scopo di farne censurare la mancata applicazione da parte della PA e, allo stesso tempo, negare che la stessa PA sia obbligata ad applicare quelle norme disapplicando le norme interne confliggenti (nella giurisprudenza italiana, v. Corte cost. sentt. 11 luglio 1989, n. 389; 18 aprile 1991, n. 168; 10 novembre 1994, n. 384; Cass. 9 luglio 2004, n. 12716; Cons. Stato 23 maggio 2006, sez. VI, n. 3072). Invero, qualora l'amministrazione dovesse sempre e comunque attendere la disapplicazione della normativa nazionale contrastante da parte del giudice interno oppure, ove non possibile, un intervento legislativo di modifica o la dichiarazione di illegittimità costituzionale, al diritto dell'Unione sarebbe negato ogni tipo di effetto utile.

Nel caso di specie, l'Adunanza plenaria ha giustamente rilevato come appaia una contraddizione in termini immaginare che l'amministrazione sia costretta ad adottare un atto illegittimo sull'assunto che solo il giudice possa disapplicare la legge interna in contrasto con una direttiva dell'Unione. Nessuna ragione di certezza del diritto può sussistere se l'atto è destinato ad essere annullato in un secondo momento in sede giurisdizionale. L'obbligo in capo alla p.a. e al giudice di applicare le norme dotate di efficacia diretta contenute in una direttiva non recepita nasce proprio per evitare che gli Stati membri possano decidere di applicare solo le parti del diritto dell'Unione ad essi gradite (c.d. *cherry picking*).

c) Il Consiglio di Stato si è brevemente soffermato anche sulla presunta assenza di efficacia diretta della direttiva Bolkestein (punto 33 e seguenti), limitandosi a ricordare come l'efficacia diretta della direttiva servizi sia stata formalmente riconosciuta dalla Corte di giustizia nella sentenza *Promoimpresa* (sopra citata, spec. punto 61).

A tal proposito, pare lecito chiedersi perché il TAR Lecce non abbia sollevato questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 11 e 117 della Costituzione se, da un lato, considerava la normativa interna incompatibile con il diritto dell'Unione e, dall'altro, riteneva che la direttiva non fosse direttamente efficace.

d) Il giudice amministrativo offre una ricostruzione lineare del rapporto tra giudicato nazionale e ordinamento dell'Unione.

Dopo aver richiamato la giurisprudenza *Kuhne* (sentenza della Corte del 13 gennaio 2004, causa C-453/00), secondo la quale – è risaputo – non

sussiste l'obbligo di autotutela da parte dell'amministrazione nei confronti di un atto adottato in contrasto con il diritto dell'Unione e confermato da un giudicato, se non nei casi in cui l'ordinamento interno preveda appositi rimedi straordinari in grado di superare il principio di stabilità degli atti, il Consiglio di Stato ha rilevato l'impossibilità di applicarla al caso di specie. Infatti, la proroga è direttamente disposta per legge, mentre gli atti dell'amministrazione posseggono un mero valore ricognitivo (così già Cons. Stato, sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874); per questo motivo, dal momento che la norma che prevede la proroga è incompatibile con il diritto dell'Unione, ne deriva che, in caso di disapplicazione della stessa, l'effetto della proroga deve considerarsi *tamquam non esset* ("l'effetto autoritativo è prodotto direttamente dalla legge, [ragion per cui] la non applicabilità di quest'ultima impedisce il prodursi dell'effetto autoritativo della proroga" - punto 43).

A nulla vale nemmeno opporre la presenza di un giudicato favorevole al concessionario. Poiché il rilascio o il rinnovo di una concessione dà vita ad un rapporto giuridico di durata, il giudicato copre solamente quella parte del rapporto già prodottasi, mentre non è in grado di incidere su quella che si svolge successivamente, ragion per cui, in conseguenza della disapplicazione della norma in questione, gli effetti della concessione vengono comunque meno *pro futuro*.

2. Non mancano nella pronuncia del giudice amministrativo alcuni passaggi critici che meritano di essere brevemente approfonditi.

Pur riconoscendo il primato del diritto dell'Unione e l'applicabilità della direttiva, l'Adunanza plenaria non ha immediatamente disapplicato la normativa nazionale in contrasto, ma ha deciso di modulare gli effetti della propria decisione, posticipandoli al 31 dicembre 2023. Consapevole del notevole impatto economico e sociale che sarebbe altrimenti derivato dall'improvvisa decadenza dei rapporti concessori in essere, nonché della necessaria tempistica ad espletare le gare, il Consiglio di Stato ha posticipato l'applicazione della pronuncia al termine indicato, salvo puntualizzare che, alla scadenza, tutte le concessioni demaniali in essere dovranno considerarsi prive di effetto e che eventuali nuove proroghe dovranno immediatamente essere disapplicate, senza eccezione di sorta, sia da parte della p.a. sia da parte dei giudici.

Si tratta di una tecnica non nuova alla giurisprudenza amministrativa che l'ha mutuata proprio dalla Corte di giustizia, il cui potere di limitare gli effetti delle sentenze è sancito, come noto, all'art. 264, comma 2, TFUE

(cfr. Cons. Stato, Adunanza plenaria, 22 dicembre 2017, n. 13, punto 6; in dottrina, cfr. A. DI MARTINO, *Modulazione nel tempo degli effetti caducatori e promessa di annullamento: il caso del piano a.i.b. della Regione Toscana*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 3, 2021, pp. 860 e 862).

Nondimeno, la modulazione degli effetti di una sentenza, che di per sé si configura come un'operazione eccezionale, appare maggiormente critica quando la sua attuazione determina l'applicazione della norma nazionale illegittima in luogo della norma di diritto dell'Unione (c.d. "disapplicazione del primato"; sia consentito rinviare a A. CIRCOLO, *La "disapplicazione del primato": le eccezioni della Corte di giustizia all'efficacia prevalente del diritto dell'Unione sul diritto interno. Note a margine della pronuncia* Inter-Environnement Wallonie II, in *dirittounioneeuropea.eu*, 11 novembre 2019).

A tal proposito, è pure noto che la stessa Corte di giustizia ha riconosciuto al giudice nazionale la facoltà di amministrare, caso per caso ed eccezionalmente, gli effetti dell'annullamento di una norma nazionale dichiarata incompatibile con il diritto dell'Unione; vale a dire di sospendere il primato nel rispetto di quattro precise condizioni: 1) la norma interna risulta incompatibile con una direttiva, nella sostanza già correttamente trasposta; 2) una nuova norma interna non può tempestivamente porre rimedio ai pregiudizi che deriverebbero dalla disapplicazione della norma interna contrastante; 3) il vuoto giuridico che seguirebbe alla disapplicazione della norma interna illegittima sarebbe ancor più nocivo per gli obiettivi che la direttiva si propone di raggiungere (cfr. le conclusioni dell'avv. gen. Kokott del 12 aprile 2018, causa C-561/16, *Saras Energía SA e a c. Administración del Estado*, punto 21); 4) l'eccezione deve essere temporanea e breve nel tempo (sentenze della Corte dell'8 settembre 2010, causa C-409/06, *Winner Wetten*, spec. punti 66 e 67; del 28 luglio 2016, causa C-379/15, *Association France Nature Environnement*, spec. punto 34; del 29 luglio 2019, causa C-411/17, *Inter-Environnement Wallonie*, spec. punto 177)

Ma, per evitare che dietro le ragioni imperative di certezza del diritto potesse celarsi un'applicazione generalizzata di tale regime eccezionale, in grado di pregiudicare il primato del diritto dell'Unione, la Corte ha circoscritto la sospensione della disapplicazione della norma interna in contrasto con la norma di diritto dell'Unione a specifici settori del diritto (precisamente, la protezione dell'ambiente e la sicurezza dell'approvvigionamento elettrico), tra i quali non rientra, al momento, la tutela dei concessionari pubblici.

L'Adunanza plenaria non fa assolutamente riferimento a tale orienta-

mento, concentrandosi invece su quello relativo agli effetti *ex nunc* della sentenza interpretativa, secondo il quale è possibile limitare la facoltà per gli interessati di far valere la norma giuridica come interpretata, qualora vi sia il rischio di "gravi ripercussioni economiche dovute, segnatamente, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base della normativa ritenuta validamente vigente" e quando risulta che "i singoli e le autorità nazionali [sono] stati indotti ad un comportamento non conforme al diritto dell'Unione in ragione di un'oggettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni di diritto dell'Unione", incertezza alla quale avevano eventualmente contribuito gli stessi comportamenti tenuti da altri Stati membri o dalla Commissione (sentenze della Corte del 27 febbraio 2014, causa C-82/12, *Transportes Jordi Besora*, punto 42; v. anche sentenze del 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*, punto 53; del 15 marzo 2005, causa C-209/03, *Bidar*, punto 69; del 2 settembre 2016, causa C-110/15, *Nokia Italia*, punto 60; del 10 novembre 2016, causa C-477/16 PPU, *Kovalkovas*, punto 52; del 16 settembre 2020, causa C-339/19, *Romenergo e Aris Capital*, punto 49).

La chiarezza del dato normativo, l'attivazione reiterata e la pendenza di numerose procedure di infrazione, nonché l'esistenza di una situazione di inadempimento che non trova conforto nella prassi di altri Stati membri, rappresentano solo tre degli elementi che rendono evidente come la giurisprudenza richiamata non potesse trovare applicazione nel caso di specie (per un'analisi comparatistica sull'attuazione della direttiva nei Paesi dell'Unione, G. CERRINA FERONI, *La gestione del demanio costiero. Un'analisi comparata in Europa*, in *federalismi.it*, n. 4, 2020, p. 21 ss.).

Quantunque non sia dato sapere se la scelta di fondare la ricostruzione su tale indirizzo interpretativo senza alcun riferimento alla giurisprudenza sulla sospensione del primato, rappresenti un errore tecnico o una lacuna ideologica, non sembra azzardato supporre che l'opportunità di estendere la sospensione anche alla tutela dei rapporti giuridici concessori avrebbe sollevato nell'interprete dubbi che soltanto il rinvio alla Corte di giustizia avrebbe potuto sciogliere, con il rischio che la risposta del giudice dell'Unione potesse condurre all'immediata disapplicazione. Si tenga in conto, invero, che, nella più ampia prospettiva delle giustificazioni che lo Stato può sollevare nell'ambito di una procedura di inadempimento, non figurano "disposizioni o prassi del proprio sistema giuridico o altre contingenze nazionali, [né] il semplice timore di difficoltà interne" (G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, III ed., Napoli, 2021, p. 429).

Per inciso, l'Adunanza plenaria aveva pure colto l'occasione per riaffermare la giurisprudenza *CILFIT* (6 ottobre 1982, causa 283/81), già recentemente rinvigorita dalla Corte di Lussemburgo (sentenza della Corte del 6 ottobre 2021, causa C-561/19, *Consorzio Italian Management*, con commento di P. DE PASQUALE in questo *Blog*). Il riferimento al potere/dovere del giudice nazionale di rivolgersi alla Corte per l'interpretazione del diritto dell'Unione non rappresentava un passaggio cardine della pronuncia (punto 29); ma si rivelava significativo se si tiene in conto che lo stesso giudice amministrativo, nel recente passato, si era sottratto ingiustificatamente all'obbligo di rinvio al giudice dell'Unione (Cons. Stato, sez. V, 28 novembre 2019, n. 474; in dottrina, per tutti, G. TESAURO, *Sui vincoli (talvolta ignorati) del giudice nazionale prima e dopo il rinvio pregiudiziale: una riflessione sul caso* Avastin/Lucentis *e non solo*, in *federalismi.it*, n. 6, 2020, spec. pp. 199 e 200).

3. La pronuncia dell'Adunanza plenaria lascia aperto il tema dell'indennizzo a favore dei concessionari uscenti. La questione si presenta, solamente adesso e in tutta la sua complessità, per una semplice ragione: la lunga durata delle concessioni e l'affidamento nelle relative proroghe – costantemente accordate nel tempo – hanno sinora costituito tacitamente il contraltare degli investimenti del concessionario per la valorizzazione del bene.

Ma, l'assenza della proroga automatica rende il riconoscimento di un indennizzo a tutela degli investimenti effettuati dagli attuali concessionari uno strumento indispensabile per tutelare l'iniziativa economica privata. Soprattutto nell'ipotesi in cui, all'esito delle future gare espletate, questi non riescano ad assicurarsi nuovamente la titolarità della concessione. Al riguardo, si ricorda che, nel nostro ordinamento, persino il possessore in mala fede ha diritto a indennità per i miglioramenti recati alla cosa (art. 1150 c.c.). E che dello stesso avviso è stata la Corte di giustizia che, in un caso analogo, ha ritenuto incompatibile con gli artt. 49 e 56 TFUE una normativa nazionale che impone al concessionario di cedere a titolo non oneroso, all'atto della scadenza della concessione, l'uso dei beni materiali e immateriali di proprietà inerenti all'attività (sentenza della Corte del 28 gennaio 2016, causa C-375/14, *Laezza*; cfr. anche la sentenza *Promoimpresa*, sopra citata, punti 52-56).

Pertanto, è compito preciso del legislatore individuare un meccanismo di ristoro che sia in grado di coordinare il rispetto della *par condicio* e la tutela del concessionario uscente. Come chiarito a più riprese dalla Corte co-

stituzionale, un riconoscimento di tal genere non deve comportare, neppure indirettamente, un'ingiustificata compressione dell'assetto concorrenziale. Così, ad esempio, pur ammettendo la necessità di assicurare un'adeguata remunerazione, la Corte ha giustamente puntualizzato che il rilascio della proroga non può in ogni caso rientrare tra le forme di compensazione (Corte cost. sentt. 12 maggio 2010, n. 180; 17 novembre 2010, n. 340; 4 luglio 2011, n. 213.

Sulla scorta di tali premesse, è possibile immaginare due soluzioni normative. Nella prima ipotesi, all'amministrazione potrebbe essere riconosciuto il potere di fissare nel bando di gara i criteri sui quali parametrare l'indennizzo alla scadenza della concessione (ad es., l'ammontare dell'indennizzo potrebbe variare a seconda dell'eventualità che il concessionario si riconfermi o meno il titolare della concessione a seguito della nuova gara). L'assenza della fissazione di tali criteri comporterebbe la legittima impossibilità di garantire un indennizzo: l'offerente sarebbe da subito a conoscenza di tale circostanza e, su queste basi, potrebbe liberamente commisurare la propria offerta (ad es., impegnandosi a effettuare pochi investimenti sul presupposto che il profitto calcolato è basso; oppure, offrendo maggiori investimenti per assicurarsi ugualmente la concessione).

Nella seconda ipotesi, l'amministrazione sarebbe obbligata a riconoscere un indennizzo al concessionario uscente, nella misura e nelle modalità fissate nel bando di gara e sulla base degli investimenti realizzati.

In entrambi i casi, l'auspicio è che l'intervento legislativo si occupi di determinare in via astratta le percentuali dell'indennizzo, parametrandole alla quantità e alla qualità degli investimenti effettuati (riconoscendo, ad esempio, un indennizzo maggiore in caso di spese "*green*" o legate all'innovazione).

Sembra superfluo precisare, infine, che debba essere l'amministrazione a sostenere il costo degli indennizzi e non l'eventuale nuovo concessionario, che sarebbe altrimenti scoraggiato dal partecipare alla relativa gara per l'assegnazione della concessione. Gli indennizzi potrebbero essere finanziati dall'aumento dei canoni concessori che, in vista delle gare pubbliche, saranno di certo di rilievo.

4. A bene vedere, luci e ombre caratterizzano la pronuncia dell'Adunanza plenaria, certamente destinata a far discutere studiosi e operatori del diritto, e non solo.

Nell'ottica dell'adattamento al diritto dell'Unione, la pronuncia pare ispirata da un lucido realismo, in grado di porre fine alla "consuetudine"

delle proroghe automatiche e di consentire finalmente al legislatore di adeguare l'ordinamento interno al dettato della direttiva – ad es., con la fissazione di un limite massimo alla durata delle concessioni – pur contemplando le istanze di tutela dei concessionari uscenti.

Nondimeno, l'atteggiamento a tratti "costituzionale" del Consiglio di Stato – in ordine sparso: il monito rivolto al Governo e al Parlamento a riformare la materia, la natura "nomofilattica" e la modulazione degli effetti della decisione, la dichiarazione di inefficacia pro futuro di eventuali e ulteriori proroghe stabilite dal legislatore in spregio alla pronuncia – lascia a ragione alquanto perplessi (in questa direzione, M. A. SANDULLI, *Per la Corte costituzionale non c'è incertezza sui termini per ricorrere nel rito appalti: la sentenza n. 204 del 2021 e il creazionismo normativo dell'Adunanza plenaria*, in *federalismi.it*, n. 26, 2021, p. 187).

Per questo motivo, occorre forse domandarsi se la necessità di sradicare una diffusa prassi di contrasto con il diritto dell'Unione – che, nella fattispecie, ha coinvolto tutti e tre i poteri costituzionali – non renda in casi eccezionali di questo genere (e soltanto in casi di questo genere) l'intervento della Corte costituzionale un rimedio percorribile.

LA CORTE DI GIUSTIZIA CONDANNA LA POLONIA AL PAGAMENTO DI UNA PENALITÀ DI MORA PER NON AVER OSSERVATO LE MISURE CAUTELARI EMESSE RIGUARDO ALLA MINIERA DI LIGNITE DI *TURÓW*

GIULIA D'AGNONE*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Circostanze fattuali e analisi dell'ordinanza. 3. – Sulla legittimazione attiva a richiedere alla Corte l'inflizione di una penalità di mora. – 4. Sui criteri per la determinazione della penalità di mora. – 5. Brevi osservazioni conclusive.

1. Il 20 settembre scorso la Corte di giustizia si è pronunciata sulle conseguenze dell'inosservanza di misure cautelari emesse nell'ambito di un ricorso per inadempimento statale.

L'ordinanza che qui si commenta (emessa nella causa C-121/21 R, *Repubblica ceca c. Polonia*) rileva non tanto perché si inscrive in un procedimento cautelare accessorio a un ricorso per inadempimento promosso da uno Stato membro (circostanza di per sé rara, se si considera che si tratta del nono ricorso per inadempimento *ex* art. 259 TFUE dall'inizio dell'attività della Corte di giustizia) nell'ambito del quale il ricorso a misure cautelari è ancora più infrequente (sulla tutela cautelare v., tra i più recenti, M.F. ORZAN, *The Provisional Features of Interim Relief Before the Court of Justice of the European Union*, in F. M. PALOMBINO, R. VIRZO, G. ZARRA (eds.), *Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals*, 2021, The Hague, p. 199 ss.; M. CONDINANZI, *La protezione giurisdizionale cautelare avanti al Giudice dell'Unione europea: l'efficacia e l'equilibrio*, 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. 190 ss.; K. LENAERTS, M. RADLEY, *Recent Case-law of the European Court of Justice in Interim Measures Cases*, in *European Law Reporter*, 2016, p. 2 ss.). Il profilo di novità più rilevante è piuttosto rappresentato dalla condanna dello Stato membro convenuto, la Polonia, al pagamento di una penalità di mora

* Assegnista di ricerca di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".

quale sanzione per non aver osservato le misure cautelari precedentemente imposte a suo carico.

2. Il contesto nel quale si inscrive l'ordinanza è il seguente. Nel 1994 le autorità polacche concedevano a un gestore una concessione per la gestione della miniera di lignite di Turów fino al 30 aprile 2020. Nel 2008 la Polonia ha emanato una legge che ammette la possibilità di prorogare per sei anni un'autorizzazione per attività estrattiva senza effettuare una valutazione di impatto ambientale e che consente che il procedimento di rilascio di un'autorizzazione nella maggior parte dei casi non sia pubblico. Sulla base di tale legge, il gestore della miniera si è visto autorizzare ad estrarre la lignite fino al 2026.

Ritenendo che la Polonia avesse violato una serie di disposizioni del diritto dell'UE, la Repubblica ceca ha presentato un ricorso per inadempimento ex art. 259 TFUE dinanzi alla Corte di giustizia. Nelle more della sentenza che porrà fine alla causa C-121/21, la Repubblica ceca ha chiesto e ottenuto dalla Corte, che si è pronunciata con ordinanza del 21 maggio 2021 nell'ambito di un procedimento sommario ai sensi dell'art. 279 TFUE, di ordinare alla Polonia di cessare le attività estrattive nella miniera di Turów. Ritenendo che la Polonia non abbia rispettato gli obblighi su di essa incombenti in virtù di detta ordinanza, la Repubblica ceca ha presentato una domanda di condanna di tale Stato membro al pagamento di una penalità di 5.000.000 euro al bilancio dell'UE.

Come già anticipato, la vicepresidente della Corte ha accolto la richiesta della Repubblica ceca, condannando lo Stato convenuto a versare alla Commissione una penalità giornaliera di 500 000 euro al giorno, fino alla data in cui la Polonia non si sarà conformata all'ordinanza del 21 maggio 2021.

La decisione è sotto tale aspetto innovativa, nonostante in un precedente, riguardante ancora una volta un inadempimento di una misura cautelare da parte della Polonia, la Corte si fosse già ritenuta competente a condannare uno Stato membro al pagamento di una penalità di mora per mancata osservanza di misure cautelari (ordinanza del 20 novembre 2017, causa C-441/17 R, *Commissione c. Polonia*. V. a commento G. D'AGNONE, *Interim Relief in Commission v. Poland: the End Justifies the Means?*, in *Il Diritto dell'Unione europea – osservatorio europeo*, 31 dicembre 2017; EDITORIAL, *Winter is Coming. The Polish Woodworm Games*, in *europeanpapers.eu*, 2017, p. 797 ss.; D. SARMIENTO, P*rovisional (and Extraordinary) Measures in the Name of the Rule of Law*, in *verfassungsblog.de*, 24 novem-

bre 2017. V. anche M. CONDINANZI, *op. cit.*, p. 203 ss.). Ritenendo infatti che "[i]l fatto di far rispettare ad uno Stato membro i provvedimenti provvisori adottati dal giudice del procedimento sommario, prevedendo l'imposizione di una penalità di mora in caso di inosservanza dei medesimi, mira […] a garantire l'applicazione effettiva del diritto dell'Unione" (para. 102), l'ordinanza proseguiva asserendo che nel caso in cui la violazione delle misure cautelari previamente imposte fosse stata accertata, la Corte avrebbe condannato la Polonia a versare alla Commissione una penalità di mora (punto 118).

Nel caso in questione, invece, la Corte è arrivata fino in fondo, statuendo che "il apparaît dès lors nécessaire de renforcer l'efficacité des mesures provisoires ordonnées par l'ordonnance du 21 mai 2021, en prévoyant l'imposition d'une astreinte à la République de Pologne aux fins de dissuader cet État membre de retarder la mise en conformité de son comportement avec cette ordonnance" (punto 49).

L'ordinanza non aggiunge molto rispetto alla precedente del 2017, la cui argomentazione giuridica è lungamente richiamata, quanto al fondamento giuridico dell'imposizione di una penalità di mora quale conseguenza dell'inosservanza di misure cautelari previamente emesse.

Al punto 36 dell'ordinanza, infatti, si legge che "le juge des référés doit être en mesure d'assurer l'efficacité d'une injonction adressée à une partie au titre de l'article 279 TFUE, en adoptant toute mesure visant à faire respecter par cette partie l'ordonnance de référé. Une telle mesure peut notamment consister à prévoir l'imposition d'une astreinte pour le cas où ladite injonction ne serait pas respectée par la partie concernée".

Ancora una volta, dunque, la Corte ha giustificato la misura che impone una penalità di mora quale conseguenza dell'inosservanza di misure cautelari previamente emesse sulla base del principio dell'effetto utile, ignorando alcune questioni teoriche che una tale scelta pone rispetto al ricorso per inadempimento. Prima tra tutte, quella secondo la quale l'inosservanza di una misura cautelare avrebbe così conseguenze ben più incisive di quelle della pronuncia definitiva che, com'è noto, ha natura meramente dichiarativa.

Al tempo stesso, però, l'ordinanza del 20 settembre ha chiarito alcuni aspetti – due, in particolare – della tutela cautelare sui quali la Corte non si era ancora espressa, proprio in ragione della scarsità di giurisprudenza in tema di misure cautelari emesse nell'ambito di ricorsi per inadempimenti statali.

3. Il primo riguarda la definizione dei soggetti che godono di legittimazione attiva a richiedere alla Corte l'inflizione di una penalità di mora. A tal proposito, infatti, la Polonia ha contestato la legittimazione della Repubblica ceca sostenendo che solo la Commissione, in quanto custode dei trattati, sarebbe legittimata a presentare una domanda volta all'imposizione di una penalità di mora a uno Stato membro, verosimilmente riferendosi, per analogia, al fatto che l'art. 260, par. 2, TFUE attribuisce solo a tale istituzione il potere di adire la Corte per richiedere la condanna al pagamento di una penalità di mora o di una somma forfettaria a carico dello Stato membro che non abbia dato esecuzione alla sentenza emessa ai sensi del primo paragrafo del medesimo articolo. In effetti, finora è stata essenzialmente la Commissione ad avere un ruolo attivo nel garantire il rispetto delle misure cautelari (v., ad es., da ultimo, il comunicato del 7 settembre 2021 *Independence of Polish judges: Commission asks European Court of Justice for financial penalties against Poland on the activity of the Disciplinary Chamber*).

Contrariamente all'argomentazione avanzata dalla Polonia, sul punto la Corte si è invece espressa in favore della legittimazione attiva della Repubblica ceca, in quanto "dans le système des voies de recours établi par le traité, une partie peut non seulement demander, conformément à l'article 278 TFUE, le sursis à l'exécution de l'acte attaqué dans l'affaire au fond, mais également invoquer l'article 279 TFUE, afin de solliciter l'octroi de mesures provisoires" (punto 34).

Tale conclusione sembra condivisibile, in ragione dell'accessorietà del procedimento cautelare rispetto a quello principale, che vede gli Stati membri pienamente legittimati alla proposizione del ricorso. D'altronde, l'art. 160, par. 2, del Regolamento di procedura della Corte di giustizia fa riferimento a "chi è parte in una causa pendente dinanzi alla Corte" (V. M. F. ORZAN, *Commento artt. 160-162 del Regolamento di procedura della Corte di giustizia*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCCELLI (a cura di), *Le regole del processo davanti al giudice dell'Unione europea*, Napoli, 2017, p. 817 ss.). Dunque non solo tale disposizione non prevede eccezioni alla regola della legittimazione attiva in caso di ricorsi per inadempimento statale, ma addirittura parrebbe escludere una legittimazione attiva della Commissione allorché i ricorsi non siano stati attivati da tale istituzione *ex* art. 258 TFUE. E d'altronde la penalità di mora infliggibile in caso di inosservanza di misure cautelari non ha carattere sanzionatorio, ma si inscrive pienamente nell'ambito della tutela cautelare, il cui fine ultimo è quello di garantire che, nelle more del giudizio, non sia compromessa la

sentenza nel procedimento principale. Ciò a differenza, evidentemente, del procedimento attivabile ai sensi dell'art. 260, par. 2, TFUE, che è autonomo ed ha carattere sanzionatorio.

4. Il secondo elemento dell'ordinanza in commento che merita di essere segnalato è che la Corte ha chiarito i criteri per la determinazione della penalità, stabilendo che quest'ultima deve "d'une part, être adaptée aux circonstances et, d'autre part, proportionnée au manquement constaté ainsi qu'à la capacité de paiement de cet État membre" (punto 50).

I criteri utilizzati per la quantificazione della penalità di mora in ambito cautelare evocano in larga misura quelli ormai costantemente utilizzati per la definizione della penalità di mora *ex* art. 260, par. 2, TFUE, ossia durata dell'infrazione, grado di gravità e capacità finanziaria dello Stato membro di cui è causa (v. già sentenza del 4 luglio 2000, causa C-387/97, *Commissione c. Grecia*, punto 92). La trasposizione dei criteri usati per quantificare la sanzione nell'ambito del procedimento *ex* art. 260, par. 2, TFUE in ambito cautelare corre il rischio di creare una analogia tra le due tipologie di penalità, che invece hanno diversa natura. E se è vero che entrambe le misure mirano a persuadere lo Stato membro a modificare il proprio comportamento e a mettere fine all'inadempimento, non si può dimenticare che la misura cautelare è emessa all'esito di un procedimento sommario, che non può perciò essere comparato a quello di un ricorso in via principale.

Proprio per tale motivo – la diversa natura dei provvedimenti emessi all'esito dei due procedimenti – ci sembra che sia da escludere, a differenza di quanto ormai consolidato nell'ambito delle procedure per inadempimento statale, la possibilità che la Corte possa giungere ad affiancare alla penalità di mora anche la condanna al pagamento di una somma forfettaria. Ciò in quanto la Corte ha distinto le finalità perseguite da tali misure: l'una, la penalità di mora, mira a indurre lo Stato a cessare il suo inadempimento; l'altra, la somma forfettaria, è volta a sanzionare la mancata esecuzione della sentenza (v. così sentenza del 12 luglio 2005, causa C-304/02, *Commissione c. Francia*, punto 81).

5. Occorrerà tuttavia attendere e vedere come la Corte si orienterà al riguardo nel prossimo futuro. Sicuramente, nel caso in questione non è trascurabile la circostanza che si tratta di un inadempimento da parte di uno Stato membro, la Polonia, che sta mettendo a dura prova la tutela dello stato di diritto nell'Unione europea negli ultimi anni, nei confronti del quale si gioca dunque una partita politica prima che giuridica. Rispetto a

quest'ultima, la Corte sembra aver già manifestato di non voler essere una mera comparsa, ma di voler esercitare, per quanto di sua competenza, un ruolo da protagonista.

INESPUGNABILE LA ROCCAFORTE DEI CRITERI *CILFIT* (CAUSA C-561/19)

PATRIZIA DE PASQUALE*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I fatti all'origine della controversia. – 3. La sentenza della Corte e la conferma dei criteri *CILFIT*. – 4. La tutela dei diritti del soggetto leso da un omesso rinvio pregiudiziale.

1. Con pronuncia del 6 ottobre 2021 (causa C-561/19, *Consorzio Italian Management*) la Corte di giustizia ha ritenuto di dover confermare la validità dei criteri enunciati nella celeberrima sentenza *CILFIT* (6 ottobre 1982, causa C-283/81) e, dunque, di non dover raccogliere le "provocazioni" contenute nelle conclusioni dell'avvocato generale Bobek, presentate il 15 aprile 2021.

Invero, la decisione della Corte era prevedibile, anche soltanto ad una veloce lettura della copiosa giurisprudenza sulle eccezioni all'obbligo di rinvio da parte del giudice di ultima istanza (tra le tante, sentenze della Corte del 27 marzo 1963, cause riunite C-28/62, 29/62 e 30/62, *Da Costa*, punti 5 e 6; del 19 febbraio 2002, causa C-35/99, *Arduino*, punti 24 e 25; del 9 settembre 2015, causa C-72/14, *X*, punto 58; del 9 settembre 2015, causa C-160/14, *Ferreira da Silva e Brito e a.*, punto 40; del 28 luglio 2016, causa C-379/15, *Association France Nature Environnement*, punto 47 e seguenti).

Essa è comunque condivisibile per due ragioni del tutto speculari. Da un lato, ha offerto utili chiarimenti su tali eccezioni che da tempo sembravano necessari; in particolare, la Corte ha ritenuto che, con riguardo al rinvio pregiudiziale di interpretazione, l'ipotesi in cui la deroga è collegata alla mancanza di ogni ragionevole dubbio (teoria dell'*acte clair*) necessitasse di piccoli aggiustamenti per rendere meno labili i parametri a cui è subordinato il suo utilizzo.

Dall'altro lato, come si è già avuto modo di rilevare, la proposta dell'avvocato generale non indicava una strada percorribile per ridurre l'eccessiva elasticità che presentano le esenzioni all'obbligo in questione

* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea – LUM Giuseppe Degennaro di Casamassima/Bari.

(sia consentito rinviare a P. DE PASQUALE, *La (finta) rivoluzione dell'avvocato generale Bobek: i criteri CILFIT nelle conclusioni alla causa C-561/19*), in *Osservatorio europeo DUE* - dirittounioneeuropea.eu, 11 maggio 2021). Anzi, le sue conclusioni sembravano idonee ad introdurre elementi di maggiore incertezza e ambiguità e, paradossalmente, a definire parametri interpretativi che avrebbero conferito un margine di apprezzamento al giudice nazionale maggiore rispetto a quello che già detiene, lasciando ben aperta la possibilità che l'obbligo di rinvio fosse facilmente aggirato o eluso. La Corte ha preso le distanze da questa eventualità, richiamando costantemente e ripetutamente la giurisprudenza precedente e sottolineando così l'importante funzione che il rinvio pregiudiziale svolge per assicurare un'interpretazione e un'applicazione del diritto dell'Unione uniforme in tutti gli Stati membri (G. TESAURO, *La Corte costituzionale e l'art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*, in *federalismi.it*, n. 34, 2020, spec. p. 241).

2. Occorre ricordare brevemente che la fattispecie si colloca nell'ambito di un appalto di servizi aggiudicato, nel 2006, al Consorzio Italian Management e alla Catania Multiservizi SpA, dalla Rete Ferroviaria Italiana SpA. A seguito del rifiuto di quest'ultima di adeguare il corrispettivo, in forza di una clausola del contratto limitativa della revisione dei prezzi, la controversia che ne è seguita è stata sottoposta, dapprima al TAR della Sardegna e, a seguito dell'impugnazione della sentenza di primo grado, al Consiglio di Stato che, a sua volta, decideva di sottoporre alla Corte di giustizia due quesiti pregiudiziali (TAR Cagliari, sez. I, sent. n. 433 dell'11 giugno 2014; Cons. Stato, sez. IV, ordinanza di rinvio n. 4949 del 15 luglio 2019).

Ma, non soddisfatte dalla decisione della Corte di giustizia, le parti invitavano il giudice amministrativo italiano di ultima istanza a sollevare nuovi quesiti pregiudiziali.

Il Consiglio di Stato, rilevando che l'assenza di preclusioni processuali alla possibilità di rinvii a catena possa pregiudicare il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, ha sottoposto alla Corte tre ulteriori questioni, in due dei quali (il secondo ed il terzo) ha riformulato le questioni contenute nella prima ordinanza. Con il primo quesito ha chiesto, invece, se l'obbligo di rinvio pregiudiziale che grava sulle giurisdizioni avverso le quali non è possibile proporre ricorso sussista anche qualora la questione venga sottoposta da una delle parti "del processo dopo il suo primo atto di instaurazione del giudizio o di costituzione nel medesimo, ovvero dopo che la cau-

sa sia stata trattenuta per la prima volta in decisione, ovvero anche dopo che vi sia già stato un primo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea".

3. La risposta della Corte non introduce elementi di grande novità se non fosse per un lieve *restyling* utile ad eliminare qualche imperfezione e soprattutto a riaffermare un atteggiamento rigoroso a protezione del sistema.

Infatti, la conclusione a cui essa giunge ripropone una sinfonia ben nota: "L'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno deve adempiere il proprio obbligo di sottoporre alla Corte una questione relativa all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevata dinanzi ad esso, a meno che constati che tale questione non è rilevante o che la disposizione di diritto dell'Unione di cui trattasi è già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte o che la corretta interpretazione del diritto dell'Unione s'impone con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi".

Anche il percorso argomentativo si snoda attraverso nozioni consolidate, pur introducendo brevi ma importanti chiarimenti.

Difatti, dopo aver ribadito il ruolo chiave che il meccanismo del rinvio pregiudiziale riveste nel dialogo tra giudice nazionale e giudice dell'Unione per assicurare l'unità e la coerenza di interpretazione del diritto dell'Unione (v. parere 2/13 della Corte del 18 dicembre 2014, punto 176 e sentenza della Corte del 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*, punto 37), il giudice di Lussemburgo ha ricordato che i giudici nazionali "hanno la più ampia facoltà, se non l'obbligo, di adire la Corte qualora ritengano che una causa pendente dinanzi ad essi sollevi questioni implicanti un'interpretazione o una valutazione della validità delle norme giuridiche dell'Unione che impongano una decisione da parte loro" (punto 28 della sentenza). Ed ha aggiunto che tali giudici mantengono la più ampia facoltà di promuovere un rinvio pregiudiziale sia qualora le disposizioni di cui chiedono l'interpretazione siano già state interpretate dalla Corte sia qualora ritengano non chiara la portata di una sentenza pregiudiziale e, dunque, necessario rivolgersi nuovamente alla Corte prima di dirimere la controversia di cui al procedimento principale.

Inoltre, come già aveva fatto tante volte, la Corte ha sottolineato che il giudice di ultima istanza può essere sollevato dall'obbligo di rinvio: *i)* nel caso in cui la soluzione della questione interpretativa non influisca

sull'esito della causa; *ii)* in presenza di una giurisprudenza costante – c.d. questione materialmente identica, come definita dalla sentenza *Da Costa* (sopra citata) – che abbia già risolto il punto litigioso, anche in assenza di stretta identità dei procedimenti e delle materie del contendere (c.d. *acte éclairé*); *iii)* qualora il giudice nazionale di ultima istanza abbia accertato che la corretta applicazione del diritto dell'Unione si imponga con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi (c.d. *acte clair*) (su quest'ultimo, in dottrina, v. D. SARMIENTO, *Las interpretaciones estratégicas del derecho comunitario y la crisis de la doctrina del acto claro*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 9, 2006, p. 75 ss.; H. RASMUSSEN, *The European Court's acte clair strategy in C.I.L.F.I.T., or, Acte clair, of course!: but what does it mean?*, in *European Law Review*, vol. 40, n. 4, 2015, p. 475 ss.)

La Corte ha poi elencato i criteri che sovraintendono quest'ultima condizione. In alcuni casi limitandosi a ribadirli, anche laddove sarebbe stato opportuno una precisazione per ridurne l'alea di incertezza; in altri, invece ha colto l'occasione per puntualizzarne i contorni.

Così essa ha osservato che il giudice di ultima istanza è tenuto a misurare il livello di chiarezza dell'atto e che può sottrarsi all'obbligo di rinvio, innanzitutto, "quando abbia constatato che la questione sollevata non è rilevante, o che la disposizione del diritto dell'Unione di cui trattasi è già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte, oppure che la corretta interpretazione del diritto dell'Unione si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi" (punto 33 della sentenza; precedentemente, sentenza della Corte del 4 ottobre 2018, causa C-416/17, *Commissione c. Francia* (Anticipo d'imposta), punto 110). Con riguardo a quest'ultima ipotesi la Corte ha rammentato che "prima di concludere nel senso dell'esistenza di una situazione di tal genere, il giudice nazionale di ultima istanza deve maturare il convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe altresì ai giudici di ultima istanza degli altri Stati membri e alla Corte" (punto 40 della sentenza). Va notato che il giudice dell'Unione avrebbe ben potuto cogliere l'occasione per correggere il substrato di tale prova strettamente dipendente da un procedimento logico probabilistico (diabolico), giacché ai giudici nazionali è chiesto non soltanto di conoscere l'orientamento della Corte di giustizia, che potrebbe essere sì desunto dai precedenti, ma anche – e cosa molto più difficile – quello dei colleghi di altri Stati membri che non di rado appartengono a tradizioni giuridiche completamente diverse; di talché, concetti che possono essere chiari in un ordinamento non è detto che lo siano in un altro (cfr. N. CATALANO, *La*

pericolosa teoria dell'"atto chiaro", in *Giustizia civile*, n. 1, 1983, p. 8: "[…] la teoria dell'atto chiaro, messa in pratica con riferimento all'art. 177, ha avuto un'applicazione che non esito a definire aberrante. […] [La teoria] non porta lontano: porta in sostanza a svuotare di significato il terzo comma dell'art. 177".

In secondo luogo, il giudice in posizione apicale può escludere ogni ragionevole dubbio a seguito di un raffronto delle varie versioni linguistiche, in quanto "le disposizioni del diritto dell'Unione sono redatte in diverse lingue e le varie versioni linguistiche fanno fede nella stessa misura (punto 42 della sentenza, nonché punto 18 della sentenza *CILFIT*, sopra citata). A tal proposito, la Corte ha opportunamente chiarito che tale raffronto deve tener conto delle divergenze, soprattutto quando sono esposte dalle parti e sono comprovate.

In terzo luogo, il giudice nazionale deve considerare che le nozioni giuridiche non presentano necessariamente lo stesso contenuto nel diritto dell'Unione e nei vari diritti nazionali e, pertanto, ciascuna disposizione deve essere collocata nel suo contesto e interpretata alla luce del diritto dell'Unione, delle sue finalità nonché del suo stadio di evoluzione al momento in cui ad essa va data applicazione (*ex multis*, sentenza della Corte del 1° luglio 2015, causa C-461/13, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, punto 30). Al riguardo, la Corte si è preoccupata di chiarire che la mera possibilità di effettuare una o più letture di una disposizione del diritto dell'Unione non è sufficiente per escludere un dubbio ragionevole quanto all'interpretazione corretta di tale disposizione ed ha invitato il giudice a prestare particolare attenzione all'esistenza di orientamenti giurisprudenziali divergenti in seno agli organi giurisdizionali di un medesimo Stato membro o tra organi giurisdizionali di Stati membri diversi (punto 46 e seguenti della sentenza).

Infine, la Corte ha confermato la responsabilità dei giudici nazionali di valutare, in maniera indipendente e con tutta la dovuta attenzione, se sussista una delle ipotesi di astensione. E, pur non raccogliendo esplicitamente il suggerimento dell'avvocato generale di imporre un obbligo di motivazione più puntuale, ha precisato che le circostanziate dimostrazioni sulle quali la motivazione deve basarsi devono essere dirette a "far emergere o che la questione di diritto dell'Unione sollevata non è rilevante ai fini della soluzione della controversia, o che l'interpretazione della disposizione considerata del diritto dell'Unione è fondata sulla giurisprudenza della Corte, o, in mancanza di tale giurisprudenza, che l'interpretazione del diritto dell'Unione si è imposta al giudice nazionale di ultima istanza con

un'evidenza tale da non lasciar adito a ragionevoli dubbi" (punto 51 della sentenza; ma v. già sentenza della Corte del 5 settembre 2005, causa C-495/03, *Intermodal Transports*, punto 37).

Peraltro, il giudice nazionale deve essere consapevole che una giustificazione non adeguata potrebbe comportare un consolidamento di un'interpretazione errata, a cui potrebbe seguire l'azione risarcitoria dei singoli i cui diritti siano stati lesi dalla pronuncia giudiziale (così F. SPITALERI, *Facoltà e obbligo di rinvio pregiudiziale*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020, p. 139; *amplius*, F. FERRARO, *The Consequences of the Breach of the Duty to make Reference to ECJ for a Preliminary Ruling*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 3, 2015, p. 589 ss.).

4. Un'ultima considerazione. Se pure è vero che lo "spettro" della responsabilità dello Stato-giudice per grave violazione del diritto dell'Unione ha innescato la tendenza a rinviare con maggiore frequenza e facilità, permane una certa reticenza delle giurisdizioni di ultima istanza ad assecondare le richieste di rinvio.

Di recente, ad esempio, richiamando con una certa enfasi le conclusioni dell'avvocato generale Bobek alla causa in esame, il Consiglio di Stato ha osservato che "un'applicazione anelastica dell'obbligo di rinvio pregiudiziale rischia di produrre fattori di irrigidimento del rimedio" (Cons. Stato 30 settembre 2021, III sez., n. 6837, punto 7.2). Ed ha configurato poi la sua discrezionalità nell'adempiere o meno all'obbligo di rinvio come esercizio di un mero potere di "sommario filtro delibativo" (*ibidem*), ovvero come semplice scrutinio critico.

Di tal guisa, atti "oscuri" potrebbero continuare a diventare per magia "chiari" con grave pregiudizio per lo strumento di fine ingegneria giuridica predisposto a garanzia della certezza e dell'uniforma applicazione del diritto dell'Unione negli Stati membri e finalizzato ad assicurare una tutela effettiva dei diritti dei singoli (G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, III ed., Napoli, 2021, pp. 465 e 466). Al contrario, anche nell'ipotesi di indiscutibile chiarezza della norma da interpretare "il giudice nazionale dovrebbe sottrarsi alla tentazione, per economia di giudizio o di un malinteso sovranismo o peggio, di trasformare in atto chiaro una norma che lo è solo ad una lettura opposta, comunque non tanto da consentire il mancato rispetto del vincolo fondamentale che la disciplina del rinvio pregiudiziale comporta" (G. TESAURO, *Sui vincoli del giudice nazionale prima e dopo il rinvio pregiudiziale*, in *federalismi.it*, n. 6, 2020, p. 189 ss.).

In ogni caso, il problema resta e costituisce un vero e proprio *vulnus* nella tutela dei diritti del soggetto leso da un omesso rinvio pregiudiziale. Infatti, sebbene attualmente la violazione di tale obbligo possa dar luogo ad un ricorso per infrazione o ad un'azione di risarcimento del danno, tali errori e inadempimenti "sono in pratica troppo facilmente giustificati e […], per molti soggetti i cui diritti dell'Unione non sono stati garantiti, un rimedio del tipo *Francovich* resta un'illusione piuttosto che una realtà (conclusioni dell'avv. gen. Hogan, del 9 settembre 2021, causa C-497/20, *Randstad Italia*, punto 82).

D'altronde si tratta di una questione risalente, tanto da essere affrontata nel Progetto Spinelli che, all'art. 43, proponeva l'introduzione di un ricorso "in cassazione dinanzi alla Corte [di giustizia] contro le decisioni giudiziarie nazionali rese in ultima istanza che rifiutino di rivolgere a essa una domanda pregiudiziale o non rispettino una sentenza pregiudiziale pronunciata dalla Corte" (Progetto di Trattato che istituisce l'Unione europea, 14 febbraio 1984, in GUCE del 19.03.1984). Soluzione che non è mai stata accolta.

È bene pure ricordare, infine, che il pregiudizio dei singoli non si limita alle sole ipotesi di omesso rinvio, ma si estende anche alle pronunce del giudice nazionale confliggenti con i principi di diritto affermati dalla Corte di giustizia nella sentenza pregiudiziale. Anzi, una violazione di questo genere risulta, se possibile, ancor più grave, tenuto conto che il danno causato alla parte lesa è, in questo caso, certo e non solo potenziale. A tal riguardo, lo stesso Consiglio di Stato ha di recente chiesto alla Corte se la mancata possibilità di utilizzare il rimedio della revocazione in tali circostanze sia incompatibile con il diritto dell'Unione (Domanda di pronuncia pregiudiziale del 21 aprile 2021, *F. Hoffmann-La Roche Ltd e a./AGCM*, causa C-261/21, terzo quesito). Spetterà ora a quest'ultima decidere se consolidare ulteriormente l'effettività del rinvio o se arrestarsi al confine dell'autonomia processuale.

IL TRIBUNALE COSTITUZIONALE POLACCO SI PRONUNCIA SUL PRIMATO (DELLA COSTITUZIONE POLACCA): *ET NUNC QUO VADIS?*

GIACOMO DI FEDERICO*

SOMMARIO: 1. La paura dell'opzione nucleare – 2. La vicenda polacca: non solo stato di diritto – 3. Primato?! Questioni di prospettiva – 4. Tolleranza, dialogo… e difesa dei valori comuni.

1. La sentenza del Tribunale costituzionale polacco (di seguito TCP) del 7 ottobre 2021 segna indubitabilmente un'altra importante battuta d'arresto per il processo di integrazione europea; o almeno così sarà da molti qualificata e ricordata. Le considerazioni che seguono, invece, si collocano in una prospettiva critica costruttiva, per l'Unione e la Polonia – meglio, per chi in Polonia crede nei valori di cui all'art. 2 TUE (e sono ancora convinto che sia la maggioranza, specialmente alla luce delle manifestazioni di piazza dello scorso fine settimana – *Polonia, Migliaia di cittadini in piazza con lo slogan "Io resto nell'UE"*, Euractiv, 11 ottobre 2021).

Specie per un comunitarista, la sentenza rivela una alquanto bizzarra concezione del diritto internazionale e dell'ordinamento dell'Unione europea da parte dei giudici di Varsavia. Rassicuro subito il lettore. Non è mia intenzione avventurarmi in una – quanto mai inopportuna – disamina delle basilari nozioni e norme di diritto internazionale ignorate dal TCP nella propria decisione. E nemmeno si vuole passare in rassegna gli altrettanto basilari valori e principi di diritto dell'Unione europea accettati dalla Polonia nel percorso di avvicinamento all'Unione europea, culminato con l'adesione nel 2004 (M. MARESCAU, *The EU Pre-Accession Strategies: A Political and Legal Analysis*, in M. MARESCAU, E. LANNON (eds.), *The EU's Enlargement and Mediterranean Strategies. A comparative analysis*, Houndmills, 2001), e cancellati in pochi passaggi di una sentenza dal dubbio fondamento costituzionale. Quello che è stato fatto per impedire la cosiddetta "rule of law blacksliding" è noto (L. PECH, K. SCHEPPELE, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearbook of*

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Bologna.

European Legal Studies, 2017, p. 3 ss.). Preme qui riflettere su cosa non è stato fatto, ma che potrebbe, e dovrebbe, essere fatto.

Nell'esaminare la procedura disciplinata dall'art. 7 TUE, letto in combinato disposto con l'art. 269 TFUE, occorre innanzitutto distinguere il piano istituzionale e politico, lasciato al Parlamento europeo, alla Commissione europea e ai governi degli Stati membri, da quello prettamente procedurale, l'unico sindacabile dalla Corte di giustizia. È un passaggio classico della lezione di diritto dell'Unione europea dedicata ai valori dell'UE. Ciò nonostante, come si vedrà tra breve, tale chiave ermeneutica rischia di avallare una lettura sterile della disposizione e di giustificare un sostanziale arretramento nella difesa e promozione di valori e diritti comuni (Movimento europeo, *Stato di diritto, progetto Spinelli, art. 7 TUE e Corte di Giustizia*).

Il fallimento del meccanismo di controllo sul rispetto dei valori di cui all'art. 2 TUE – la cui deterrenza, peraltro, è stata sensibilmente ridotta con il Trattato di Lisbona (B. NASCIMBENE, *Lo Stato di diritto e la violazione grave degli obblighi imposti dal Trattato UE*, in *rivista.eurojus.it*, 24 ottobre 2017) – non dipende solo dalle limitazioni di carattere procedurale, che presuppongono l'unicità del fenomeno e ne ignorano la contagiosità, specialmente in tempi di crisi, ma anche dallo stallo istituzionale che si verrebbe a determinare con l'avvio formale della procedura. Per un verso, come reso evidente dalla vicenda *Fidez*, vengono compromessi i delicati equilibri nei (e tra) i gruppi politici del Parlamento europeo (*Il partito di Orban lascia il PPE*, Euractiv, 3 marzo 2021); per l'altro verso, aumentano le tensioni all'interno del Consiglio, con l'emergere di alleanze fondate su ideologie distoniche rispetto agli obiettivi, valori e principi dell'Unione, che rendono assai difficile offrire risposte concrete ai problemi attuali. Ciò è tanto più grave considerato il difficile momento socio-economico insito in ogni transizione (e le transizioni sono in questo caso molteplici). La paralisi va evitata ad ogni costo; è questo il mantra che si è andato affermando da quando, nel settembre del 2012, il Presidente della Commissione europea Barroso ha qualificato la procedura di cui all'art. 7 TUE un'opzione nucleare (JOSÉ MANUEL DURÃO BARROSO, *Discorso sullo stato dell'Unione*, sessione plenaria del Parlamento europeo del 12 settembre 2012). E ciò, paradossalmente, anche quando il prezzo da pagare è la rinuncia alla stessa identità europea (*Dichiarazione sull'Identità europea*, Copenaghen, 14-15 dicembre 1973, in Bollettino delle Comunità europee, dicembre 1973, n. 12, pp. 118-122).

Ebbene, così non deve necessariamente essere. Se la pandemia ha reso

evidente l'esigenza di improntare il processo decisionale ad un attento bilanciamento di rischi e benefici, pare oggi lapalissiana l'esigenza di estendere la logica del "whatever it takes" adottata in ambito economico e finanziario al dibattito sul rispetto dello stato di diritto in Polonia e in altri Stati membri.

Dopo questa breve premessa, accennerò al complesso contesto in cui si colloca la vicenda Polacca prima di focalizzare l'attenzione sulle argomentazioni giuridiche utilizzate dal TCP per difendere la primazia del diritto nazionale su quello dell'Unione. Successivamente, cercherò di mettere in rilievo i reali pericoli della fase di stallo attuale per concludere individuando due possibili alternative all'impiego dell'art. 7 TUE: una più modesta, che però richiede sicuramente un cambio di passo nel prendere davvero seriamente i valori fondanti dell'Unione; l'altra più ardita, ma nondimeno da valutare vista la mancanza *rebus sic stantibus* di un meccanismo di espulsione.

2. Prima di svolgere qualche considerazione a caldo sulla sentenza, è bene insistere su due fattori che rendono così difficile la soluzione del caso polacco. Da un lato, è opportuno ricordare che l'attacco ai media perpetrato dal governo e la conseguente disinformazione impediscono alla popolazione di apprezzare appieno i cambiamenti in atto e finiscono col legittimare la retorica anti-europeista. Dall'altro lato, non va dimenticato che la Polonia è tra i più convinti oppositori dei regimi di Putin (*Polish PM Furious at Putin Rewriting History of Second World War*, *The Guardian*, 30 dicembre 2019) e Lukashenko (*Lukashenko Plays the Poland Card and Ratchets Up Tensions With Varsaw*, *Politico*, 30 marzo 2021). In tal senso, la disponibilità a gestire le pressioni migratorie dichiarando lo Stato di emergenza non sorprende, ma preoccupa viste le morti registrate al confine con la Bielorussia nelle ultime settimane. Il ruolo di guardiano delle frontiere esterne – senza l'aiuto di Frontex (*EU to Poland: Protect Human Lives, Allow Frontex to Belarus Border*, *Euractiv*, 24 settembre 2021) – non è invidiabile, ma offre una buona leva negoziale, ancor più quando 12 Stati membri (inclusa la Polonia) chiedono di edificare muri con fondi europei (Migranti, "difendere confini e frontiere UE con muri": la lettera di 12 paesi a Bruxelles, Corriere della Sera, 8 ottobre 2021).

Si comprende, dunque, come l'attivazione del meccanismo di cui all'art. 7 TUE sia una scelta da ponderare attentamente. Tuttavia, come ammoniva Winston Churchill, la via del disonore è rischiosa e improdutti-

va. Cinque anni di dialogo non hanno determinato alcuna inversione di tendenza e hanno finito per screditare l'azione dell'Unione agli occhi dell'opinione pubblica europea. Continuare in questo futile esercizio di confronto giuridico e politico appare tanto inutile, quanto dannoso. Sono in discussione i valori su cui si fonda l'Unione e il funzionamento dello Spazio di Libertà, Sicurezza e giustizia.

3. Vengo alle deliranti argomentazioni giuridiche avanzate dai giudici costituzionali per difendere la sovranità della Polonia. Le capacità normoselettive di giuristi e politici polacchi nel rigettare le obiezioni mosse dalle istituzioni europee nei confronti del nuovo assetto costituzionale, e più segnatamente le preoccupazioni espresse per la mancanza di indipendenza del potere giudiziario, sono ormai conosciute (L. PECH, P. WACHOWIEC, D. MAZUR, *1825 Days Later: The End of the Rule of Law in Poland (Part I)*, 13 gennaio 2021 e ID., *1825 Days Later: The End of the Rule of Law in Poland (Part II),* 18 gennaio 2021; A. ALEMANNO, M. CHAMON, *To Save the Rule of Law you Must Apparently Break It*, 11 dicembre 2020, entrambi in *verfassungsblog.de*). E anche in questa circostanza, l'affannosa ricerca di un valido fondamento giuridico per giustificare il rifiuto di dare esecuzione alle sentenze della Corte di giustizia ben dimostra la frattura culturale e prospettica venutasi a determinare con l'arrivo al potere del partito di maggioranza PiS.

Procedendo per ordine, va subito segnalato che in base all'art. 79 della Costituzione polacca "ogni persona le cui libertà o diritti costituzionali sono stati violati, ha il diritto di ricorrere al Tribunale costituzionale per un giudizio sulla conformità alla Costituzione di una *legge o di un altro atto normativo* sulla cui base un tribunale o un organo della pubblica amministrazione ha preso una decisione definitiva" (corsivo aggiunto). Siamo quindi in una situazione profondamente diversa da quella che ha portato alle pronunce nei noti casi *Ajos* (Højesteret, sentenza del 6 dicembre 2016, 15/2014) *Taricco bis* (Corte costituzionale, sentenza del 31 maggio 2018) e *PSPP* (Bundesverfassungsgericht, sentenza del 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15), in cui il giudizio di costituzionalità si inseriva in una controversia pendente dinanzi ai giudici nazionali. Qui è il Primo Ministro che richiede al TCP di pronunciarsi sulla compatibilità di alcune disposizioni di diritto primario con la Costituzione. Ma soprattutto, una lettura più attenta dell'art. 79 porta a dubitare della stessa competenza del TCP, posto che la disposizione non menziona i trattati internazionali (*Statement of Retired Judges of the Polish Constitutional Tribunal*, in *verfassungsblog.de*, 11 otto-

bre 2021).

Ciò premesso, in primo luogo, il TCP considera l'art. 1, co. 1 e co. 2, TUE, letto congiuntamente all'art. 4, par. 3, TUE incompatibile con gli articoli 2, 8 e 90, par. 1, della Costituzione nella misura in cui l'obiettivo di instaurare una "unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa" (quale "nuova tappa" prevista dal Trattato di Lisbona) ha, tramite una interpretazione indebitamente estensiva del diritto sovranazionale da parte della Corte di giustizia, consentito alle istituzioni di agire *ultra vires*, di negare il primato della Costituzione e di impedire alla Repubblica di Polonia di operare come stato sovrano e democratico. A ciò si opporrebbero le disposizioni costituzionali sullo Stato di diritto (artt. 2 e 7 CP), sulla primazia della Costituzione (art. 8, co. 1 CP), sulla possibilità di concludere trattati internazionali e sulle maggioranze richieste nei due rami del Parlamento per la ratifica di tali accordi (art. 90, co. 1 e co. 2 CP) nonché sull'indipendenza e sul trattamento economico dei magistrati (art. 178, co. 1 e 2 CP). Trattasi a ben vedere di disposizioni che possono rinvenirsi in molte delle costituzioni degli Stati membri, inclusa la nostra, e che non pongono *per se* problemi di raccordo tra i due livelli, quello nazionale e quello sovranazionale. Nel dichiarare l'incostituzionalità del combinato disposto, il TCP si allinea pienamente con la posizione del governo, consentendo di apprezzare appieno l'efficace opera di demolizione del sistema democratico affermatosi dopo la caduta del muro di Berlino (W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019). I giudici di Varsavia, infatti, omettono di richiamare altre importanti disposizioni in materia di obblighi internazionali (art. 9 CP), di separazione dei poteri (art. 10 CP) e incompatibilità dei giudici (art. 178, co. 3 CP); disposizioni che lette congiuntamente confermano che i redattori della Costituzione del 1997 avevano ben inteso l'importanza di un ordinamento aperto alla cooperazione internazionale.

Ad avviso del TCP, anche l'art. 19, par. 1, co. 2, TUE, risulta incompatibile con gli artt. 2, 7, 8, co. 1, 90, co. 1 e 178, co. 1 CP perché consentirebbe ai giudici nazionali di disapplicare le disposizioni della Costituzione per contrasto con il diritto dell'Unione europea. L'art. 19, par. 1, co. 2, TUE, inoltre, violerebbe l'art. 190, par. 1 CP, poiché abiliterebbe il giudice a disapplicare anche le pronunce di incostituzionalità, rimettendo così in discussione il carattere definitivo e vincolante con efficacia *erga omnes* delle sentenze del TCP. Nuovamente, è la narrativa governativa che prende il sopravvento e investe oltre quarant'anni di giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia in materia di primato ed efficacia diretta (D. GALLO,

L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa, Milano, 2018). L'amnesia acuta riguarda, però, anche il diritto interno. Non viene, infatti, utilizzato come parametro di riferimento (nonostante la richiesta del Primo Ministro, che forse non si è reso conto della contraddizione in termini) l'art. 91 CP, sul diritto internazionale (debitamente ratificato) come fonte del diritto interno di applicabilità diretta, salvo quando risulti necessaria una normativa di attuazione (co. 1), sul primato del diritto internazionale ratificato con legge ordinaria rispetto alle leggi interne successive e contrastanti (co. 2) e sulla prevalenza delle norme previste da un trattato dotato di applicabilità diretta in caso di conflitto con norme interne (co. 3). Non serve un dottorato in diritto europeo per capire che queste norme recepiscono in buona sostanza, e rispettivamente, il dettato dei precedenti *van Gend en Loos* (sentenza della Corte del 5 febbraio 1963, causa 26/62,), *Costa* (sentenza della Corte del 15 luglio 1964, causa 6/64) e *Simmenthal* (sentenza della Corte del 9 marzo 1978, causa 106/77). A ciò – solo per completezza – andrebbe aggiunto che al momento dell'adesione l'attuale Costituzione era già in vigore e la ratifica accettava (senza riserve) l'*acquis communautaire*, che senza dubbio includeva anche la giurisprudenza *Kreil* (sentenza della Corte dell'11 gennaio 2000, causa C-285/98, *Kreil*).

L'articolo 19, par. 1, co. 2 e l'art. 2 TUE, infine, sarebbero incostituzionali per contrarietà al disposto degli artt. 2, 8, co. 1, 90, co. 1 CP, a cui si aggiungono gli artt. 144, co. 3, punto 17, e 179 CP sul potere esclusivo del Presidente di nominare il presidente e il vice-presidente della Corte costituzionale, nonché a nominare i magistrati su richiesta del Consiglio Superiore della Magistratura. L'intraprendente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di indipendenza dei giudici (sentenze della Corte del 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindacal dos Juízes Portugueses*; del 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18, C-625/18, *A. K. e a.*; del 26 marzo 2020, cause riunite C-558/18 e C-563/18, *Miasto Łowicz*; del 2 marzo 2021, causa C-824/18, *A. B. e a.*) finirebbe, invece, col consentire ai giudici nazionali il potere di sindacare simili provvedimenti ed eventualmente di negarne la validità.

Per chi si è occupato di art. 4, par. 2, TUE, stupisce, ma non troppo, la mancanza di un chiaro riferimento all'identità nazionale – evocata invece da Orban nel suo elogio al coraggio mostrato dai giudici polacchi (*Viktor Orbán Backs Poland in EU Law Spat*, *Politico*, 9 ottobre 2021). Una possibile spiegazione potrebbe essere che il rigetto del primato fondato sulla necessità di rispettare l'identità nazionale riguarda questioni più puntuali;

con la sentenza di giovedì, la Polonia è andata oltre, portando lo scontro a livello sistemico. Tecnicamente non sono stati attivati i contro-limiti: il TCP (come il governo) ha *sic et simpliciter* rinnegato i valori, i principi e le regole accolti nel proprio ordinamento tramite l'adesione, prima, e la ratifica del Trattato di Lisbona, poi.

4. La pronuncia del TCP rappresenta solo l'ultima manifestazione di una deriva dello Stato di diritto in Polonia ormai incontrollata e incontrollabile. Le sentenze di inadempimento, le misure cautelari ordinate e le ammende e penalità di mora imposte (ordinanza della Corte del 20 novembre 2017, causa C-441/17 R, *Commissione c. Polonia (Foresta di Białowieża)* e sentenze della Corte del 17 aprile 2018, causa C-441/17, *Commissione c. Polonia (foresta di białowieża)*; del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte Suprema)*; del 5 novembre 2019, causa C-192/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza dei Tribunali ordinari)*; ordinanza della Corte dell'8 aprile 2020, causa C-791/19 R, *Commissione c. Polonia (Régime disciplinaire des juges)* e sentenza della Corte del 15 luglio 2021, causa C-791/19, *Commissione c. Polonia (Régime disciplinaire des juges)*; ordinanze della Corte del 14 luglio 2021 e del 6 ottobre 2021, causa C-204/21 R, *Commissione c. Polonia*; del 21 maggio 2021 e del 20 settembre 2021, causa C-121/21 R, *Repubblica ceca c. Polonia*) sono state largamente ignorate e/o disattese (M. CONDINANZI, *La protezione giurisdizionale cautelare avanti al giudice dell'Unione europea: l'efficacia e l'equilibrio*, in AA.VV., *Liber Amicorum in onore di Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 191 ss.). Del resto, come spesso ci ricordava il compianto Presidente Giuseppe Tesauro, la doppia condanna è suscettibile di sortire un effetto contrario a quello desiderato con la riforma operata a Maastricht poiché la monetarizzazione dell'inadempimento "mette a posto la coscienza dello Stato membro interessato". E i miglioramenti oggi inclusi nell'art. 260, par. 3, TFUE, per quanto apprezzabili sotto il profilo dell'efficienza (C. AMALFITANO, *La procedura di "condanna" degli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, 2012), non sono in grado di rimettere in discussione la conclusione del Maestro.

Le richieste avanzate dalla Commissione (per la Polonia) e dal Parlamento europeo (per l'Ungheria) sono state ignorate dal Consiglio, che benché sempre disposto ad ascoltare le ragioni della Polonia e dell'Ungheria, non ha colto la sfida; per tornare alla celebre frase di Churchill, il Consiglio

non ha mai accettato la guerra (*rectius*, il voto) quale possibile soluzione del problema. L'alleanza tra i paesi di Visegrad (con qualche altro governo sovranista simpatizzante pronto ad unirsi) rende *de facto* impossibile tanto una constatazione del Consiglio ai sensi dell'articolo 7, par. 1, TUE quanto, *a fortiori*, una constatazione del Consiglio europeo ai sensi del par. 2. Il confine tra la reale salvaguardia dello stato di diritto e la *realpolitik* è sottile, certo, ma va tenuto fermo.

Dunque, l'auspicio è che il Consiglio decida finalmente di mettere ai voti la questione rispetto a Polonia e Ungheria, conformemente alle regole scritte nei trattati. Il rispetto dello stato di diritto da parte dell'Unione presuppone che se le condizioni previste dal trattato si ritengono soddisfatte ed uno dei legittimati attivi decide di esercitare le proprie prerogative, le altre istituzioni coinvolte – nella fattispecie il Consiglio, anche se esprime la componente governativa – devono consentire alla procedura di terminare permettendo così alla disposizione di diritto primario – in ossequio al principio di leale collaborazione (F. CASOLARI, *Leale collaborazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, Napoli, 2020) – di espletare la propria funzione costituzionale. Indipendentemente dalla (mancata) constatazione, l'esito della votazione in Consiglio certificherà la tenuta assiologica del progetto europeo e darà importanti indicazioni sul futuro dell'Unione.

Invero, non è necessario avventurarsi in contorte (ma pur sempre stimolanti) riflessioni sulla volontà implicita di recedere ai sensi dell'art. 50 TUE (C. HILLION, *Poland and Hungary are withdrawing from the EU*, in *verfassungsblog.de,* 27 aprile 2020; D. SARMIENTO, *A Few Comment After Yesterday's Ruling of the Polish Constitutional Court, Which Has Opened One of the Most Severe Constitutional Crisis in the History of European Integration*, 8 ottobre 2020) – di cui la sentenza che sollecita le presenti osservazioni rappresenterebbe una chiara esemplificazione (T. T. KONCEWICZ, *Poland and Europe at a Critical Juncture. What Has Happened? What Is Happening? What's Next?*, in *verfassungsblog.de*, 16 agosto 2021). È infatti evidente la ferma volontà della Polonia (e dell'Ungheria) di rimanere nell'Unione per sfruttare al massimo i vantaggi discendenti dalla sua partecipazione, specie per quanto riguarda le sovvenzioni legate al Recovery Plan (*Poland Hopes for Quick End to Row With EU Over Billions of Euros For Pandemic recovery*, *Financial Times*, 2 settembre 2021). Peraltro, parrebbe che, non godendo della maggioranza richiesta in Parlamento per ratificare trattati come quello di Lisbona ai sensi dell'art. 90, co. 2, della Costituzione, il PiS (da solo) non potrebbe procedere alla notifica di cui

all'art. 50 TUE, conformemente a quanto stabilito dai giudici di Lussemburgo nella celebre sentenza *Wightman* (sentenza della Corte del 10 dicembre 2018, causa C-621/18, *Wightman*).

Sebbene i trattati non prevedano la possibilità di espellere uno Stato membro – perché ontologicamente incompatibile con l'idea stessa di un'integrazione sempre più stretta tra i popoli – essi offrono una soluzione alternativa alla tanto temuta opzione nucleare. Si tratta di una via poco praticata, ma comunque efficace in termini di condanna pubblica di riforme illiberali. Il riferimento è ovviamente al ricorso per infrazione *ex* art. 259 TFUE. Un'azione mirata e coordinata degli Stati membri potrebbe risultare più efficace – specie se accompagnata da forti contromisure a livello diplomatico come nel caso *Haider* (L. S. ROSSI, *La "reazione comune" degli Stati membri dell'Unione europea nel caso Haider*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2000, p. 151 ss.) – senza compromettere irrimediabilmente la funzione legislativa.

Tuttavia, proprio perché la situazione polacca non è isolata e rischia di paralizzare o condizionare eccessivamente il processo di integrazione europea (incluse le delicate questioni relative al meccanismo di condizionalità attualmente al vaglio della Corte di giustizia– Corte di giustizia, causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*), sarebbe bene cominciare ad interrogarsi (apertamente) su possibili soluzioni compatibili con il diritto internazionale per superare l'impasse. E allora, pienamente consapevole di coltivare un pensiero utopico, mi domando per quale motivo – in difetto di una procedura di espulsione – non si possa immaginare un recesso degli Stati membri che intendono proseguire (speditamente) nel cammino di integrazione confluendo insieme in una nuova organizzazione internazionale *sui generis*: migliorata e semplificata sotto il profilo istituzionale; con maggiori competenze in campo economico, fiscale, sociale e sanitario; più accessibile e comprensibile per i cittadini degli Stati che decideranno di farne parte (inclusi, naturalmente, i polacchi); aperta, solidamente ancorata al rispetto dei diritti fondamentali e preparata a difendere strenuamente i propri valori fondanti e fondativi.

I NUOVI ABUSI "DIGITALI": IL *SELF-PREFERENCING* DI GOOGLE AL VAGLIO DEL TRIBUNALE DELL'UNIONE

FEDERICA FERRARI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Un nuovo abuso di posizione dominante. – 3. *Google Search*: un'infrastruttura "aperta". – 4. L'inapplicabilità del rifiuto a contrarre. – 5. L'individuazione di un obbligo di parità di trattamento in capo a *Google*. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Il 10 novembre scorso il Tribunale dell'Unione europea si è pronunciato sulla legittimità della decisione mediante la quale la Commissione aveva accertato la violazione dell'art. 102 TFUE da parte di Google, condannandola al pagamento di 2,42 miliardi di euro (causa T-612/17, *Google LLC*, *anciennement Google Inc. and Alphabet, Inc. v European Commission*; v. tra i commenti: J. PERSCH, *Google Shopping: The General Court Takes Its Position,* in *Kluwer Competition Law Blog*, 2021; P. IBÁÑEZ COLOMO, *The General Court in Case T-612/17, Google Shopping: the Rise of a Doctrine of Equal Treatment in Article 102 Tfeu*, in *Chillin' Competition*, 2021). Secondo la Commissione, Google aveva accordato un trattamento di favore al proprio servizio di acquisti comparativo, rispetto ai servizi comparativi concorrenti. In particolare, a seguito delle richieste degli utenti sul motore di ricerca di Google (*Google Search*), i risultati del servizio comparativo dell'impresa dominante venivano mostrati in posizione preminente e con un formato diverso dai risultati generici. I servizi di acquisti comparativi concorrenti, al contrario, apparivano unicamente come risultati generici, sotto forma dei classici link blu. Inoltre, tali risultati venivano sistematicamente posizionati nelle pagine successive alla prima dall'algoritmo noto come "Panda", usato da *Google Search*. Algoritmo che non riservava lo stesso trattamento al servizio di Google, il quale, pertanto, non subiva lo slittamento nelle pagine secondarie.

* Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università *Alma Mater Studiorum* di Bologna.

Dopo aver identificato i mercati rilevanti – costituiti dal mercato dei motori di ricerca generali e da quello dei servizi di acquisti comparativi – la Commissione ha ricondotto la pratica nella categoria degli abusi di *leveraging*. In altre parole, la condotta sarebbe stata posta in essere dall'impresa 'facendo leva' sulla propria posizione dominante quale motore di ricerca generale, per replicare quest'ultima nel mercato collegato dei servizi di acquisti comparativi. Relegati a posizioni più svantaggiose nell'elenco dei risultati di *Google Search*, i concorrenti avevano subito una diminuzione consistente nel numero di visite da parte degli utenti di internet (il cosiddetto 'traffico'), con conseguenze negative sulla loro capacità di sopravvivere sul mercato. Al contrario, il servizio di Google ha visto un incremento della sua popolarità.

La pratica sanzionata dalla decisione della Commissione, divenuta nota con il termine di *self-preferencing*, è stata oggetto di ampio dibattito (v. N. FUNNE, *Fairness and the Challenge of Making Markets Work Better*, in *Modern Law Review*, 2021, p. 230 ss.; P. IBÁÑEZ COLOMO, *Self-preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting principles*, in *World Competition*, 2020, p. 417 ss.; I. GRAEF, *Differentiated Treatment in Platform-to- Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence*, in *Yearbook of European Law*, 2019, p. 448 ss.). Da un lato, si è affermato che reprimere la pratica in questione rischierebbe di vanificare i vantaggi generati dall'impresa che abbia legittimamente 'vinto' il gioco della concorrenza, di disincentivare gli investimenti, nonché di neutralizzare le efficienze prodotte dalle imprese integrate verticalmente (P. AKMAN, *The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment under EU Competition Law*, in *Journal of Law, Technology and Policy*, 2017, p. 301 ss.). Inoltre, si è sostenuto che la qualificazione giuridica del *self-preferencing* quale abuso è generica e manca di confini chiari. Il fatto di favorire sé stessi o un'impresa controllata rispetto ai concorrenti, infatti, costituirebbe un elemento comune a numerose condotte abusive, tra cui, ad esempio, la compressione di margini e talune pratiche leganti (P. IBÁÑEZ COLOMO, *op. cit.*, p. 428 ss.). Dall'altro lato, considerato il ruolo delle cosiddette *big tech* di 'controllori' dell'accesso al mondo online – che ha valso ad alcune grandi piattaforme la denominazione di *gatekeepers* (v. sul punto P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market Act*, in *I Post di AISDUE,* 2021, p. 30 ss.) – si è sottolineata l'importanza di garantire che il loro comportamento non alteri la concorrenza nei mercati digitali. Sotto tale aspetto, condotte escludenti a carattere discriminatorio poste in essere da imprese che, come Google, co-

stituirebbero partner commerciali inevitabili, nonché fondamentali punti di accesso al mercato, richiedono particolare attenzione (v. sul punto N. DUNNE, *op. cit.*, p. 251 e ss.; J. CRÉMER, Y.A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era,* report, 2019, p. 49 ss.).

Nelle note che seguono ci si soffermerà su quattro profili della pronuncia del Tribunale: in primo luogo, la qualificazione della condotta oggetto della decisione, che rappresenta una nuova fattispecie di abuso della posizione dominante; in secondo luogo, la distinzione, operata dal giudice europeo, tra le infrastrutture a carattere 'chiuso' e quelle a carattere 'aperto'; in terzo luogo, i 'confini' dell'abuso del rifiuto a contrarre; infine, il principio di parità di trattamento previsto per i servizi di accesso ad internet.

2. Un primo profilo di interesse attiene all'individuazione, da parte del Tribunale, di una nuova fattispecie abusiva rientrante nell'articolo 102 TFUE. Innanzitutto, il Tribunale ha ricordato che detenere una posizione dominante nel mercato interno comporta per l'impresa la responsabilità di non pregiudicare, con il proprio comportamento, una concorrenza effettiva e leale (sentenza del 9 novembre 1983, causa C-322/81, *Michelin c. Commissione*, punto 57). La portata di tale obbligo non è immutabile, bensì deve essere determinata alla luce delle specifiche circostanze che di volta in volta si presentano. Con riferimento al caso in esame, dal momento che il motore di ricerca *Google Search* costituisce un importante punto di accesso ad internet, l'obbligo di non ostacolare la concorrenza risulta più stringente (causa T-612/17, cit., punto 183) e, in ragione del principio generale di parità di trattamento, una violazione di tale responsabilità ben può consistere in un trattamento discriminatorio di situazioni analoghe. A tal proposito, in base alla qualificazione effettuata dalla Commissione la pratica contestata è duplice: Google, infatti, fa affidamento sulla sua posizione dominante quale motore di ricerca generale, non solo per accordare un trattamento preferenziale alla sua sussidiaria (il vero e proprio *self preferencing*), ma anche per degradare, all'interno delle pagine di *Google Search*, i risultati dei servizi di acquisti comparativi concorrenti (causa T-612/17, cit., punto 187). In tal modo, la piattaforma pone in essere una condotta di *leveraging* discriminatoria in favore del proprio servizio, diretta ad estendere la propria posizione dominante nel mercato a valle. L'abuso è tale, secondo il Tribunale, in ragione di tre specifiche circostanze: i) l'importanza vitale del traffico degli utenti per i servizi di acquisto comparativi; ii) il comportamento degli individui in relazione al posizionamento dei risultati

nel motore di ricerca ed in particolare la scarsa attenzione prestata alle pagine successive alla prima; iii) l'impatto negativo sui concorrenti di Google derivante dalla deviazione artificiosa dell'attenzione degli utenti verso il servizio offerto dall'impresa dominante (causa T-612/17, cit., punti 169-174). Pertanto, a parere del giudice europeo, la Commissione non si è limitata ad identificare il *leveraging*, bensì ha classificato la condotta sulla base dei criteri pertinenti (causa T-612/17, cit., punto 175). La pratica individuata costituisce una nuova forma di abuso della posizione dominante non riconducibile a fattispecie esistenti. Tale abuso, composto dalle due condotte summenzionate, presenta un carattere discriminatorio e si inserisce nella generica categoria del *leveraging*.

3. Un secondo profilo di interesse riguarda le considerazioni operate dal Tribunale in merito al motore di ricerca generale *Google Search*. Il giudice europeo ha rilevato che le pagine dei risultati generali di Google costituiscono un'infrastruttura, in linea di principio, 'aperta', dal momento che esse generano traffico verso altri siti web, compresi siti terzi. Tale caratteristica la distingue da infrastrutture il cui valore dipende dalla capacità del proprietario di conservarne l'uso esclusivo (causa T-612/17, cit., punti 176-177). Il valore di un motore di ricerca generale risiede nella sua capacità di 'aprirsi' a fonti terze e mostrarle tra i risultati originati in risposta alle ricerche degli utenti. La molteplicità di tali fonti arricchisce e rafforza il servizio, la sua credibilità, nonché permette di beneficiare di effetti di rete ed economie di scala. Da tale considerazione il Tribunale deduce che un comportamento che limiti la portata dei risultati a quelli dei propri servizi non è necessariamente razionale, salvo che, come nel caso di specie, la posizione dominante del motore di ricerca sia protetta da alte barriere all'ingresso del mercato. Pertanto, il trattamento di favore accordato da Google ai propri risultati rispetto a quelli dei concorrenti appare contrario al modello economico alla base del suo motore di ricerca. Una simile pratica, non può che comportare una certa forma di anormalità (causa T-612/17, cit., punti 178-179).

Il punto è significativo. Se la caratteristica delle pagine di risultati di *Google Search* è quella di costituire un'infrastruttura 'aperta', con la conseguenza che comportamenti volti a limitare la visibilità dei siti web terzi sono da considerarsi non necessariamente razionali, ci si potrebbe domandare se non si stia implicitamente affermando la natura essenziale della piattaforma o, quantomeno, l'esistenza di un generale obbligo di parità di trattamento. Tale ragionamento sembrerebbe corroborato dalla circostanza

che il successo del motore di ricerca deriva dalla vocazione di mostrare risultati provenienti anche – e soprattutto – da fonti esterne.

4. Un terzo aspetto della pronuncia del Tribunale che merita una riflessione, attiene al rapporto tra la condotta posta in essere da Google e la figura del 'rifiuto a contrarre' che ricorre quando un'impresa in posizione dominante si rifiuti, ingiustificatamente, di entrare in rapporti commerciali con terzi. Allorché questo rifiuto riguarda l'accesso ad un bene o un servizio il cui utilizzo è 'essenziale' per produrre un altro bene o servizio, la Corte nella sentenza *Bronner* ha elaborato un test specifico per valutare la sua legalità in relazione all'art. 102 (sentenza del 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner*, punto 41). I presupposti ivi stabiliti – vale a dire l'indispensabilità del servizio, l'idoneità del rifiuto ad eliminare del tutto la concorrenza sul mercato, nonché il suo carattere ingiustificato – hanno l'obiettivo di bilanciare il diritto a scegliere i propri partner commerciali, con la necessità di mantenere la concorrenza sul mercato che dipende dal bene o dal servizio essenziali in oggetto. Nel richiamare tale fattispecie e pur riconoscendo che la condotta di Google ha a che vedere con le condizioni di accesso al suo motore di ricerca, il Tribunale non ha ritenuta applicabile la dottrina delle *essential facilities* al caso di specie (causa T-612/17, cit., punti 230-240). Per aversi un 'rifiuto a contrarre', infatti, il diniego dell'impresa in posizione dominante deve avere carattere espresso ed essere sufficiente a produrre da solo effetti anticoncorrenziali. Tale requisito differenzia questo abuso dalle altre fattispecie che, avendo l'obiettivo di rendere l'ingresso sul mercato più difficile, possono essere interpretate come 'impliciti' rifiuti a contrarre, si pensi ad esempio alla compressione di margini o all'applicazione di condizioni dissimili a prestazioni equivalenti, previsto dalla lettera (c) dell'articolo 102 TFUE. L'assenza, nel caso di specie, di un rifiuto espresso autonomamente idoneo ad eliminare la concorrenza, nonché, come specificato dalla Corte nella sentenza *Deutsche Telekom* (sentenza del 25 marzo 2021, causa C-152/19 P, *Deutsche Telekom AG c. Commissione*, punti 50 e 51), la circostanza che l'impresa stia già fornendo il proprio servizio a terzi, rendono le condizioni previste in *Bronner* non applicabili. Ciò posto, il Tribunale ha specificato che il servizio *Google Search* presenta alcune caratteristiche simili a quelle di un'infrastruttura essenziale (causa T-612/17, cit., punti 224-227). In particolare, è stato riconosciuto che: i) il traffico generato dal motore di ricerca è una risorsa indispensabile per i servizi di acquisti comparativi e che ii) rimpiazzarlo non costituisce un'opzione economicamente percorribile. Il

giudice europeo, pertanto, pur ritenendo che la condotta in esame non costituisse un rifiuto a contrarre, sembra lasciare la porta aperta alla qualificazione di taluni servizi offerti dalle grandi piattaforme digitali quali infrastrutture essenziali.

5. Infine, la sentenza del Tribunale pare riconoscere un'obbligazione di parità di trattamento in capo al motore di ricerca di Google. Al punto 180 della pronuncia in commento, il giudice europeo ha richiamato la normativa europea sui servizi di fornitura di accesso ad internet e di comunicazione elettronica (v. regolamento (UE) 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta; direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale)), nonché in materia di *roaming* (regolamento (UE) n. 531/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2012, relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione), traendone la volontà, riconducibile al legislatore europeo, di imporre in capo a tali operatori un'obbligazione generale di parità di trattamento senza discriminazione, o interferenza nel traffico, non derogabile mediante pratiche commerciali (sentenza del 15 settembre 2020, cause riunite C-807/18 e C-39/19, *Telenor Magyarország*, punto 47). Tale volontà, e qui si rinviene l'apporto innovativo della pronuncia, non può essere ignorata nell'analisi delle pratiche poste in essere nei mercati a valle da un operatore come Google, considerata la sua indiscussa posizione dominante sul mercato dei motori di ricerca generali e la connessa speciale responsabilità di non ostacolare una concorrenza effettiva nel mercato interno. A tal fine, prosegue il Tribunale, è irrilevante che un accesso non discriminatorio all'elenco dei risultati di *Google Search* non sia previsto, in termini generali, da una normativa, dal momento che un sistema di concorrenza non falsata può essere garantito solo se sono assicurate pari opportunità tra i diversi operatori economici. L'estensione dell'obbligo di parità di trattamento, prevista per gli operatori di servizi di fornitura di accesso a internet, al caso in esame sembra trovare la sua giustificazione al punto 183 della pronuncia, in cui il giudice europeo richiama il ruolo della piattaforma di Google quale punto di accesso a internet.

6. In conclusione, la sentenza del Tribunale si inserisce nel filone di casi ed interventi che stanno interessando il mercato digitale (v. *Apple*, sen-

tenza del 15 luglio 2020, cause T-778/16 e T-892/16, *Irlanda e a. c. Commissione europea*; *Microsoft*, sentenza del 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*; v. proposte per l'adozione del Digital Markets Act ed il Digital Services Act) e rappresenta un contributo rilevante per la definizione dell'approccio europeo in relazione a tale ambito. Nel confermare l'importante sanzione inflitta a Google dalla Commissione, la pronuncia individua una nuova condotta abusiva discriminatoria rientrante nell'articolo 102 TFUE. Inoltre, le osservazioni operate dal giudice europeo sul carattere "aperto" di *Google Search* sembrano alludere alla possibilità di riconoscere l'esistenza di un obbligo di parità di trattamento in capo il motore di ricerca, che appare confermato dal richiamo della normativa sui fornitori di servizi di accesso a internet. Infine, la sentenza conferma l'inapplicabilità al caso di specie delle condizioni contenute nella sentenza *Bronner*, pur osservando che il traffico generato da *Google Search* presenta delle somiglianze con le infrastrutture essenziali.

L'IMPUGNAZIONE DELLE DIRETTIVE DA PARTE DEI SINGOLI: LA RIVOLUZIONE "GENTILE" DELL'AVV. GEN. BOBEK

FEDERICO FERRI*

SOMMARIO: 1. Contestualizzazione della vicenda a monte della controversia – 2. L'ordinanza del Tribunale del 2020 e la declaratoria di irricevibilità del ricorso in annullamento per insussistenza dell'incidenza diretta – 3. L'opinione dell'Avvocato generale nella causa d'appello e la diversa qualificazione dell'incidenza diretta – 4. Considerazioni d'insieme.

1. Il 6 ottobre 2021 l'Avvocato generale Michal Bobek ha presentato le proprie conclusioni nella causa *Nord Stream 2 AG c. Parlamento europeo e Consiglio*. Il giudizio concerne l'impugnazione dell'ordinanza del Tribunale del 20 maggio 2020 (causa T-526/19), con la quale era stato dichiarato irricevibile il ricorso di annullamento proposto dall'omonima società contro la direttiva (UE) 2019/692 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019, che ha riformato la disciplina UE sul mercato interno del gas naturale. Le conclusioni dell'AG Bobek divergono profondamente dall'ordinanza di rigetto; in questo contributo ci si limiterà ad analizzare il profilo principale della *querelle* sul piano teorico, vale a dire la possibilità o meno per un singolo di essere direttamente interessato da una direttiva, sì da poterne chiedere l'annullamento in forza dell'art. 263, co. 4, TFUE.

Al centro della vicenda vi è la realizzazione del gasdotto Nord Stream 2, che dovrebbe assicurare il flusso di gas tra Russia e Germania. L'opera è iniziata nel 2018. La progettazione, la costruzione e la gestione del nuovo impianto competono ad una società svizzera, la Nord Stream 2 AG, che ha come unico azionista la russa Gazprom. Quando sono iniziati i lavori era in vigore la versione originaria della 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, concernente norme comuni per il mercato interno del gas naturale. All'epoca, però, la normativa UE in materia non poteva essere applicata anche ai gasdotti *offshore* di importazione. La direttiva (UE) 2019/692 ha esteso il campo di applicazione della direttiva del 2009 ai gasdotti che congiungono uno Stato UE a uno Stato terzo, co-

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università *Alma Mater Studiorum* di Bologna.

prendone le porzioni localizzate fino al territorio o alle acque territoriali degli Stati membri interessati. Al tempo stesso, la recente riforma finisce per incrementare in misura considerevole la portata degli oneri gravanti sugli operatori di quei gasdotti. Benché la normativa sia stata redatta in termini generali e astratti, in considerazione delle eccezioni previste dal legislatore UE essa risulta di fatto applicata ad un solo gasdotto: il Nord Stream 2, appunto.

Non stupisce, pertanto, che la Nord Stream 2 AG abbia proposto un'azione di annullamento contro la direttiva (UE) 2019/692, facendo valere molteplici vizi. Più in generale, la ricorrente ha sostenuto che la direttiva costituirebbe un'iniziativa atta ad alterare la propria situazione giuridica e volta a scoraggiare lo sfruttamento di quel gasdotto.

2. Relativamente al *locus standi*, nella propria ordinanza del 2020 il Tribunale ha dichiarato che la Nord Stream 2 AG non era legittimata a impugnare la direttiva, in quanto non direttamente interessata dall'atto legislativo.

Per il Tribunale, il problema di fondo era rappresentato dal fatto che nel caso di specie non apparivano soddisfatti i due criteri cumulativi che dovrebbero sussistere per concludere che la ricorrente sia riguardata direttamente dalla direttiva, ossia che l'atto produca direttamente effetti sulla situazione giuridica dell'interessato e che, al contempo, non lasci alcun potere discrezionale ai destinatari incaricati della sua attuazione (v., ad esempio, sentenza del 6 novembre 2018, cause riunite da C-622/16 P a C-624/16 P, *Scuola Elementare Maria Montessori c. Commissione, Commissione c. Scuola Elementare Maria Montessori e Commissione c. Ferracci*, punto 42). A detta del Tribunale (punti 102-110 dell'ordinanza), ai sensi dell'art. 288 TFUE lo strumento della direttiva vincola solo gli Stati membri, mentre gli obblighi – mediati – a carico dei singoli dipendono unicamente dalle misure nazionali di recepimento. E poiché al momento della proposizione del ricorso della Nord Stream 2 AG la direttiva (UE) 2019/692 non aveva ancora ricevuto attuazione a livello interno, non sarebbe stato possibile sostenere che vi fosse stata alcuna incidenza diretta ai danni della società. D'altra parte (punti 111-116), il Tribunale segnalava che alcuni articoli del nuovo strumento avrebbero consentito agli Stati membri di introdurre ipotesi alternative a quelle assunte come regole da parte del legislatore UE, dilatando in tal modo significativo il margine di manovra delle autorità nazionali competenti in sede di attuazione della direttiva.

Infine, in ossequio ad un approccio "olistico" dell'accesso dei singoli alla giustizia più volte richiamato dai giudici di Lussemburgo, per il Tribunale questi rilievi non avrebbero potuto svilire in alcun modo la portata del diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo riconosciuto e garantito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, dal momento che il sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti che il TFUE prevede per assicurare il controllo della legittimità degli atti dell'Unione può dirsi completo. Nello specifico, la Nord Stream 2 AG potrebbe pur sempre fare valere le sue pretese di fronte all'autorità di regolamentazione dello Stato membro di riferimento (la Repubblica federale tedesca), contestando poi un'eventuale decisione sfavorevole dinnanzi al giudice interno e, all'occorrenza, chiedendo a quest'ultimo di esperire un rinvio pregiudiziale di validità innanzi alla Corte UE in merito alla direttiva (UE) 2019/692.

3. Di tutt'altro avviso è l'AG Bobek, che nelle proprie conclusioni nel giudizio di appello propone in pratica di rovesciare le tesi del Tribunale, soffermandosi dapprima sulla possibilità per il singolo di ricorrere in annullamento contro una direttiva e, successivamente, sul ruolo giocato dalla discrezionalità delle autorità nazionali in relazione al recepimento della direttiva in questione.

Quanto al primo punto, l'Avvocato generale interpreta diversamente dal Tribunale la portata degli effetti giuridici individuali della direttiva (punti 35-58). Dato che la riforma del 2019 ha esteso l'ambito di applicazione della direttiva 2009/73/CE a nuovi destinatari, tra i quali rientra la Nord Stream 2, per l'Avvocato Bobek è indubbio che la situazione giuridica della ricorrente sia stata modificata. Non solo: detta modifica discende automaticamente, in forza di un nesso di causalità diretta, dalla direttiva oggetto di causa. A tale proposito, la valutazione da compiere non può essere realizzata in astratto e senza privilegiare la sostanza dell'atto rispetto alla sua forma, né è ammissibile negare la sussistenza degli effetti giuridici di una direttiva nei confronti dei terzi per il solo fatto che il termine di recepimento non è ancora scaduto. Dunque, la funzione di "diaframma" che l'ordinamento giuridico nazionale sarebbe tradizionalmente chiamato ad esercitare per conformarsi alle direttive non sarebbe di per sé sufficiente a escludere l'esame nel merito di un ricorso di annullamento proposto da una persona fisica o giuridica contro un simile atto. Tale esclusione, invero, renderebbe di fatto quasi tutte le direttive immuni ai ricorsi di annullamento intentati dai singoli: di regola le direttive devono essere trasposte nell'ordinamento degli Stati membri (o di quelli ai quali sono indirizzate)

ed il termine per completare questa operazione è ragionevolmente più lungo del limite massimo di due mesi che l'ultimo comma dell'art. 263 TFUE assegna a chi voglia attivare un giudizio di annullamento.

Venendo poi all'essenza delle misure nazionali di attuazione della direttiva, l'Avvocato generale puntualizza che occorre guardare al reale grado di discrezionalità a disposizione dell'autorità chiamata ad adottare l'atto intermedio (v. in particolare, punti 59-85). L'incidenza diretta della direttiva non verrebbe meno nei casi in cui il potere "aggiuntivo" debba necessariamente essere esercitato in un determinato modo. Ora, è vero che la direttiva 2019/692 prevede ipotesi derogatorie che possono essere azionate o meno dagli Stati membri. Ciononostante, da un'analisi dettagliata della situazione concreta risulta che le nuove eccezioni non potrebbero comunque andare a beneficio della Nord Stream 2 AG, che in definitiva non avrebbe alcuna possibilità di sottrarsi alla disciplina UE sul mercato interno del gas naturale. In sintesi, qualsiasi iniziativa intrapresa dalle autorità nazionali in virtù delle opzioni offerte dal legislatore UE avrebbe lo stesso effetto: la situazione giuridica della ricorrente sarebbe giocoforza modificata *in peius*. Ne deriva che l'atto di recepimento costituirebbe un filtro ininfluente nell'ottica del risultato finale e, di conseguenza, dell'incidenza diretta ai danni della ricorrente.

Dopo avere sostenuto che la Nord Stream 2 AG è direttamente toccata dalla direttiva 2019/692, l'Avvocato generale valuta se la società sia interessata anche individualmente dall'atto e conclude in senso affermativo (punti 185-201). Stanti i vari elementi di fatto, la Nord Stream 2 AG non solo si trovava in una posizione unica rispetto all'atto controverso quando questo è stato adottato; addirittura, dal contenuto di alcuni documenti indicati dall'Avvocato generale (punto 197), sarebbe dimostrato che le istituzioni coinvolte nella procedura legislativa avrebbero agito con l'intenzione stessa di assoggettare proprio la ricorrente al nuovo regime.

4. In attesa della pronuncia della Corte di giustizia, come leggere l'impatto potenziale delle conclusioni dell'Avvocato generale messe a confronto con l'ordinanza del Tribunale?

Premesso che l'intera vicenda *Nord Stream 2* è sempre stata esposta a forti tensioni di natura (geo)politica (v. F. ANSELMO, *Dalla Russia all'UE. Nord Stream 2: opportunità e rischi del nuovo gasdotto di Putin*, in *ISPI online*, 7 maggio 2020), specie a causa dell'opposizione degli Stati membri dell'Est, e che la proposta della direttiva di riforma (COM/2017/0660 final dell'8 novembre 2017) è stata intesa come l'ultimo rimedio a disposizione

della Commissione per ostacolare un progetto di matrice russa (K. TALUS, *Justice Should not be Blind to Something that is Obvious to Everyone Else – An Analysis of Advocate General Bobek's Opinion in Nord Stream 2*, in *European Law Blog*, 21 ottobre 2021), si potrebbe rispondere che il valore aggiunto delle conclusioni è ambivalente.

Di base, l'AG Bobek non avanza soluzioni "rivoluzionarie" ai fini del potenziamento delle prerogative dei singoli nel quadro dell'art. 263 TFUE. Da un lato, le conclusioni nella causa *Nord Stream 2* confermano le difficoltà che una persona fisica o giuridica incontra quando agisce per chiedere l'annullamento di un atto non regolamentare che non sia stato adottato nei suoi confronti. Dall'altro, le considerazioni svolte dall'Avvocato generale si fondano su elementi puntuali che caratterizzano la posizione, del tutto peculiare, della società che ha proposto il ricorso contro la direttiva 2019/692. In altri termini, esse non intendono, diversamente dalle note conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs sul caso *UPA* (conclusioni del 21 marzo 2002, causa C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio dell'Unione europea*), dare vita ad un ribaltamento generale del paradigma attualmente in uso rispetto al tema in questione: se la Corte si limitasse a seguire le conclusioni non arriverebbe, pertanto, a scardinare i requisiti previsti nel quarto comma dell'art. 263 TFUE.

Ciò non sminuisce, si badi bene, la portata delle conclusioni dell'AG Bobek: il pregio del ragionamento che esse contengono risiede nel tentativo di evitare il propagarsi di un controverso inasprimento delle condizioni che i ricorrenti non privilegiati devono rispettare per non subire gli effetti di una declaratoria di irricevibilità del ricorso proposto contro un atto legislativo che, in apparenza, non si rivolge a uno o più destinatari identificabili. Da questo punto di vista, le conclusioni potrebbero concorrere a scongiurare l'avvento di una giurisprudenza poco in linea con l'evoluzione – peraltro tenue – dei poteri dei singoli al cospetto delle condotte attive del legislatore UE.

È bene ricordare che l'art. 230 TCE, cioè il "predecessore" dell'art. 263 TFUE, nel riferirsi ai ricorsi azionabili dai singoli menzionava le sole decisioni, restringendo oltremodo la gamma di atti che le persone fisiche o giuridiche avrebbero potuto sottoporre ad azione di annullamento, previa dimostrazione dell'incidenza diretta e individuale. L'art. 230 TCE era stato criticato a più riprese per la sua formulazione poco garantista, anche alla luce del diritto fondamentale ad ottenere una tutela giurisdizionale effettiva (*ex multis*, A. ADINOLFI, *La Corte di giustizia dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona,* in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 53; T.

TRIDIMAS, S. POLI, Locus Standi *of Individuals under Article 230(4): The Return of Euridice?*, in A. ARNULL, P. EECKHOUT, T. TRIDIMAS (eds.), *Continuity and Change in EU Law: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, 2008, p. 89; D. BONI, *Il ricorso di annullamento delle persone fisiche e giuridiche*, in B. NASCIMBENE, L. DANIELE (a cura di), *Il ricorso di annullamento nel Trattato istitutivo della Comunità europea*, Milano, 1998, p. 106 ss.). Ed in effetti, tanto la giurisprudenza pre-Lisbona della Corte di giustizia, quanto il nuovo art. 263, co. 4, TFUE, hanno contribuito ad ampliare il novero degli atti contro i quali i ricorrenti non privilegiati possono esperire l'azione in discorso, che quindi è stata progressivamente improntata ad una maggiore protezione degli interessi dei privati (in questi termini, S. M. CARBONE, *Le procedure dinnanzi alla Corte di giustizia a tutela delle situazioni giuridiche individuali dopo il Trattato di Lisbona,* in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 242). In base agli sviluppi determinatisi sul piano giurisprudenziale e normativo, il ricorso individuale risulta oggi esperibile nei confronti di qualsiasi provvedimento delle istituzioni che, indipendentemente dalla sua natura e dalla sua forma, miri a produrre effetti giuridici vincolanti idonei ad incidere sugli interessi del ricorrente, modificando in misura rilevante la sua situazione giuridica (v., tra le varie pronunce della Corte, sentenza del 13 ottobre 2011, cause riunite C-463/10 P e C-475/10 P, *Deutsche Post AG*, punto 38; sentenza del 18 novembre 2010, causa C-322/09 P, *NDSHT c. Commissione*, punto 45; sentenza del 17 luglio 2008, *Athinaïki Techniki AE c. Commissione*, punto 29; sentenza dell'11 novembre 1981, causa 60/81, *IBM c. Commissione*, punto 9). Ne consegue che la casistica degli atti impugnabili in situazioni di questo tipo ben può estendersi al di là degli atti tipici elencati all'art. 288 TFUE (v. anche M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 102 ss.).

Da tutto quanto precede, si ricava che l'espressione "gli atti", che nel testo dell'art. 263, co. 4, TFUE ha sostituito la parola "decisioni", impone di ammettere che pure le direttive, quando producono effetti lesivi in capo al singolo, sono potenzialmente suscettibili di essere sindacate dal Tribunale attraverso un ricorso in annullamento presentato da una persona fisica o giuridica (A. M. ROMITO, *Il ricorso per annullamento ed i limiti alla tutela dei ricorrenti non privilegiati,* in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 532). D'altra parte, la Corte già in precedenza aveva lasciato intendere che l'annullamento di una direttiva potesse essere richiesto da un singolo per lamentare, tra le altre cose, che il *nomen iuris* dell'atto cela in realtà la sostanza di una decisione "dissimulata" (ordinanza del 23 novembre 1995,

causa C-10/95 P, *Asocarne c. Consiglio*, punto 28 ss.). E comunque, la giurisprudenza del Tribunale contempla anche pronunce che hanno confermato l'opportunità di verificare la ricevibilità dei ricorsi di annullamento proposti da una persona fisica o giuridica verso una direttiva (si segnala la sentenza del 7 ottobre 2009, causa T-420/05, *Vischim c. Commissione*, punto 67 ss.).

Nell'ordinanza *Nord Stream 2 AG*, il Tribunale ha costruito un impianto argomentativo non del tutto coerente e a tratti precario, concentrando l'attenzione esclusivamente sul requisito dell'incidenza diretta, contrariamente a quanto fatto in altre occasioni (ci si riferisce, ad esempio, all'ordinanza dell'8 maggio 2019, causa T-330/18, *Carvalho e a. c. Parlamento e Consiglio*, punto 43 ss., nella quale, viceversa, era stato posto l'accento soltanto sul requisito dell'incidenza individuale), al fine di escludere il *locus standi* del ricorrente. Discutibile è, inoltre, l'artificio retorico teso a negare che una società come la ricorrente possa considerarsi direttamente interessata *ex* art. 263, co. 4, TFUE nel caso di una direttiva che necessiti di trasposizione. Tale circostanza, infatti, interessa la gran parte delle direttive adottate dal legislatore UE. L'ordinanza sembra poi associare il requisito dell'incidenza diretta alla dottrina degli effetti diretti (punti 105-106). La sovrapposizione richiama quella tra i concetti di diretta applicabilità ed efficacia diretta (sul tema si veda D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, 2018, p. 89 ss.). Si tratta, tuttavia, di un'associazione che è estranea al contenuto e alla *ratio* dell'art. 263, co. 4, TFUE; né i cenni fatti dai giudici di primo grado alle celebri sentenze *Marshall* e *Faccini Dori* sembrano cogliere nel segno se il rapporto tra direttiva e singolo è valutato non già in funzione delle pretese che l'individuo può rivolgere contro lo Stato inadempiente, ma, diversamente, nella prospettiva di un ricorso di annullamento.

In questo senso, l'Avvocato Bobek mette in guardia circa l'esigenza di evitare che le maglie già piuttosto strette dell'art. 263, co. 4, TFUE vengano irrigidite ulteriormente. Laddove la Corte (riunita in Grande Sezione?) decidesse di seguire le conclusioni, ciò consentirebbe – almeno – di mantenere minimi margini di flessibilità per quanto attiene ai ricorsi presentati dai singoli contro atti a portata generale. Si salvaguarderebbe in tal modo l'orientamento sostanziale di cui si è dato conto poc'anzi, che è stato a ragion veduta giudicato in dottrina "garanzia di un'applicazione corretta dei Trattati" (G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, Napoli, 2021, III ed., p. 364).

In un'ottica più generale, l'eventuale adesione della Corte alla soluzio-

ne prospettata da Bobek potrebbe forse considerarsi alla stregua di un tentativo di attenuare – seppure indirettamente – le criticità derivanti dalla frettolosa presunzione di completezza del sistema di rimedi che il singolo può attivare per contestare l'illegittimità degli atti dell'Unione. Tale "assioma", ribadito meccanicamente nell'ordinanza impugnata, è ormai radicato nella giurisprudenza della Corte e fa leva soprattutto sulla presenza, nell'ordinamento dell'Unione, del rinvio pregiudiziale di validità, previsto all'art. 267 TFUE.

E tuttavia, come già evidenziato dall'Avvocato generale Jacobs in *UPA* e come ricordato da tempo in dottrina (v., ad esempio, F. CASOLARI, *C'è un giudice a Lussemburgo? Sui limiti strutturali e sostanziali alla tutela giurisdizionale dei singoli rispetto alle politiche di* austerity *dell'Unione europea*, in C. CARUSO, M. MORVILLO (a cura di), *Il governo dei numeri: indicatori economico-finanziari e decisione di bilancio nello Stato costituzionale*, Bologna, 2020, p. 246; P. MANZINI, *Ricorso di annullamento: riforma e controriforma,* in *Il diritto dell'Unione europea*, 2002, p. 727 ss.), questa teoria sconta limiti evidenti. A ben vedere, gli ostacoli principali all'utilizzo del rinvio pregiudiziale di validità come strumento di effettiva tutela giurisdizionale risiedono proprio nelle caratteristiche intrinseche di quest'ultimo. Si tratta, effettivamente, di un meccanismo che non è stato congegnato come corrispettivo del ricorso in annullamento e che non è altrettanto adeguato ad assicurare un simile diritto all'interessato (si rinvia a B. CORTESE, *Rinvio pregiudiziale e ricorso di annullamento: parallelismi, intersezioni e differenze*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020, p. 241 ss.). Si aggiunga poi che nel caso in cui il giudice interno eventualmente tenuto a proporre un rinvio pregiudiziale di validità omette di rivolgersi alla Corte di giustizia, non vi sono rimedi chiari ed efficaci a beneficio delle parti in causa, in quanto il problema della tutela dell'individuo avverso la violazione dell'obbligo di attivare l'art. 267 TFUE si è sinora posto principalmente con riguardo al rinvio pregiudiziale di interpretazione (v. F. FERRARO, *Le conseguenze derivanti dalla violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), cit., p. 160 ss.).

È alla luce delle considerazioni che precedono che pare di poter dire che la posizione assunta da Bobek possa costituire, per certi versi, una rivoluzione "gentile" dell'approccio restrittivo concernente il *locus standi*. Spetta ora alla Corte di giustizia deciderne le sorti.

LA MANCATA APPLICAZIONE DEL MECCANISMO DI CONDIZIONALITÀ: CARENZA O INCOERENZA?

MIRIANA LANOTTE*

SOMMARIO: 1. Il difficile *iter* di approvazione del regolamento relativo alla condizionalità democratica. – 2. Il compromesso politico, l'immediata reazione del Parlamento europeo e l'inerzia della Commissione. – 3. L'azione in carenza nei confronti della Commissione. – 4. Conclusioni.

1. Il 29 ottobre 2021, su richiesta del Presidente Sassoli, il Parlamento ha presentato alla Corte di Giustizia un ricorso in carenza ai sensi dell'art. 265 TFUE contro la Commissione per la mancata applicazione del regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 (Lettera del Presidente Sassoli al servizio giuridico del Parlamento).

Il presente scritto intende svolgere alcune considerazioni sul rapporto interistituzionale, tramutatosi in conflitto, tra Parlamento e Commissione circa l'applicazione del nuovo strumento, per poi interrogarsi sull'ammissibilità del ricorso in carenza proposto.

Preliminarmente, occorre tuttavia ricordare che l'adozione del regolamento approvato il 16 dicembre 2020 è stata fortemente osteggiata dalla Polonia e dall'Ungheria, le quali – ben consapevoli di essere le prime interessate dalla possibile applicazione del meccanismo – hanno posto il veto sul bilancio UE provocando un blocco dei negoziati sul Quadro finanziario pluriennale 2021-2027 (A. FOLLIS, *Recovery Plan, Ungheria e Polonia mettono il veto sul bilancio Ue*, in *Euractiv*, 16 novembre 2020). Il periodo di stallo è stato poi superato grazie alla mediazione della presidenza tedesca del Consiglio, la quale ha negoziato un accordo inserito nelle conclusioni del Consiglio europeo del 10 e 11 dicembre 2020 (Conclusioni del Consiglio europeo, 10 e 11 dicembre 2020, EUCO 22/20). E il compromesso politico – è bene ricordarlo – ha previsto che l'adozione delle misure sanzionatorie stabilite dal regolamento fosse subordinata alla formulazione di linee guida concernenti le modalità di applicazione dello stesso e che, in ca-

* Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università Alma Mater Studiorum di Bologna.

so di presentazione di un ricorso di annullamento, le linee guida sarebbero state elaborate successivamente alla sentenza della Corte di giustizia.

2. Le reazioni di Parlamento e Commissione alla trattativa politica sono state diametralmente opposte.

Da una parte, si può notare l'approccio più rigido del Parlamento dinnanzi al potenziamento della dimensione intergovernativa, attraverso la quale si è realizzato un sistema poco chiaro di rinvio incrociato tra linee-guida e controllo giurisdizionale (di legittimità) sul regolamento.

Lo spostamento del centro decisionale è stato immediatamente criticato dal Parlamento il quale, all'indomani dell'approvazione del meccanismo, ha rilevato, da un lato, il difetto di competenze legislative in capo al Consiglio europeo e, dall'altro lato, la mancata inclusione della dichiarazione politica nel testo dell'atto legislativo. Ne discende l'impossibilità di utilizzare la richiamata dichiarazione per interpretare le disposizioni del regolamento ovvero per modificarne l'applicabilità, lo scopo e l'ambito di applicazione (Risoluzione del Parlamento europeo sul quadro finanziario pluriennale 2021-2027, l'accordo interistituzionale, lo strumento dell'Unione europea per la ripresa e il regolamento sullo Stato di diritto, 17 dicembre 2020, (2020/2923(RSP). Inoltre, il Parlamento ha ribadito con fermezza che i ricorsi di annullamento proposti da Polonia e Ungheria (causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*; causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*) non hanno effetto sospensivo ai sensi dell'art. 278 TFUE e che l'applicazione del regolamento non può essere subordinata alla adozione di orientamenti posto che il testo concordato è sufficientemente chiaro e non sono previsti strumenti di attuazione (Risoluzione del Parlamento europeo sull'applicazione del regolamento (UE, Euratom) 2020/2092, il meccanismo di condizionalità dello Stato di diritto, 25 marzo 2021, (2021/2582(RSP)).

Dall'altra parte, invece, si può riscontrare un atteggiamento remissivo della Commissione dinanzi al compromesso politico. Essa, infatti, non ha elaborato gli orientamenti relativi all'applicazione del regolamento, restando in attesa della pronuncia della Corte di giustizia.

Il silenzio della Commissione, invero, pare incoerente rispetto all'attivismo mostrato sinora. La crescente e preoccupante crisi dello Stato di diritto ha favorito un approccio intransigente e finanche creativo da parte della Commissione a difesa dei valori fondamentali e fondativi dell'Unione (B. NASCIMBENE, *Il rispetto della Rule of law e lo strumento finanziario. La" Condizionalità*", in *Eurojus*, 27 settembre 2021, p. 172 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*, 25 marzo 2018).

In tal senso, occorre innanzitutto richiamare il *nuovo quadro per rafforzare lo Stato di diritto* (COM(2014) 158 final dell'11 marzo 2014, Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*) e il *meccanismo europeo per lo Stato di diritto* (COM(2019)163 del 3 aprile 2019, Comunicazione *Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione*,), entrambi strumenti di natura eminentemente dialogica volti ad identificare situazioni critiche concernenti la violazione dello Stato di diritto, risolvere queste ultime in composizione amichevole con lo Stato interessato e promuovere una collaborazione interistituzionale.

Ancora, si deve ricordare il profuso impegno della Commissione nella tutela dei valori di cui all'art. 2 TUE, dimostrato con l'attivazione di una proposta motivata di decisione del Consiglio *ex* art. 7, par.1, TUE riguardante la Polonia (COM(2017)0835 del 20 dicembre 2017, proposta di decisione del Consiglio sulla constatazione dell'esistenza di un evidente rischio dello Stato di diritto da parte della Repubblica della Polonia), e di numerose procedure di infrazione nei confronti della stessa Polonia e Ungheria (tra le altre, sentenza del 24 giugno 2019, causa C-619/18 *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte Suprema)*; sentenza del 5 novembre 2019, causa C-192/18*, Commissione c. Polonia (Indipendenza dei tribunali ordinari)*; Corte di giustizia, sentenza del 15 luglio 2021, causa C-791/19, *Commissione c. Polonia (Regime disciplinare dei giudici)*, ECLI:EU:C:2021:596; Comunicato Commissione*, Valori fondanti dell'UE: la Commissione avvia un'azione legale contro Ungheria e Polonia per violazione dei diritti fondamentali delle persone LGBTIQ,* 15 luglio 2021*).*

A ciò si aggiunga che la Commissione, nell'ambito del ricorso per inadempimento C-204/21, Commissione c. Polonia, aveva richiesto e ottenuto il provvedimento provvisorio della sospensione delle disposizioni nazionali relative all'organizzazione dell'ordinamento giudiziario (ordinanza del 14 luglio 2021, causa C-204/21 R*, Commissione c. Polonia*), al cui mancato rispetto da parte della Polonia è seguita, sempre su richiesta della Commissione, l'irrogazione della penalità di mora di un milione di euro al giorno (Comunicato, ordinanza della Vicepresidente della Corte, del 27 ottobre 2021, nella causa C-204/21 R, *Commissione c. Polonia*).

Orbene, a prescindere dagli elementi sin qui riportati e indipendentemente dalle recenti dichiarazioni della Presidente Ursula von der Leyen circa la possibilità di penalizzare la Polonia nell'uso dei fondi europei (V.

IORIO, *Il premier polacco Morawiecki: "L'Ue non è uno Stato non accettiamo ricatti". Von der Leyen "Non permetteremo che i nostri valori siano messi a rischio"*, in *Euractiv*, 19 ottobre 2021), resta da capire se il silenzio della Commissione possa essere oggetto di un ricorso in carenza ai sensi dell'art. 265 TFUE. Come anticipato in premessa, è su questo specifico punto che si intende concentrare l'attenzione.

3. Poiché – come noto – la Commissione dispone di un ampio margine discrezionale nel decidere se aprire una procedura di infrazione, è plausibile (e probabile) che la Corte di giustizia, in ossequio ad una giurisprudenza consolidata (sentenza del 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01, *Commissione c. Germania*, punto 30), dichiari irricevibile il ricorso introdotto dal Parlamento.

Nondimeno, ad una più attenta valutazione non sembra potersi escludere una carenza della Commissione. In particolare, il regolamento, all'art. 6, prevede due fasi: la prima, in base alla quale, qualora sussistano le condizioni di cui all'art. 4 (ovverosia la violazione dello Stato di diritto da parte dello Stato membro che compromette o rischia di compromettere la sana gestione finanziaria del bilancio o la tutela degli interessi finanziari), la Commissione trasmette allo Stato interessato una notifica scritta in cui espone gli elementi di fatto e i motivi su cui si fonda la violazione; la seconda fase in cui la Commissione, qualora dovesse ritenere i correttivi apprestati dallo Stato membro non risolutivi, può presentare una proposta di decisione di esecuzione al Consiglio relativa alle opportune misure sanzionatorie da adottare.

A ben vedere, si potrebbe argomentare che almeno nella prima parte della procedura (art. 6 par. 1, regolamento), sussista in capo alla Commissione un obbligo di agire. A sostegno di ciò occorre valorizzare due elementi.

In primo luogo, la Commissione è competente ad applicare il regolamento non per qualsiasi inadempimento di uno Stato membro, ma per violazioni specifiche dei valori fondativi dell'Unione che si ripercuotono sugli interessi finanziari europei. Il meccanismo della "condizionalità democratica" non instaura solo una relazione tra rispetto dei valori *ex* art. 2 TUE ed erogazione dei fondi europei, ma combina due obiettivi preminenti, quali la tutela degli interessi finanziari europei – espressamente prescritta dall'art. 325 TFUE – e la tutela dello Stato di diritto, creando tra essi una reciproca interconnessione.

In secondo luogo, l'accertamento della violazione dello Stato di diritto,

a differenza della procedura politica di cui all'art. 7 TUE, non deve sottostare alla doppia votazione di Consiglio e Consiglio europeo, ma deve essere condotto dalla Commissione tenendo conto degli indici sintomatici elencati, non esaustivamente, dall'art. 3 e delle pertinenti informazioni provenienti delle fonti disponibili, comprese le decisioni, le conclusioni, le raccomandazioni delle istituzioni dell'Unione e di altre organizzazioni internazionali competenti come stabilito dall'art. 6, par. 3 del regolamento.

Se l'obiettivo è garantire che gli Stati membri beneficiari di fondi europei rispettino i valori di cui all'art. 2 TUE, tale strumento non può esser utilizzato discrezionalmente. Proprio in un momento in cui l'Unione in maniera straordinaria ed eccezionale ha finanziato debito comune, la valutazione di conformità alla *Rule of Law* dovrebbe essere compiuta dalla Commissione con continuità e rigore prima dell'erogazione dei fondi e durante la gestione degli stessi. Diversamente, il rischio è quello di vanificare l'effetto utile del meccanismo di condizionalità.

Ne consegue che la stessa Commissione, nel momento in cui sottolinea nella Relazione sullo Stato di diritto 2021 (COM)2021 700 final, del 20 luglio 2021, Relazione sullo Stato di diritto 2021), che in diversi Stati membri sussistono gravi motivi di preoccupazione che non riescono ad essere ridimensionati attraverso il dialogo con il Paese interessato, non può per ragioni di opportunità decidere di non usare lo strumento del regolamento. Ciò è ancora più vero nei casi in cui la Corte di giustizia ha già accertato una violazione del principio dello Stato di diritto da parte di uno Stato membro suscettibile di incidere sugli interessi finanziari (tra le altre, sentenza del 19 novembre 2019, cause C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. e a.*; sentenza del 26 marzo 2020, cause riunite C-558/18 e C-563/18, *Miasto Łowicz e Prokurator Generalny*; sentenza del 2 marzo 2021, causa C-824/18, *A.B. e a.*, ECLI:EU:C:2021:153; Comunicato stampa n. 204/21, sentenza nelle cause riunite C-748/19 e C-754/19, *Procedimenti penali a carico di WB e altri*). Il meccanismo di condizionalità, infatti, è, in virtù del considerando n. 14, integrativo degli altri strumenti che tutelano i valori di cui all'art. 2 TUE e dovrebbe essere utilizzato proprio quando, come stabilito dall'art. 6, par. 1, del regolamento, la Commissione "non ritenga che altre procedure previste dalla legislazione dell'Unione le consentono di proteggere più efficacemente il bilancio dell'Unione".

4. È evidente che la tesi a sostegno di un obbligo di agire in capo alla Commissione si fonda sull'interpretazione teleologica del regolamento che,

invero, cerca di risolvere un problema politico, quello della mancanza di uno strumento efficace per tutelare le violazioni dello Stato di diritto.

In quest'ottica – consapevoli che il ricorso sarà, con ogni probabilità, dichiarato irricevibile – la proposizione dell'azione in carenza costituisce una mossa politica volta a sollecitare l'intervento della Commissione e a potenziare una strategia in difesa dello Stato di diritto.

È in questo solco che si iscrive la necessità che tutte le istituzioni – nel caso di specie la Commissione – facciano fronte comune mediante gli strumenti a disposizione per la salvaguardia dei valori europei. (L. S. ROSSI, *Il valore giuridico dei valori. L'art. 2 TUE: relazione con altre disposizioni del diritto primario e rimedi giurisdizionali*, in *federalismi.it*, 17 giugno 2020).

Qualora non si volesse accogliere la tesi secondo la quale l'obbligo di agire da parte della Commissione deriverebbe dalle specificità del regolamento, si può sostenere che esso, invece, discenda dalla lettura combinata del principio di leale cooperazione tra le istituzioni, di cui all'art. 13, par. 2, TUE e dell'art. 2 TUE. In particolare, in virtù di tale combinato disposto si potrebbe imporre un obbligo di agire in capo all'istituzione, o meglio l'obbligo di attivare gli strumenti in difesa dei valori dell'Unione.

Come la Corte, nella sentenza *ASJP*, (sentenza del 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *ASJP*; L. PECH, S. PLATON, *Judicial Independence under Threat: The Court of Justice to the Rescue in the ASJP Case*, in *Common Market Law Review*, vol. 55, 2018, p. 1827 ss.) afferma che dal principio di leale cooperazione di cui al 4, par. 3, TUE discendono in capo agli Stati membri obblighi che costituiscono lo strumento principe per la concreta attuazione del valore dello Stato di diritto (F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra stati membri e Unione europea*, Napoli, 2020), così si potrebbe sostenere che le istituzioni europee, in virtù del principio di leale cooperazione di cui all'art. 13, par. 2 TUE, siano tenute ad un obbligo di *facere*, ovverosia ad attivare tutti gli strumenti per proteggere i valori di cui all'art. 2 TUE.

La valorizzazione della dimensione orizzontale del principio di leale cooperazione consentirebbe non solo di affermare che la Commissione è tenuta ad utilizzare lo strumento della condizionalità, ma anche di sindacare il comportamento delle altre istituzioni. Specificamente, si pensi al compromesso politico raggiunto dal Consiglio europeo che ha avuto, di fatto, l'effetto di ritardare l'applicazione del regolamento, o ancora all'atteggiamento riluttante del Consiglio che, ad oggi, non ha votato le proposte di decisioni *ex* art. 7, par. 1, TUE, nei confronti di Polonia e Ungheria.

NELLO SCENARIO *POST-BREXIT* IL TRIBUNALE OFFRE DEI CHIARIMENTI IN MERITO ALLA NATURA DELL'ACCORDO DI RECESSO E DELLE DECISIONI AD ESSO RELATIVE

SARAH LATTANZI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. La controversa natura dell'accordo di recesso. – 3. La pronuncia del Tribunale sulla decisione di autorizzazione dell'avvio dei negoziati. – 4. Le pronunce del Tribunale relative alla decisione di conclusione dell'accordo. – 5. Nuovi elementi di riflessione e loro sistematizzazione.

1. Diversi cittadini del Regno Unito hanno contestato la *Brexit* di fronte ai giudici nazionali e davanti al Tribunale dell'Unione europea. Chiamato a pronunciarsi sulla ricevibilità di alcuni ricorsi d'annullamento, quest'ultimo ha fornito alcune indicazioni significative, di carattere generale, sulla natura della decisione di conclusione dell'accordo di recesso.

In una serie di recenti pronunce, il Tribunale ha chiarito che questa decisione costituisce un atto di portata generale, che si colloca in una posizione intermedia tra le fonti primarie e gli atti di diritto derivato e che non è in alcun modo riconducibile al concetto di atto regolamentare suscettibile di impugnazione da parte dei singoli, ai sensi dell'art. 263, quarto comma, TFUE. In questo breve scritto intendiamo mettere in luce queste indicazioni.

2. L'art. 50, par. 2, TUE prevede la possibilità di concludere un accordo volto a definire le modalità del recesso tra lo Stato che intende esercitare questa facoltà e l'Unione. La disposizione sul recesso era stata introdotta nel Trattato che istituiva una Costituzione per l'Europa ed è stata poi ripresa nel Trattato di Lisbona. Il recesso era stato configurato come un corollario della libertà di aderire all'Unione. L'idea di fondo era che se si può scegliere di far parte dell'Unione, aderendovi, simmetricamente si deve poter decidere di lasciare l'Unione (CONV 724/1/03 REV 1 vol. 1, 28 maggio 2003, *Draft text with comments*, *Annexe 2*, pp. 131-132, in https://data.consilium.europa.eu/doc/document/CV%20724%202003%2

* Assegnista di ricerca in diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Genova.

0REV%201/EN/pdf). Pur essendo stato ideato come uno strumento "speculare" rispetto all'adesione, il regime del recesso, di cui all'art. 50 TUE, presenta delle specificità.

Dal punto di vista procedurale, mentre l'accordo di adesione è concluso dagli Stati membri e dallo Stato richiedente, quello di recesso è stipulato, a nome dell'Unione, dal Consiglio senza bisogno della ratifica da parte dei Parlamenti nazionali, ma previa approvazione da parte del Parlamento europeo. Sia l'adesione che il recesso rendono necessaria una modifica dei Trattati, in particolare del Preambolo, degli articoli 52 TUE e 355 TFUE ed eventualmente dei Protocolli allegati. Nondimeno, mentre l'accordo di adesione è in grado di modificare *ex se* il pertinente diritto primario dell'Unione, l'accordo di recesso deve essere seguito da una revisione dei trattati secondo la procedura prevista dall'art. 48 TUE (L. DANIELE, *Brevi note sull'accordo di recesso dall'unione europea ai sensi dell'art. 50 TUE*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2017, p. 400; C. HILLION, *Accession and Withdrawal in the Law of the European Union*, in D. CHALMERS, A. ARNULL, in *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford, 2015, p. 141).

La dottrina ha sottolineato le differenze tra adesione e recesso, in particolare per quanto riguarda la posizione gerarchica dei relativi accordi e la loro sindacabilità. Mentre l'accordo di adesione ha natura di fonte primaria e risulta quindi insindacabile da parte della Corte di giustizia, l'accordo di recesso costituisce un accordo di diritto internazionale stipulato dall'Unione nella sua sfera di competenza esterna (L. DANIELE, *op. cit.*; C. HILLION, *Withdrawal under Article 50 TEU: An Integration-friendly Process*, in *Common Market Law Review*, 2018, pp. 33-35; A. LAZOWSKI, *Withdrawal from the European Union and Alternatives to Membership*, in *European Law Review*, 2012, p. 529; T. TRIDIMAS, *Article 50: An Endgame without an End?*, in *King's Law Journal*, 2016, pp. 311 e 312). Si tratta di un accordo *sui generis,* che non risulta ancorato ad alcuna specifica politica materiale dell'Unione (v. in tal senso sentenza del 16 novembre 2021, causa C-479/21 PPU, *SN e SD*, punti 50 e 54).

Nelle pronunce in commento il Tribunale sembra aver confermato questa impostazione.

3. Sin dal 2018 alcuni cittadini del Regno Unito hanno tentato la via del ricorso diretto, impugnando dinanzi al Tribunale la decisione di autorizzazione dell'avvio dei negoziati. In una prima pronuncia, il Tribunale ha dichiarato il ricorso irricevibile per assenza di incidenza diretta sulla posizio-

ne del ricorrente (sentenza del 26 novembre 2018, causa T-458/17, *Harry Shindler e. a. c. Consiglio*). Applicando una giurisprudenza costante (sentenza del 13 ottobre 2011, cause riunite C-463/10 P e C-475/10 P, *Deutsche Post e Germania c. Commissione*, punto 38), il Tribunale ha considerato che, costituendo la decisione di autorizzazione dell'avvio dei negoziati un atto di portata generale, i ricorrenti, in qualità di individui, hanno l'onere di provare non solo di essere riguardati direttamente e individualmente dall'atto, ma anche il "requisito secondo cui gli effetti giuridici vincolanti del provvedimento impugnato devono essere idonei ad incidere sugli interessi del ricorrente, modificando in misura rilevante la sua situazione giuridica" (causa T-458/17, *Shindler*, cit., punto 31). Nella specie, la decisione di autorizzazione dell'avvio dei negoziati non aveva incidenza sulla posizione giuridica dei ricorrenti. La loro posizione avrebbe potuto essere modificata in maniera rilevante solo dalla decisione di conclusione dell'accordo. Il ricorso è stato pertanto rigettato, in quanto irricevibile.

4. Subito dopo l'approvazione, diversi privati hanno impugnato la decisione di conclusione dell'accordo di recesso attraverso tre nuovi ricorsi di annullamento. Anche questi ricorsi (ordinanza dell'8 giugno 2021, causa T-198/20, *Shindler e a. c. Consiglio*; in stessa data, causa T-252/20, *Silver e altri c. Consiglio*; e causa T-231/20, *Price c. Consiglio*) sono stati considerati irricevibili, poiché i ricorrenti non disponevano dell'interesse individuale ad agire per poter attaccare la suddetta decisione.

Il Tribunale ha chiarito alcuni aspetti relativi all'art. 263, quarto comma, ult. fr., ai sensi del quale – è utile ricordarlo – qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre un ricorso d'annullamento "contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura di esecuzione". Le motivazioni del Tribunale, che intendiamo valorizzare, riguardano il concetto di "atto regolamentare".

Anzitutto, in riferimento alla natura dell'accordo di recesso, il Tribunale ha stabilito che esso è un "acte de droit international conventionnel" (causa T-231/20, *Price c. Consiglio*, cit., punto 24) che, per mezzo della decisione di conclusione adottata dal Consiglio, entra a far parte dell'ordinamento dell'Unione. È stato in tal modo confermato quanto la dottrina maggioritaria aveva sostenuto.

Il Tribunale ha aggiunto che questa decisione "qui fait entrer l'accord de retrait dans l'ordre juridique de l'Union est elle-même un acte de portée générale et, à ce titre, atteint le requérant en raison de sa qualité objective

de ressortissant du Royaume-Uni" (causa T-231/20, *Price c. Consiglio*, cit., punto 48).

Questa sottolineatura del Tribunale ha richiesto un'importante precisazione.

Va infatti ricordato che secondo la giurisprudenza consolidata un atto di portata generale, che non sia un atto legislativo, costituisce di regola un "atto regolamentare", impugnabile dagli individui ai sensi del quarto comma dell'art. 263 TFUE (v. sentenza del 3 ottobre 2013, causa C-583/11 P, *Inuit*, punto 58).

Visto che l'art. 50 TUE non prevede una procedura legislativa, la decisione di conclusione dell'accordo di recesso potrebbe essere considerata, non soltanto un atto di portata generale, ma anche un atto non legislativo. Così argomentando, si potrebbe dire che detta decisione rappresenta un atto regolamentare impugnabile dai privati, ai sensi dell'art. 263, quarto comma, TFUE.

Il Tribunale non è ovviamente giunto a questa conclusione. Esso ha sostenuto che la decisione di conclusione dell'accordo di recesso può essere considerata come l'equivalente, sul piano esterno, di un atto legislativo, visto che il suo iter di adozione ricalca le procedure legislative definite ai paragrafi 1 e 2 dell'art. 289 TFUE (causa T-231/20, *Price c. Consiglio*, cit., punti 68-70).

Il Tribunale è però andato oltre nel suo ragionamento, sottolineando che la decisione di conclusione di un accordo internazionale, come quello di recesso, è un atto che, prevalendo sugli atti adottati dalle istituzioni, occupa nella gerarchia delle fonti un rango che è diverso e superiore rispetto a quello "des autres actes de portée générale, tant législatifs que réglementaires" (causa T-231/20, *Price c. Consiglio*, cit., punti 65-67).

Secondo il Tribunale, le decisioni di conclusione degli accordi internazionali sono atti infra-primari e supra-legislativi, ai quali non si possono applicare distinzioni, come quella tra atti legislativi e non legislativi, che valgono solo per le fonti di diritto derivato (causa T-231/20, *Price c. Consiglio*, cit., punto 72).

5. Il Tribunale si è trovato nella difficile situazione di dover motivare le ragioni per cui un atto di portata generale e (apparentemente) non legislativo non possa essere ricondotto nel novero degli atti regolamentari impugnabili dai privati, ai sensi del quarto comma dell'articolo 263 TFUE. La difficoltà scaturiva dalla necessità di rispettare (di fatto precisandola) la giurisprudenza, ribadita anche nella recente sentenza *Montessori*, secondo

la quale nella nozione di atto regolamentare rientrano tutti gli atti non legislativi di portata generale (sentenza del 6 novembre 2018, cause da C-622/16 P a C-624/16 P, *Scuola Elementare Maria Montessori*, punti 24 e 28). Per escludere che le decisioni di conclusione degli accordi internazionali rientrassero in tale nozione, il Tribunale ha fatto ricorso a un complesso arsenale argomentativo attraverso il quale ha introdotto una chiara gerarchizzazione delle fonti. Stabilito che la decisione considerata era un atto di portata generale rivolto indistintamente a tutti i cittadini britannici, il Tribunale ha chiarito che la distinzione tra atti legislativi e non legislativi, rilevante ai fini dell'impugnazione *ex* art. 263, quarto comma, TFUE, è applicabile soltanto alle fonti di diritto derivato dell'Unione, e non anche alla decisione di conclusione dell'accordo di recesso, previsto dall'articolo 50, par. 2, TUE.

DMA OR NOT DMA, THAT IS THE QUESTION

CLAUDIA MASSA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il DMA in breve. – 3. Rilievi critici. – 4. Conclusioni.

1. Il 22 novembre 2021 la Commissione per il mercato interno (di seguito, IMCO) del Parlamento europeo ha adottato con 42 voti a favore, 2 contrari e 1 astensione la sua posizione sulla proposta di regolamento conosciuta come Digital Markets Act (DMA). Quest'ultima era stata presentata dalla Commissione europea nel dicembre 2020 assieme a quella del Digital Services Act (DSA), al fine di aggiornare le norme che regolano i servizi digitali nell'Unione europea. Le due complesse proposte di regolamento hanno due obiettivi principali: quello di creare uno spazio digitale più sicuro in cui i diritti fondamentali di tutti gli utenti siano protetti e quello di stabilire condizioni di parità per promuovere l'innovazione, la crescita e la competitività, sia nel mercato unico europeo che a livello globale.

Più in dettaglio, il DMA è considerabile come lo strumento europeo di lotta alla dominanza delle Big Tech sui mercati digitali e, infatti, riguarda gli squilibri economici, le pratiche commerciali sleali che possono essere messe in atto dalle piattaforme che hanno assunto il ruolo di controllori dell'accesso al mercato digitale (nella terminologia della proposta di regolamento, "gatekeepers") e gli effetti negativi che ne conseguono, come la minore contendibilità dei mercati delle piattaforme. Tale proposta di regolamento contiene, pertanto, norme armonizzate che definiscono e vietano determinate pratiche sleali dei gatekeepers e prevedono un meccanismo di applicazione basato su indagini di mercato.

Il DSA, invece, è incentrato su questioni quali la responsabilità degli intermediari online per i contenuti di terze parti, la sicurezza degli utenti online o gli obblighi asimmetrici in materia di dovere di diligenza per i diversi fornitori di servizi della società dell'informazione, in funzione della natura dei rischi che tali servizi rappresentano per la società. Nel concreto,

* Ricercatrice TD-A presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

tale proposta di regolamento contiene una serie di nuovi obblighi armonizzati a livello dell'UE, che si applicheranno a tutti i servizi digitali che collegano i consumatori a beni, servizi o contenuti, e prevede nuove procedure per una più rapida rimozione dei contenuti illegali e una protezione globale dei diritti fondamentali degli utenti online.

Queste due proposte legislative si inseriscono nell'ambito di un'ampia riforma del digitale iniziata nel 2015 con la pubblicazione della Digital Market Strategy dell'Unione europea. Le tappe salienti di tale riforma sono state segnate dall'entrata in vigore di vari atti di diritto derivato (ad es., il regolamento sul Geo-Blocking del 2018, il regolamento sui servizi di intermediazione online del 2019, la direttiva sul copyright del 2019 e la direttiva sulla modernizzazione delle norme sulla tutela dei consumatori del 2019) nonché dalle recenti proposte di revisione di atti esistenti (v. la pubblicazione nel luglio 2021 del progetto di revisione del regolamento di esenzione per categoria relativo agli accordi verticali, la cui entrata in vigore è programmata per il 1° giugno 2022) e dalla proposta di adozione dei nuovi regolamenti DSA e DMA, appunto.

Tanto premesso, il presente contributo intende focalizzarsi sulla proposta di DMA. Quest'ultima è stata oggetto di numerosissimi emendamenti (rinvenibili qui) ma, poi, come detto, è stato trovato un accordo da parte dei principali partiti politici del Parlamento europeo, per cui il testo sarà sottoposto al voto della plenaria durante la sessione di dicembre 2021. Se approvato, tale testo diventerà mandato parlamentare per i negoziati con i governi dell'UE, che dovrebbero iniziare sotto la presidenza francese del Consiglio nel primo semestre del 2022.

2. Il DMA, come accennato, è volto a contrastare lo strapotere delle Big Tech, ossia le aziende più grandi e dominanti nel settore della tecnologia. Le Big Tech attive in Europa sono conosciute con l'acronimo di "GAFAM" (Google, Apple, Facebook – ora Meta –, Amazon e Microsoft) oppure come "Big Five" o "Tech Giants".

Più in dettaglio, dal punto di vista soggettivo, la disciplina contenuta nel DMA è rivolta soltanto ai grandi fornitori di servizi di piattaforma di base (i.e., i servizi digitali maggiormente utilizzati dagli utenti commerciali e dagli utenti finali, quali quelli di intermediazione online, di social network, di piattaforma per la condivisione di video, di comunicazione elettronica interpersonale, di cloud, di pubblicità, i sistemi operativi, i motori di ricerca e – secondo l'accordo di novembre raggiunto in seno all'IMCO – anche i browser, gli assistenti virtuali e le smart TV) designati come "ga-

tekeepers", ossia come "controllori dell'accesso" ai mercati nel settore digitale (v. artt. 1 e 3). Ai sensi del DMA, non tutti i fornitori di servizi di piattaforma di base sono necessariamente gatekeepers. Infatti, per essere considerati tali, essi devono avere un impatto significativo sul mercato interno, devono gestire uno o più importanti punti di accesso dei clienti e devono detenere (o deve prevedersi che acquisiranno) una posizione consolidata e duratura nelle loro operazioni (v. art. 3, parr. 1 e 2). A tal proposito, si noti che, a seguito dell'intesa sugli emendamenti di compromesso e del voto del 22 novembre, è stato deciso che per essere considerati gatekeepers, oltre a dover essere presenti in almeno tre paesi dell'UE e ad avere almeno 45 milioni di utenti finali mensili e più di 10.000 utenti aziendali, sarà anche necessario detenere una quota non di 65 bensì di 80 miliardi di capitalizzazione del mercato. Alla luce di queste regole, potrebbero rientrare nel novero dei gatekeepers non solo le GAFAM ma anche Booking e, tra qualche anno, Zalando.

Dal punto di vista oggettivo, il DMA contempla due disposizioni (artt. 5 e 6) nelle quali è individuata una lunga serie di obblighi diretti a scongiurare pratiche dei gatekeepers "sleali o che limitano la contendibilità del mercato". In particolare, all'art. 5 sono fissati gli obblighi ritenuti *self-executing*, nel senso che il loro rispetto non richiede ulteriori particolari precisazioni; all'art. 6, invece, sono indicati alcuni obblighi la cui attuazione può richiedere una specificazione che viene ottenuta mediante un'interlocuzione con la Commissione. Al riguardo, l'art. 7, par. 2 chiarisce che se quest'ultima constata che le misure che il gatekeeper intende attuare non garantiscono l'effettiva osservanza dei pertinenti obblighi sanciti dall'art. 6, essa può specificare, mediante decisione, le misure che il gatekeeper in questione deve attuare. I sopracitati obblighi, inoltre, possono essere sospesi (art. 8), oggetto di esenzione per motivi di interesse pubblico (art. 9), oppure aggiornati (art. 10).

Infine, dal punto di vista procedurale e sanzionatorio, il DMA prevede che la Commissione possa condurre indagini, accettare impegni (artt. 18-25) e comminare ammende (art. 26). Quanto all'ammontare di queste ultime, si noti che mentre l'originaria proposta di regolamento prevede che esse possano raggiungere al massimo il 10% del fatturato totale del gatekeeper, in sede di votazione in seno all'IMCO si è optato per un ammontare non inferiore al 4% e non superiore al 20% del fatturato mondiale. Inoltre, gli eurodeputati, nella medesima sede, hanno proposto la creazione di un "Gruppo europeo di alto livello di regolatori digitali" per facilitare la cooperazione e il coordinamento tra la Commissione e gli Stati membri

nelle loro decisioni di *enforcement*, fornendo chiarimenti sul ruolo delle autorità nazionali di concorrenza e mantenendo l'applicazione del DMA nelle mani della Commissione.

3. In relazione alla proposta legislativa di DMA il dibattito istituzionale e dottrinale è stato particolarmente acceso, motivo per il quale gli emendamenti proposti sono stati numerosissimi e il raggiungimento di un compromesso non è stato né facile né scontato. Tuttavia, la larga maggioranza con la quale è stato approvato il nuovo testo in seno all'IMCO attesta la forte determinazione del legislatore europeo nel voler dotare il corpus normativo dell'UE di un atto specifico sui mercati digitali in tempi brevi. Anche dallo studio della dottrina emerge qualche nota di scetticismo ma, nel complesso, le considerazioni espresse non sono del tutto negative (P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market Act*, in *I Post di AISDUE*, III, n. 2, 25 febbraio 2021; G. MONTI, *The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement*, TILEC Discussion Paper, 22 febbraio 2021; N. PETIT, *The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, n. 7, 2021; M. BOTTA, *Sector Regulation of Digital Platforms in Europe: Uno, Nessuno e Centomila*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, n. 7, 2021; A. LAMADRID DE PABLO, N. BAYÓN FERNÁNDEZ, *Why the Proposed DMA Might Be Illegal under Article 114 TFEU, and How to Fix It*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, n. 7, 2021; P. LAROUCHE, A. DE STREEL, *The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, n. 7, 2021).

Certo è che i dubbi emersi molto spesso attengono alla necessità stessa di dover adottare un atto *ad hoc* sui mercati digitali, al modo in cui esso dovrebbe essere strutturato, agli obblighi che vi dovrebbero rientrare nonché alle modalità con cui individuare i soggetti ai quali dovrebbe applicarsi la disciplina in esso contenuta. Si tratta, dunque, di dubbi attinenti proprio ai presupposti di base della proposta di regolamento e, anche se si è giunti ad una fase abbastanza avanzata dell'*iter* legislativo, essi sembrano persistere.

Pertanto, sorge spontaneo chiedersi come mai la proposta di DMA susciti questo tipo di incertezze.

Quanto alle prime due, ossia la necessità di dover adottare un atto ad hoc sui mercati digitali e il modo in cui esso dovrebbe essere strutturato, la

risposta potrebbe essere rinvenuta innanzitutto nella genesi del DMA. In effetti, esso nasce in risposta ad una serie di preoccupazioni delle autorità di concorrenza o, meglio, alla luce di esperienze pratiche vissute da tali autorità nel far fronte a condotte anticoncorrenziali messe in atto dalle Big Tech sui mercati digitali. Così, si è proceduto ad una mera codificazione delle suddette preoccupazioni/esperienze, senza prevedere un'organizzazione razionale, all'interno del testo, degli obblighi imposti, optando soltanto per una suddivisione tra obblighi *self-executing* e non.

Questo modus operandi segna una chiara inversione di tendenza nella politica di concorrenza: il legislatore dell'Unione procede con decisione verso l'adozione di un regime settoriale specifico (per cui l'enforcement non si baserà più esclusivamente sugli articoli 101 e 102 del TFUE e sui loro rispettivi nazionali) e di regolazione ex ante. Tale regime si pone, dunque, a metà strada tra il diritto della concorrenza e le forme tradizionali di regolamentazione economica: infatti, da un lato, codifica le preoccupazioni/esperienze delle autorità di concorrenza; dall'altro, prevede una serie di doveri ex ante senza richiedere una valutazione dell'oggetto o dell'effetto delle pratiche messe in atto (P. IBÁÑEZ COLOMO, *New Times for Competition Policy in Europe: the Challenge of Digital Markets*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, n. 7, 2021). Una soluzione di tal fatta ben risponde alla necessità di adottare un complesso di regole ad hoc per le piattaforme online (necessità dovuta al loro potere e alle caratteristiche economiche dei mercati in cui operano) e favorisce un'azione rapida e decisiva che ben si adatta al ritmo del cambiamento dei mercati online. Tuttavia, tale soluzione richiederebbe più precisione nella definizione di specifiche categorie di obblighi che si intende imporre ai gatekeepers, al fine di assicurare una maggiore certezza giuridica e (presumibilmente) un maggiore livello di compliance da parte delle Big Tech.

Quanto al dubbio inerente agli obblighi che dovrebbero rientrare nel DMA, occorre rilevare che la Commissione ha messo in atto una strategia per rendere l'elenco di tali obblighi potenzialmente illimitato. Infatti, il DMA contempla la possibilità che la Commissione conduca indagini per identificare nuove pratiche sleali o limitanti la contendibilità del mercato e, dunque, oltre agli obblighi già stabiliti sulla base dell'"esperienza maturata […] nell'applicazione delle norme dell'UE in materia di concorrenza", è previsto che si possa aggiornare e ampliare il novero degli obblighi dei gatekeepers a seguito di una "indagine capillare sulla natura e sull'impatto di pratiche specifiche" e di un "dialogo normativo" con i gatekeepers stessi (considerando n. 33). Una scelta così flessibile potrebbe rivelarsi vincente

nel lungo periodo non solo perché fa sì che si possa stare al passo con le evoluzioni del digitale ma anche perché ha l'effetto di contenere, in qualche misura, il potere delle Big Tech. D'altro canto, però, a causa dell'imponderabilità che produce e della troppa discrezionalità che conferisce alla Commissione, essa non viene salutata con favore dalle stesse Big Tech. Pertanto, la soluzione potrebbe risiedere nel rafforzare e stabilire regole più chiare su quel "dialogo normativo" previsto nei considerando della proposta di DMA che deve instaurarsi tra la Commissione e i gatekeepers prima della definizione di un nuovo obbligo. Tale dialogo, infatti, sembra essere la sola chiave per poter, da un lato, preservare la possibilità che la Commissione ampli all'occorrenza il novero degli obblighi e, dall'altro, assicurare una partecipazione più consapevole delle Big Tech alla definizione degli stessi.

Quanto, infine, ai dubbi circa le modalità con cui individuare i soggetti cui dovrebbe applicarsi la disciplina contenuta nel DMA, essi attengono a questioni più politiche che giuridiche. Infatti, il dibattito verte principalmente sul rischio che le decisioni di designazione di un gatekeeper siano influenzate dalla politica piuttosto che basate sulle prove relative alla sussistenza dei requisiti stabiliti ai paragrafi 1 e 2 dell'art. 3 (di cui si è dato conto nel secondo paragrafo del presente scritto). I dubbi in merito si rafforzano a fronte di persistenti indecisioni del legislatore europeo attestate, da ultimo, dalle modifiche previste nell'intesa raggiunta in seno all'IMCO (come l'aumento delle soglie del fatturato annuo nello Spazio economico europeo da 6,5 a 8 miliardi di euro e del valore di capitalizzazione del mercato da 65 a 80 miliardi di euro). Tuttavia, la questione diventa anche (di certezza) giuridica se si considera che nella proposta di DMA, all'art. 15, è previsto che la Commissione mantenga un rilevante potere discrezionale che, in sostanza, le permette di prescindere dagli indicatori quantitativi stabiliti dall'art. 3 per la designazione dei gatekeepers e di operare una valutazione qualitativa caso per caso mediante indagini di mercato. È evidente che la previsione di cui all'art. 15 rende il campo di applicazione soggettiva del DMA non definibile a priori e ciò è in contrasto con l'obiettivo tipico della regolazione *ex ante*, ossia quello di rendere fin da subito chiare, prevedibili e trasparenti le regole del gioco, per far sì che non siano messe in atto pratiche illecite. A ciò potrebbe obiettarsi che anche il campo di applicazione oggettiva del DMA è, secondo la proposta di regolamento, modificabile *ex post*, in quanto è previsto che il novero degli obblighi cui i gatekeepers devono sottostare è ampliabile dalla Commissione in un secondo momento. Tuttavia, mentre quest'ultima regola è giustificabile nella

misura in cui vi è un'evoluzione digitale in fieri cui dover far fronte, per i requisiti relativi alla definizione dei soggetti cui le regole del DMA devono applicarsi non vi sono elementi che cambiano nel tempo da dover tenere in considerazione.

4. Alla soglia della plenaria di dicembre 2021 in cui il Parlamento europeo sarà chiamato a votare sulla proposta di DMA, istituzioni e dottrina si interrogano ancora su questioni dirimenti e basilari che rendono tutt'altro che certo l'esito di questa procedura legislativa. Dunque, alla luce delle considerazioni che precedono, continuiamo come Amleto a chiederci: *DMA or not DMA, that is the question…*

IL FERMO AMMINISTRATIVO DELLA NAVE SEA-WATCH 4 AL VAGLIO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

BENEDETTA MINUCCI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il provvedimento di fermo: presupposto e base giuridica. – 3. Rilievi critici. – 4. Le risultanze dell'udienza. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Lo scorso 30 novembre nelle aule della Corte di giustizia si è finalmente svolta l'udienza concernente i fatti della Sea Watch 4 (d'ora in avanti SW4). La relativa causa nasce da un rinvio pregiudiziale effettuato con ordinanza n. 2974, dalla Terza Sezione del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia. In particolare, oggetto del rinvio, ai sensi dell'art. 267 TFUE, è l'interpretazione della direttiva 2009/16/CE sul controllo delle navi da parte dello Stato di approdo e delle convenzioni internazionali in materia di diritto marittimo.

Invero, la controversia in esame ha destato molto clamore ed altrettanto è ancora destinata a destarne, essendo coinvolti interessi piuttosto delicati e di grande rilevanza mediatica.

È utile ricordare che la Sea Watch è un'organizzazione umanitaria senza scopo di lucro, con sede legale in Berlino, che svolge in modo sistematico attività di ricerca e salvataggio di persone nel Mar Mediterraneo centrale (attività cd. SAR), mediante navi di cui è allo stesso tempo proprietaria e gestore. Tra tali navi figura la SW4, battente bandiera tedesca e certificata, dall'ente di classificazione dello Stato di bandiera, come nave cargo, pur svolgendo in concreto esclusivamente e sistematicamente un'attività non commerciale.

La vicenda trae origine nell'estate del 2020, quando la *Sea Watch 4* lascia il porto di Burriana (Spagna), per procedere al salvataggio di diverse centinaia di persone in situazione di emergenza nelle acque internazionali del Mar Mediterraneo, superando di gran lunga la capienza massima di 30 persone consentita alle navi cargo.

Il comandante della nave è poi stato autorizzato dal Ministero degli Interni italiano a sbarcare in Italia e a trasbordare i migranti soccorsi in altre

* Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea - Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

navi situate nel porto di Palermo. Effettuata detta operazione di salvataggio, il Ministro della Sanità ha disposto che la nave rimanesse in prossimità del porto di sbarco, a causa dell'emergenza COVID-19. Tuttavia, dopo una serie di ispezioni a bordo, la capitaneria del porto di Palermo ha ordinato il fermo della nave, in seguito all'emersione di un insieme di irregolarità tecniche ed operative, in presenza delle quali la stessa non sarebbe stata né certificata per accogliere a bordo un numero così elevato di persone, né dotata di attrezzature tecniche adeguate, per quanto concerne il trattamento delle acque reflue, le docce e i servizi igienici. A seguito di ciò, la Sea Watch ha proposto ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per l'annullamento del provvedimento di fermo, deducendo peraltro di essere in possesso di adeguate certificazioni rilasciate dallo Stato di bandiera (per un commento cfr. A. GRAZIANO, *Flag State Performance and the Implementation of Port State Control in the European Union – a Mixed Methods Approach*, in *The Maritime Commons: Digital Repository of the World Maritime University*, 2018).

Alla luce di un'incertezza interpretativa della direttiva 2009/16/CE e delle convenzioni internazionali in materia di diritto marittimo (Convenzioni SOLAS e MARPOL), il TAR ha deciso di sospendere il giudizio e rivolgersi alla Corte di giustizia.

2. Il suddetto provvedimento di fermo è stato adottato ai sensi dell'art. 19 della citata direttiva sul controllo da parte dello Stato di approdo e dell'art. 22 del d.lgs. n. 53/2011 di recepimento della medesima.

Dal combinato disposto di tali norme si evince come il fermo possa essere autorizzato dall'autorità competente dello Stato di approdo, nel quale è ispezionata la nave – nel caso di specie la Capitaneria di Porto di Palermo – in caso di carenze che rappresentano un evidente pericolo per la sicurezza, la salute o l'ambiente e quando le condizioni generali della nave sono palesemente sub standard. Esso può persistere fino a quando le irregolarità non siano state eliminate o fino a che l'autorità stabilisca che, a determinate condizioni, la nave possa riprendere il mare o l'operazione possa essere ripresa senza rischi e pericoli.

Più in particolare, nel decidere se le carenze riscontrate in una nave siano sufficientemente gravi da giustificare il fermo, l'ispettore deve interrogarsi sulla pertinenza e sulla validità della documentazione della nave e sull'equipaggio della stessa.

Ma, nei due rapporti di ispezione PSC (Port State Control) supplementare, allegati al provvedimento di fermo e che ne costituiscono il presuppo-

sto, non è stata – così contesta la ricorrente – specificatamente indicata la base giuridica del potere esercitato, ossia la norma che l'amministrazione ha ritenuto fondante il suo potere, quale Stato di approdo, di procedere al controllo nei termini e, quindi, con l'ampiezza di cui trattasi (v. R. SALVARINI, *The EC Directive on Port State Control: a Policy Statement*, in *The international journal of marine and coastal law*, 1996, p. 225 ss). Al riguardo, appare evidente che l'avere dato corso a un'ispezione PSC supplementare più dettagliata e l'avere adottato un provvedimento di fermo, sulla base delle carenze rilevate alla luce della direttiva 2009/16/CE, presupponga che la base giuridica del potere esercitato debba necessariamente essere rivenuta proprio in tale direttiva e, in particolare, nel suo art. 13.

Difatti, l'amministrazione, nelle prime difese in giudizio, ha richiamato espressamente tale norma, secondo la quale si deve procedere ad una simile ispezione, che si traduce in un'ulteriore verifica della conformità ai requisiti operativi di bordo, se, a seguito dell'ispezione iniziale, sussistano fondati motivi per ritenere che le condizioni della nave, delle relative dotazioni o dell'equipaggio sostanzialmente non soddisfino i pertinenti requisiti di una convenzione. Inoltre, nelle successive memorie difensive, ha ulteriormente richiamato la regola 1, lett. b), della Convenzione Solas (Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita umana), nella parte in cui dispone l'impegno dei Governi contraenti all'assunzione di tutte le disposizioni necessarie per l'effettiva applicazione della Convenzione, allo scopo di garantire che una nave sia idonea al servizio al quale è destinata.

3. Sulla base di tale articolato panorama normativo, il giudice del rinvio ha ritenuto opportuno sottoporre alla Corte di giustizia una serie di questioni interpretative della direttiva e della normativa internazionale da questa richiamata.

In primo luogo, il TAR ha interrogato il giudice dell'Unione in merito all'ambito di applicazione della direttiva stessa e, nello specifico, all'ampiezza del potere di controllo del porto di approdo, chiedendo se lo stesso potesse essere svolto anche nei confronti di navi utilizzate in concreto per un'attività non commerciale di soccorso.

In secondo luogo, ha domandato se la circostanza che tale nave avesse trasportato un numero di persone superiore a quello riportato nel certificato degli equipaggiamenti di sicurezza, sebbene solo all'esito di attività cd. SAR, costituisse un fattore di priorità assoluta (allegato I, parte II, punto 2A art. 11 della direttiva 2009/16/CE) o un fattore imprevisto (allegato I, parte II, punto 2B), tale da legittimare un'"ispezione supplementare" e, in

caso di risposta affermativa, se questa potesse svolgersi nelle forme dell'"ispezione più dettagliata".

In terzo luogo, ha richiesto di individuare lo Stato (di bandiera o di approdo) cui spettano i controlli sostanziali. In altri termini, se lo Stato di approdo, una volta effettuati i controlli formali circa la regolarità delle certificazioni rilasciate dallo Stato di bandiera, abbia un potere ulteriore che si estenda fino alla verifica dell'attività in concreto svolta dalla nave, o se debba, al contrario, astenersi, in virtù del mutuo riconoscimento, principio cardine del diritto internazionale marittimo (v. S. KNAPP, P.H. FRANSES, *The Global View on Port State Control*, in *Econometric Institute Report*, 2006-14).

Quanto alla prima problematica, nell'ordinanza, il giudice ha rilevato, che l'art. 3 della direttiva utilizza il criterio della concreta attività esercitata da parte della nave e delimita il suo ambito applicativo allo svolgimento da parte della nave di attività di natura commerciale. Pertanto, non si applica alle navi che in concreto non svolgano attività commerciale, quale è da ritenersi l'attività cd. SAR (ordinanza pp. 25 e 26).

Per quel che attiene poi al secondo quesito, il giudice del rinvio si sofferma sulla circostanza, indicata nel modulo A dei rapporti allegati al provvedimento di fermo dall'amministrazione, volta a legittimare l'ispezione supplementare: "the ship is engaged in assist migrants at sea while it is not certified for the intended service. According to the ship' safety equipment certificate the ship is equipped for carrying 30 persons while it has recovered on board 354 persons" (ordinanza p. 26). Il TAR osserva che questa circostanza non rientra nell'elencazione tassativa dei fattori di priorità assoluta; né rientra in modo diretto e immediato nei fattori imprevisti. Detta circostanza dovrebbe, invece, essere ricondotta ai fattori imprevisti con riferimento alla fattispecie delle "navi che sono state gestite in modo da costituire un pericolo per le persone, le cose o l'ambiente" (allegato I, parte II, punto 2B). In quest'ottica, la mancanza di adeguati equipaggiamenti di sicurezza, in riferimento al numero delle persone effettivamente trasportate a bordo, costituirebbe un elemento idoneo a far ritenere che la nave sia stata gestita in modo tale da costituire un pericolo (ordinanza pp. 28 e 29).

Infine, in relazione alla terza e fondamentale questione, il Collego giudicante ritiene che l'art. 13 della direttiva, che disciplina l'attività ispettiva PSC, non dovrebbe essere interpretato nel senso di ricomprendere anche il potere di verificare in concreto l'attività effettivamente svolta da parte della nave. Senza dubbio, tale articolo attribuisce allo Stato di approdo, in sede

di ispezione più dettagliata, penetranti poteri. Ciononostante, questi autorizzerebbero soltanto la verifica dei requisiti che hanno legittimato il rilascio delle relative certificazioni da parte dello Stato di bandiera. Il limite del potere di ispezione PSC sembra intrinseco al sistema tracciato dall'ordinamento internazionale in materia, che si basa su di un principio immodificabile, vale a dire l'attribuzione in via principale allo Stato di bandiera della competenza circa il rilascio delle certificazioni della nave (ordinanza pp. 33 e 34).

Risulta evidente come il Tribunale amministrativo regionale sia giunto a conclusioni molto caute, invocando l'intervento della Corte di giustizia, in quanto, a ben vedere, l'ordinamento internazionale e quello dell'Unione risultano, allo stato, carenti di una disciplina specifica per la classificazione dell'attività cd. SAR svolta da imbarcazioni di privati e gli unici riferimenti alla predetta attività presenti nell'ambito delle convenzioni internazionali di diritto marittimo, richiamate dalla direttiva 2009/16/CE, legittimano la deroga alle disposizioni convenzionali ogni qual volta ciò si ritenga necessario per salvaguardare la vita umana in mare. Peraltro, tali deroghe sembrerebbero applicabili anche nel caso in cui il soccorso non sia un evento straordinario, ma rientri nell'attività sistematicamente svolta dalla nave. Difatti, come rilevato dal TAR, non emerge dal tenore della normativa alcuna distinzione tra attività SAR occasionale e attività SAR continuativa.

Muovendo da tali considerazioni, si evince come tale lacuna normativa non permetterebbe di avanzare, sulla base della sola disciplina dello Stato di approdo, richieste di certificazioni, requisiti e prescrizioni ulteriori e diverse rispetto a quelli derivanti dalla specifica classificazione dello Stato di bandiera.

4. Nel corso dell'udienza, la ricorrente nel giudizio principale ha sottolineato di aver sempre rispettato le caratteristiche sostanziali volte a rendere le proprie imbarcazioni sicure e idonee a garantirne l'attività di soccorso. La SW4 è stata strutturata in modo adeguato a svolgere tale attività e ad ospitare un numero di persone, pure superiore al limite consentito, senza rischio manifesto per la salute umana, l'ambiente marino e la sicurezza.

La ricorrente nel giudizio principale ha precisato che eventuali rischi derivanti dall'utilizzazione della nave per i servizi di raccolta, di ricerca e di soccorso non possono essere eliminati totalmente, giacché anche l'elevazione della capienza ad un numero superiore non esclude che possa esserci un potenziale pericolo se la nave, in concreto, è chiamata a soccorrere il doppio delle persone. Non sarebbe possibile sostenere con assoluta

certezza se le navi siano in astratto e in ogni occasione sicure, a causa delle imprevedibilità legate alle operazioni di soccorso.

Qualora dovesse condividersi questo approccio si dovrebbe allora concludere che la direttiva invocata non autorizza lo Stato di approdo a svolgere controlli come quelli effettuati dalle autorità italiane. Il ricorso della Sea Watch andrebbe allora giudicato fondato, poiché lo Stato italiano ha preteso di esercitare l'ispezione, il controllo e il fermo, contestando la certificazione della nave, con riferimento a un parametro che non è presente né nel diritto internazionale, né nel diritto derivato dell'Unione europea.

5. Sarà la Corte di giustizia a pronunciarsi sul punto. In attesa della pronuncia a noi pare che, in assenza di una specifica disciplina, né le istituzioni dell'Unione europea né le autorità nazionali possano imporre stringenti requisiti di sicurezza connessi all'accoglienza di naufraghi e neppure possano limitare l'obbligo del comandante di una nave di prestare soccorso a chiunque si trovi in mare in condizioni di pericolo, procedendo nel modo più veloce possibile e indipendentemente dalle circostanze, dalle ragioni o dallo scopo della presenza in mare dell'imbarcazione (art. 98, co. 1, UNCLOS).

Vero è che sarebbe auspicabile l'adozione, da parte dell'Unione, di una specifica regolamentazione per le navi private sistematicamente impegnate in attività di soccorso, al fine di garantire parametri generali e uniformi per le imbarcazioni battenti la bandiera di uno Stato membro. Proprio in tal senso è orientata la raccomandazione della Commissione europea, sulla cooperazione tra gli Stati membri riguardo alle operazioni condotte da navi possedute o gestite da soggetti privati, ai fini di attività di ricerca e soccorso, annessa al Nuovo patto sull'immigrazione e l'asilo. Essa mira alla definizione di un quadro strutturale, affidabile e sostenibile, contenente norme specifiche per la solidarietà tra gli Stati e l'attuazione di una cooperazione rafforzata, in particolare tra gli Stati membri di bandiera e quelli costieri. L'auspicio della Commissione è quello di rendere l'Unione europea pronta per affrontare le situazioni di crisi e di forza maggiore con resilienza e flessibilità, attraverso un lavoro di previsione volto a migliorare l'efficacia della risposta. Infatti, la Commissione invita gli Stati ad adottare un approccio basato su dati concreti che permetta un'anticipazione e un monitoraggio costanti delle proprie capacità e il passaggio da una modalità reattiva a una modalità basata sulla prevenzione.

In ogni caso, il soccorso svolto da navi private costituisce sempre un evento eccezionale e obbligatorio, rispetto al quale dovrebbe trovare piena

applicazione il divieto di tenere conto del numero delle persone soccorse di cui all'art. IV, b) della Convenzione SOLAS. Più precisamente, non devono essere computate le persone che si trovano a bordo di una nave per causa di forza maggiore o in conseguenza dell'obbligo imposto al comandante di trasportare naufraghi. Ancora, con riferimento a tale parametro internazionale, è dubbio se effettivamente sussista il potere delle autorità amministrative degli Stati di approdo di verificare non soltanto la rispondenza degli equipaggiamenti e delle dotazioni di bordo alle prescrizioni previste dalle certificazioni rilasciate dallo Stato di bandiera, ma altresì la conformità delle stesse alla concreta attività svolta, estranea e diversa rispetto a quella indicata nella certificazione di classificazione.

Tra l'altro, l'atteggiamento dell'amministrazione italiana appare tanto più sorprendente se si considera che nei cinque anni trascorsi da quando le navi delle ONG hanno iniziato la loro opera di ausilio alle operazioni statali di ricerca e soccorso, la Guardia Costiera non aveva mai contestato la non conformità di tali navi alla normativa internazionale (sul tema, v., da ultimo, F. DE VITTOR, *Questioni di interpretazione e applicazione delle convenzioni internazionali sulla sicurezza in mare*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2021, p. 103 ss.). Sebbene, ad oggi, la SW4 abbia provveduto a rettificare la maggior parte delle contestate carenze, l'amministrazione italiana ha confermato il fermo della nave fino alla risoluzione anche delle rimanenti irregolarità, che l'amministrazione tedesca, quale Stato di bandiera, considera invece non sussistenti, alla luce della corretta interpretazione della normativa sia internazionale sia dell'Unione (v. A. CARPENTER, S. M. MACGILL, *The New EU Directive on Port Reception Facilities for Ship-Generated Waste and Cargo Residues: an Evaluation*, in *Maritime Engineering and Ports II*, 2000, p. 173 ss.).

Va infine notato che la vicenda brevemente ricordata aggiunge un ulteriore tassello alle numerose sfide che l'Unione europea è chiamata ad affrontare, da tempo, con riguardo ai flussi migratori. E, non si può che sperare che la Corte di giustizia tenga in giusto conto che le imbarcazioni private, ad oggi, costituiscono la principale risorsa per prevenire e per contenere i decessi nel Mediterraneo: esse contribuiscono cioè a gestire al meglio, e fintantoché non si raggiunga una soluzione condivisa, il problema migratorio.

LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE POLACCA DEL 7 OTTOBRE 2021: TRA NATURA GIURIDICA DELL'UNIONE, L'ILLEGITTIMITÀ DEL SINDACATO *ULTRA VIRES* E L'ATTESA DELLA SOLUZIONE DELLA "CRISI" TRA BRUXELLES E BERLINO

LORENZO F. PACE*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il quesito formulato dal Governo polacco e la sentenza della Corte costituzionale K 3/21 – 3. L'illegittimità del sindacato *ultra vires* per contrasto con gli artt. 19 TUE e 267 TFUE – 4. La sentenza K 3/21 e la violazione dei principi fondanti ed irrinunciabili del processo d'integrazione europea – 5. L'Unione come nuova fase di organizzazione politico-istituzionale del continente europeo e la "storica" contraddittorietà della sentenza K 3/21. Il dubbio (da risolvere) se la Polonia faccia parte dell'Europa quale spazio caratterizzato dalla presenza di valori comuni. – 6. Conclusioni: in attesa della soluzione della "crisi" tra Bruxelles e Berlino.

1. Con piacere contribuisco, con le finalità individuate dal nostro Presidente Antonio Tizzano, al BlogDUE con delle prime riflessioni sulla sentenza K 3/21 della Corte costituzionale polacca dello scorso 7 ottobre 2021. Giacomo Di Federico ha già introdotto il tema con una stimolante riflessione sulle problematiche sollevate da tale sentenza e con l'indicazione di alcune possibili soluzioni alle criticità da essa poste.

In questo scritto vorrei abbozzare i profili di contrarietà della sentenza K 3/21 al diritto dell'Unione ed ai principi fondanti e irrinunciabili del processo d'integrazione. Inoltre, vorrei sottolineare come tale sentenza costituisca una "contraddizione" della storia della Polonia nel quadro giuridico dell'Unione.

La maggiore "informalità" del *blog* e il ridotto spazio dei *post* mi permette, anche per semplicità di lettura, di evitare di citare la molta dottrina che si è occupata dei temi qui trattati, limitandomi a citare la principale giurisprudenza. D'altra parte, il presente scritto richiama in buona sostanza le idee contenute nel mio recente volume "La natura giuridica dell'Unione europea: teorie confronto" (Bari, 2021). A questo volume rinvio per

* Professore associato di diritto dell'Unione europea presso l'Università del Molise.

l'approfondimento dei temi qui richiamati e per il riferimento alla relativa copiosa dottrina.

2. I fatti sono noti. La Corte di giustizia ha recentemente emanato numerose sentenze con riferimento alla Repubblica di Polonia relative, in buona sostanza, ai temi dell'indipendenza dei giudici nazionali nell'applicazione del diritto dell'Unione europea, della facoltà delle giurisdizioni nazionali di richiedere un rinvio pregiudiziale alla Corte e della tutela dell'effettività delle sentenze d'interpretazione della Corte giustizia. In esse la Corte ha individuato numerose inadempienze da parte della Polonia con riferimento al diritto dell'Unione (tra le tante, v. Corte di giustizia, sentenza del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*; Corte di giustizia, sentenza del 5 novembre 2019, causa C-192/18, *Commissione c. Polonia*; Corte di giustizia, sentenza del 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C- 624/18, C-625/18, *A.K. e a.*; sentenza del 26 marzo 2020, cause riunite C- 558/18 e C-563/18, *Miasto Łowicz*; Corte di giustizia, ordinanza dell'8 aprile 2020, causa C-791/19 R, *Commissione c. Polonia*; Corte di giustizia, sentenza del 2 marzo 2021, causa C-824/18, *A.B. e a.*; Corte di giustizia, sentenza del 15 luglio 2021, causa C-791/19, *Commissione c. Polonia*; Corte di giustizia, ordinanza del 14 luglio 2021, causa C-204/21 R, *Commissione c. Polonia*).

A fronte di tale giurisprudenza il Governo polacco ha chiesto alla Corte costituzionale di esprimersi al fine di chiarire se i principi di diritto espressi nelle sentenze della Corte di giustizia fossero contrari alla Costituzione polacca. Il quesito formulato può essere così riassunto: può la Polonia decidere unilateralmente, a tutela della propria sovranità, i casi in cui il diritto dell'Unione europea (e le sentenze della Corte di giustizia) violino il nucleo fondamentale dello Stato polacco e della sua Costituzione? Se sì, con quali conseguenze?

La Corte costituzionale, con sentenza 7 ottobre 2021 (K 3/21), applicando l'(illegittimo) sindacato *ultra vires* al diritto dell'Unione, ha concluso sostenendo che nell'ipotesi definite nel quesito - cioè con riferimento ai principi di diritto delle sentenze della Corte di giustizia - la Costituzione polacca prevale sul diritto dell'Unione.

3. Il tema centrale della sentenza K 3/21 riguarda l'annoso problema della legittimità o meno del sindacato *ultra vires* dell diritto dell'Unione europea da parte degli Stati membri, tema sollevato inizialmente dalla giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca - come riconosciuto dalla

stessa Corte polacca – nella *Maastricht Urteil* del 1993 (2 BvR 2134, 2159/92).

L'obiettivo di tale sindacato avrebbe la finalità di verificare se l'Unione nel concreto esercizio delle competenze attribuite dal Trattato non sia andata aldilà di quanto disciplinato dai Trattati; cioè emanando - ad avviso dei singoli Stati - misure illegittime in quanto *ultra vires*.

Come noto il sindacato *ultra vires* costituisce una generale forma di controllo da parte degli Stati nei confronti delle organizzazioni internazionali a cui partecipano. Questo non richiede necessariamente l'intervento di un giudice nazionale. Tale controllo può essere esercitato, ad esempio, anche tramite l'"interposizione" di differenti organi costituzionali dello Stato.

Nell'Unione tale forma di controllo da parte degli Stati membri è stato escluso dai Trattati, ed in particolare ai sensi degli artt. 19 TUE e 267 TFUE.

Il Trattato esclude infatti la possibilità per gli Stati di interpretare il diritto dell'Unione europea in modo distinto da quanto affermato dalla Corte di giustizia. Sono gli stessi Stati membri i quali hanno definito il ruolo della Corte di giustizia nei Trattati come Istituzione titolare di una competenza esclusiva, centralizzata e vincolante d'interpretazione del diritto dell'Unione. Questa competenza "esclusiva" tutela e garantisce l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione nell'esercizio della sua azione rispetto agli Stati membri e, in ultima istanza, garantisce il principio di uguaglianza tra gli Stati (art. 4 c. 2 TUE).

L'inizio della procedura d'infrazione, lo scorso 9 giugno, nei confronti della Germania a causa dell'emanazione della sentenza della Corte costituzionale tedesca PSPP (2 BvR 859/15, 1651/15, 2006/15, 980/16), sentenza che ha la sua base teorica nel sindacato *ultra vires*, è ulteriore indizio della contrarietà di tale forma di controllo con l'ordinamento dell'Unione.

Questo non significa che l'Unione non riconosca una forma di garanzia del "nucleo essenziale" o dell'"identità costituzionale" degli ordinamenti statali, tutela richiamata dalle Corti costituzionali nel momento in cui applicano il sindacato *ultra vires*. Ed infatti gli Stati stessi hanno introdotto all'art. 4 co. 2 TUE, con il Trattato di Lisbona (2007), la "tutela" da parte dell'Unione dell'"identità nazionale" e delle "funzioni essenziali dello Stato". D'altro canto, l'interpretazione dell'art. 4 co. 2 TUE rimane anch'essa - come in linea di principio tutto il diritto dell'Unione - competenza esclusiva della Corte di giustizia.

Non è forse un caso che la *Maastricht Urteil* (1993) sia stata emanata in un momento in cui era assente la "tutela" dell'art. 4, c. 2, TUE.

La garanzia di cui all'art. 4, c. 2, TUE presuppone però il "dialogo" tra Corte di giustizia e Corti nazionali al fine di individuare i principi dell'"identità costituzionale" degli Stati; principi che possono essere individuati esclusivamente da organi dei singoli Stati membri. Questo è stato positivamente dimostrato, ad esempio, nei rapporti - a tratti "tesi" - tra Corte costituzionale italiana e Corte di giustizia nella "saga Taricco" (da ultimo, Corte costituzionale, sentenza del 6 dicembre 2016, 15/2014).

Tale forma di garanzia non ammette, al contrario, l'intervento unilaterale delle Corti costituzionali, come nel caso della sentenza K 3/21. Ed infatti, come sottolineato da Giacomo Di Federico, la sentenza della Corte polacca non ha l'obiettivo di applicare dell'art. 4, co. 2, TUE, bensì ha l'obiettivo unilaterale ed immediato di garantire la prevalenza del diritto polacco sul diritto dell'Unione .

4. L'affermazione dell'illegittimità del sindacato *ultra vires* con riferimento al diritto dell'Unione per violazione degli artt. 19 TUE e 267 TFUE sarebbe sufficiente a chiarire il contrasto della sentenza della Corte costituzionale polacca con il diritto dell'Unione.

A ben vedere, la sentenza K 3/21 viola inoltre gli elementi fondanti ed irrinunciabili dell'ordinamento dell'Unione, irrinunciabili al fine del raggiungimento degli obiettivi del processo integrazione europea - come individuati dagli Stati membri nei Trattati - ad iniziare dall'obiettivo generale dell'art. 3, comma 1, TUE.

Al fine del raggiungimento degli obiettivi dell'Unione i Trattati istituiscono, come noto, un ordinamento giuridico derivato e non "*detached*" dall'ordinamento internazionale, cioè un ente "derivato" e quindi - a differenza degli enti statali (parere della Corte 2/2013 del 18 dicembre 2014, punto 156) - non "originario". Tale ordinamento è organizzato secondo il principio di uguaglianza tra gli Stati (art. 4, comma 2, TUE).

Al fine di comprendere il livello d'incompatibilità della sentenza K 4/21 con l'ordinamento dell'Unione è inoltre necessario ricordare come il diritto dell'Unione, in considerazione delle caratteristiche che gli Stati hanno individuato nei Trattati, è autonomo tanto dal diritto internazionale quanto dal diritto degli Stati membri (parere 2/2013, *cit.*, punto 170). Come affermato dalla Corte, la violazione dei Trattati nella parte in cui garantisce l'autonomia del diritto dell'Unione, farebbe perdere a tale diritto "il proprio carattere" di diritto dell'Unione (sentenza del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. ENEL*), trasformandolo da specifico diritto dell'Unione in ordinario diritto internazionale.

Tornando al principio di uguaglianza tra Stati membri, questo è tutelato nel Trattato – come ricordato – tramite quello che può essere definito il c.d. "metodo sovranazionale", sovranazionale in quanto così disciplinato già nell'ordinamento "sovranazionale" della CECA (art. 10 TCECA). I tre principi che organizzano tale "metodo" sono: il principio di autonomia (parere 2/2013, cit., punti 170, 174, 176); i principi dell'effetto diretto e della prevalenza del diritto dell'Unione (parere 2/2013, cit., par. 166); il ruolo svolto della Corte giustizia e la tutela giurisdizionale (parere 2/2013, cit., punto 176).

Ebbene la sentenza K 3/21 viola tutti e tre tali principi che hanno quale finalità, tra l'altro, la protezione del principio di uguaglianza tra Stati (art. 4, comma 2, TUE).

Le conclusioni della sentenza della Corte sono infatti in contrasto, in primo luogo, con il principio dell'autonomia del diritto dell'Unione rispetto a quello degli Stati membri. La sentenza inoltre rifiuta, in secondo luogo, il principio della prevalenza del diritto dell'Unione. Infine, in terzo luogo, la sentenza viola il ruolo della Corte – e le competenze – come disciplinati dalla volontà degli Stati membri dei Trattati. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, la sentenza K 3/21 mira ad "disarticolare" il sistema stesso di tutela giurisdizionale di cui all'art. 19 TUE impedendo, tra l'altro, il corretto funzionamento del rinvio pregiudiziale, "chiave di volta" del sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione (parere 2/2013, cit., punto 176).

Quindi la sentenza K 3/21 non solo afferma (illegittimamente) la prevalenza del diritto polacco rispetto al diritto dell'Unione ma viola tutti i principi fondanti e non negoziabili del processo d'integrazione europea. In questo modo tale sentenza mette in dubbio la volontà dello Stato polacco di continuare a partecipare a tale processo d'integrazione.

5. A ben vedere la sentenza K 3/21 è inoltre "storicamente" in "contraddizione" con le "tragedie" che il popolo polacco ha vissuto negli ultimi secoli. Ed infatti il territorio polacco è stato invaso tra il XVIII e il XX secolo - e quindi è stato posto sotto il "giogo" - rispettivamente dell'Impero prussiano, russo e austriaco, prima, e dell'Impero tedesco nazista e dall'Unione sovietica, poi. Come noto, ulteriormente, lo Stato polacco dopo la fine della Seconda guerra mondiale è entrato nella "sfera d'influenza" del regime dell'Unione sovietica fino al "crollo" del muro di Berlino.

La "contraddizione" della sentenza K 3/21 con la storia dello Stato polacco è costituita dal fatto che l'Unione europea costituisce il mezzo con cui, tra l'altro, gli Stati europei garantiscono la propria sovranità territoria-

le rispetto ad altri Stati europei militarmente ed economicamente più forti; questo soprattutto dopo l'esperienza - nella prima parte del XX secolo - del dominio della Germania nazista sul continente europeo. A tal fine, l'Unione può essere intesa come una nuova fase di organizzazione politico-istituzionale del continente europeo a fronte della crisi dello Stato nazionale in Europa e con il fine di garantirne la stabilità politica. In particolare, la crisi dello Stato nazionale in Europa era conseguenza del "conflitto tra sovranità" fra Stati causato dalla nascita della "contraddizione tra Stato e mercato" alla fine del XIX secolo.

La contraddittorietà "storica" della sentenza K 3/21, "storica" con riferimento al lungo periodo di sottomissione del popolo polacco a potenze straniere, è costituita da questo. Cioè dal fatto che lo Stato polacco con tale sentenza si pone "giuridicamente" fuori dal sistema - cioè l'Unione europea - che garantisce oggi la sovranità territoriale polacca da interventi di Stati ad essa vicini ma esterni all'Unione e sempre più "assertivi" nella loro proiezione politica e militare verso l'esterno.

In altri termini tale sentenza sembra creare, in buona sostanza, una "contraddizione" tra l'interesse dello Stato polacco e l'interesse del popolo polacco a vivere secondo i valori comuni dell'Unione (art. 2 TUE).

La modalità con cui il problema della sentenza K 3/21 sarà risolto costituirà anche un utile "cartina di tornasole" con riferimento all'aspetto della tutela dei "valori comuni" dell'Unione di cui all'art. 2 TUE. Infatti, il concetto stesso d'"Europa" nasce nel VI sec. d.C. per caratterizzare quello spazio continentale che presenta valori comuni, valori comuni che sono oggi individuati dagli Stati membri nei Trattati all'art. 2 TUE.

La modalità con cui sarà risolto il "problema" della sentenza K 3/21 dimostrerà, in altre parole, se la Polonia appartiene o meno a tale concetto di "Europa" o si ponga al di fuori di tale spazio ed ai suoi valori comuni.

6. Per concludere, la sentenza della Corte costituzionale polacca del 7 ottobre 2021 contraddice i principi irrinunciabili dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Allo stato la Repubblica polacca dimostra di non rispettare i criteri di partecipazione al processo d'integrazione europea.

Il fondamento teorico-giuridico della sentenza K 3/21 è costituito dalla giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca, iniziato con la *Maastricht Urteil* e proseguita fino alla recente sentenza PSPP (come ricordato precedentemente, la Commissione ha recentemente iniziato una procedura d'infrazione nei confronti della Germania a seguito dell'emanazione di tale sentenza). In particolare, questo filone giurisprudenziale si fonda sull'il-

legittimo presupposto dell'applicabilità del sindacato *ultra vires* al diritto dell'Unione europea.

La crisi istituzionale determinata dalla sentenza polacca troverà quindi una (necessaria) soluzione non solo a Bruxelles, in attesa delle decisioni delle istituzioni dell'Unione, ma anche a Berlino; cioè a fronte di come la Germania vorrà risolvere il "caso" della sentenza PSPP anche con riferimento all'(illegittima) base teorica su cui essa si fonda, cioè il sindacato *ultra vires*.

TALUNI PROFILI DEL DIRITTO PENALE EUROPEO QUALE BANCO DI PROVA PER IL LEGISLATORE ITALIANO

CELESTE PESCE*

SOMMARIO: 1. Piano di indagine. – 2. Frodi e falsificazioni digitali. – 3. Lotta al riciclaggio mediante il diritto penale. – 4. Presunzione di innocenza ed altri diritti degli indagati/imputati.

1. A fine novembre 2021, il legislatore italiano ha pubblicato le disposizioni nazionali di adattamento a quanto stabilito dall'Unione in tema di lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti (d.lgs. n. 184/2021 recante attuazione della direttiva (UE) 2019/713 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti e che sostituisce la decisione quadro 2001/413/GAI del Consiglio), contrasto al riciclaggio mediante il diritto penale (d.lgs. n. 195/2021 recante attuazione della direttiva (UE) 2018/1673 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2018, sulla lotta al riciclaggio mediante diritto penale) e rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali (d.lgs. n. 188/2021, recante disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali).

Ancora una volta, lo strumento normativo scelto è il decreto legislativo al netto delle note argomentazioni sull'opportunità di procedere al recepimento di atti UE di respiro penalistico con legge ordinaria e quindi a seguito di una più ampia e democratica discussione parlamentare. Senza qui potere entrare nel merito, ci limitiamo a rammentare quella dottrina secondo cui i decreti legislativi, cui normalmente il nostro legislatore ricorre in simili circostanze, non sono compatibili con la *ratio* di garanzia della riserva di legge (art. 25 Cost.); ed altre autorevoli voci che, al contrario, includono il decreto legislativo tra le fonti del diritto penale riconoscendogli efficacia

* RTDB - Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

pari a quella della legge ordinaria e le tutele costituzionali del caso in ragione dell'adozione della legge di delegazione da parte del Parlamento.

Rinviando le questioni di diritto interno ad altre sedi, è il caso di concentrare l'attenzione sui termini e sui contenuti dell'adeguamento nazionale al diritto dell'Unione, al fine di accertare la tempestività o meno del recepimento, nonché di fugare eventuali dubbi su anomalie e/o discrasie dei testi interni rispetto a ciascuna delle direttive europee.

Lo studio qui condotto, necessariamente sommario, propone una trattazione d'insieme volta a evidenziare l'azione nazionale che, *prima facie*, risulta conforme al diritto dell'Unione, vale a dire le disposizioni in tema di frodi digitali (d.lgs. n. 184/2021); successivamente, quella che presenta punti di forza, ma anche di debolezza sotto il profilo della convergenza con l'Unione, cioè, le modifiche relative alla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale (d.lgs. n. 195/2021); infine, quella che soffre maggiormente rispetto alle altre due, quanto all'uniformità con il diritto UE, segnatamente la presunzione di innocenza e i diritti connessi (d.lgs. n. 188/2021).

2. Le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dal contante hanno assunto una notevole dimensione transfrontaliera, accentuata dalla loro natura digitale. Le stesse costituiscono una minaccia alla sicurezza del territorio dell'Unione in quanto vanno a foraggiare la criminalità organizzata e a rendere possibili ulteriori attività criminali a carattere transfrontaliero. Al contempo, le fattispecie menzionate sono in grado di ostacolare lo sviluppo del mercato unico digitale e di minare la fiducia dei consumatori (D. BERLIN, F. MARTUCCI, F. PICOD, *La fraude et le droit de l'Union européene*, Bruxelles, 2017).

È questo il contesto in cui l'Unione interviene con l'adozione della direttiva (UE) 2019/713 relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento digitali. I colegislatori dell'Unione si prefiggono di arrestare il finanziamento dell'economia illegale mediante il ravvicinamento dei sistemi sanzionatori nazionali in tema di frodi digitali, il migliore scambio di informazioni tra gli Stati UE e un'efficace cooperazione tra autorità competenti.

A tali finalità risponde, a livello nazionale, la pubblicazione, il 29 novembre 2021, del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 184. Tralasciando i sei mesi di ritardo rispetto al termine del 31 maggio 2021 stabilito per il recepimento della direttiva (art. 20 direttiva) anche in ragione del silenzio della Commissione al riguardo, è il caso di evidenziare che la normativa italiana di

adeguamento non presenta particolari storture rispetto al testo UE e che, anzi, cristallizza la direttiva in molti aspetti.

In quest'ottica, il decreto legislativo fotografa le definizioni europee in tema di «strumento di pagamento diverso dai contanti» o di «valuta virtuale», per ricordarne alcune.

Ugualmente rilevano le modifiche apportate a taluni articoli del codice penale (artt. 493-*ter* c.p. e 640-*ter* c.p.) perfettamente rispondenti al progetto dell'Unione. Più da vicino, l'art. 493-*ter* cambia titolo in indebito utilizzo e falsificazione di strumenti di pagamento diversi dai contanti (art. 2 d.lgs. n. 184/2021) ed il suo ambito di applicazione si estende così a tutti gli strumenti di pagamento diversi dai contanti. Inoltre, in caso di condanna o patteggiamento, si procede alla confisca delle apparecchiature, dei dispositivi o dei programmi informatici utilizzati per commettere i reati *de quibus*, nonché alla confisca del profitto o del prodotto del reato ovvero, quando quest'ultima non sia possibile, alla confisca per equivalente di beni, somme di denaro e altre utilità di cui il reo abbia la disponibilità per un valore corrispondente al profitto o al prodotto. Subito dopo, in una nuova disposizione (art. 493-*quater* c.p.), è inserita la fattispecie incriminatrice per la detenzione e diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a commettere reati riguardanti strumenti diversi dai contanti (art. 2, co. 1, lett. b) d.lgs. n. 184/2021).

Quanto all'art. 640-ter c.p. in tema di frode informatica, la modifica prevede una nuova circostanza aggravante nel caso in cui l'alterazione del sistema informatico determini un trasferimento di denaro, di valore monetario o di valuta virtuale. Alcun intervento, invece, richiede il regime sanzionatorio del caso dal momento che la normativa penale italiana è già in linea con le disposizioni della direttiva (UE) 2019/713.

Egualmente in armonia con questa ultima è la nuova disciplina introdotta dal decreto in tema di responsabilità da reato degli enti (art. 3 d.lgs. n. 184/2021). Per tale via, il nuovo art. 25-*octies* del d.lgs. n. 231/2001 concernente la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, permette di sanzionare l'ente ritenuto responsabile delle frodi in parola. Le sanzioni pecuniarie introdotte vanno ad aggiungersi alle misure interdittive già previste dal testo del 2001 in simili circostanze (art. 9, co. 2, d.lgs. n. 231/2001).

Trova, così, adeguata realizzazione la logica dell'Unione di potere ritenere le persone giuridiche responsabili e sanzionabili per i reati in parola commessi a loro vantaggio da qualsiasi persona che agisca a titolo individuale o in quanto membro di un organismo della persona giuridica e che

occupi una posizione preminente in seno alla persona giuridica o sia sottoposta all'autorità, controllo e sorveglianza di questa (artt. 10 e 11 direttiva).

Ancora, il testo rafforza gli strumenti di cooperazione con le istituzioni europee (art. 5 d.lgs. n. 184/2021) e, in ottemperanza a quanto deciso dall'Unione (art. 14 direttiva), individua il punto di contatto operativo per lo scambio di informazioni formulate dalle autorità di altro Stato membro nella Sala operativa internazionale istituita presso il Servizio per la cooperazione internazionale di polizia della Direzione centrale di polizia criminale.

Nel complesso, le disposizioni varate dal legislatore italiano rispondono alla logica di contrastare i reati digitali con politiche ispirate ai principi UE della cooperazione, della salvaguardia del mercato interno e della tutela dei cittadini UE. Nondimeno, la natura mutevole degli strumenti informatici fa sì che l'attenzione si sposti alla prassi applicativa e alle fattispecie che la giurisprudenza nazionale, supportata, se del caso, dal dialogo pregiudiziale con la Corte di giustizia, sarà chiamata a chiarire.

3. La direttiva (UE) 2018/1673 mira ad introdurre norme minime relative alla definizione dei reati e alle sanzioni in materia di riciclaggio. Il testo qualifica il riciclaggio come reato qualora sia commesso intenzionalmente e nella consapevolezza della provenienza illecita dei beni. Al tempo stesso, dà agli Stati membri la possibilità di punire nell'ambito del reato di riciclaggio le condotte colpose. Tale facoltà degli Stati ha una portata decisamente dirompente qualora esercitata, poiché consente di ricomprendere nel reato di riciclaggio la colpa, vale a dire i casi in cui l'autore del reato sospetti o dovrebbe essere a conoscenza che i beni provengono da un'attività criminosa.

Con la direttiva in parola, l'Unione vuole facilitare la cooperazione giudiziaria e di polizia fra gli Stati membri (A. DAMATO, *La cooperazione giudiziaria in materia penale*, in G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, vol. II, P. DE PASQUALE, F. FERRARO (a cura di), Napoli, 2021, pp. 337-370) e porre fine al fenomeno del *forum shopping* in ragione di ordinamenti giuridici più favorevoli. Tali mire celano anche obiettivi di respiro internazionale che spingono l'ordinamento europeo ad adeguarsi agli *standard* in materia di lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo definiti da vari organismi e organizzazioni internazionali, tra cui, le raccomandazioni del Gruppo di azione finanziaria internazionale (GAFI - 2012) e la Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la

ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo (n. 198/2005), e ai successivi aggiornamenti.

Alla luce di quanto brevemente considerato, occorre interrogarsi sulle scelte operate dal nostro legislatore in occasione del recepimento della direttiva in parola.

Nel caso di specie, l'indagine richiede premura dal momento che la Commissione europea ha avviato la procedura di infrazione ex art. 258 TFUE (2021/0055) nei confronti dell'Italia per mancato recepimento della direttiva (UE) 2018/1673 entro il termine finale del 3 dicembre 2020. Com'è noto, la stessa potrebbe avere diverse evoluzioni (R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2020, pp. 276-281; G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, P. DE PASQUALE, F. FERRARO (a cura di), Napoli, 2021, pp. 420-439). In primo luogo, la Commissione potrebbe archiviarla lasciando cadere la tardività del recepimento. Viceversa, la procedura di infrazione potrebbe proseguire e mirare a sanzionare la lentezza del legislatore italiano. Ancora, qualora l'adeguamento (oltre che tardivo) sia parziale o comunque non in linea con la direttiva, la Commissione potrebbe aprire una nuova procedura di infrazione per mancato adempimento degli obblighi comunitari.

In attesa di conoscere le determinazioni della Commissione, l'ultima ipotesi pare scongiurata atteso che il decreto legislativo di recente pubblicazione – d.lgs. n. 195/2021 – si uniforma alle disposizioni della direttiva del 2018 e introduce importanti riforme nel codice penale italiano.

Tra le novità, rileva la libera determinazione del legislatore interno di estendere le fattispecie di reato di riciclaggio e autoriciclaggio alle condotte colpose e alle contravvenzioni (art. 1, co. 1, lett. c) d.lgs. n. 195/2021). E, conseguentemente, di ampliare la configurabilità del delitto di ricettazione (art. 648 c.p.) fino a ricomprendere i casi in cui il reato presupposto sia una contravvenzione. Significativamente, il legislatore ha operato sull'ultimo comma dell'art. 648 c.p. sostituendo l'espressione "delitto" con quella di "reato" (art. 1, co. 1, lett. c) d.lgs. n. 195/2021).

Al di là delle modifiche materiali necessarie, la spontaneità della scelta ha una importanza peculiare e cresce di pregio se rapportata al fatto che la direttiva lascia agli Stati l'opzione per le condotte colpose, preoccupandosi di obbligare gli stessi nel senso di punire i comportamenti dolosi (v. *supra*) (art. 3 direttiva); e se, del pari, considerata in relazione al fatto che la previgente nozione interna di reato presupposto era già in linea con la direttiva (art. 3 direttiva) dal momento che restringeva il campo di azione ai soli delitti non colposi. In tale ottica, la novella esprime la volontarietà del legisla-

tore italiano di uniformarsi appieno al diritto dell'Unione e di non limitarsi a quanto ivi richiesto in termini di obbligatorietà e/o di obiettivo minimo da raggiungersi. In tale ottica, l'Italia si mostra determinata a migliorare la tutela dello spazio di libertà e sicurezza disegnato dall'UE e pronta a contribuirvi mediante l'esercizio delle facoltà.

Significativa appare altresì la modifica del quarto comma dell'art. 9 c.p., con cui si esclude la condizione di procedibilità in ordine ai reati di ricettazione (art. 648 c.p.) e autoriciclaggio (art. 648-*ter.*1 c.p.) commessi dal cittadino italiano all'estero (art. 1, co. 1, lett. a) d.lgs. n. 195/2021).

Più chiaramente, la direttiva (UE) (art. 10; considerando nn. 1 e 9) interviene a disciplinare la giurisdizione nazionale nell'ottica di evitare che l'autore del reato possa usufruire della legislazione più favorevole di un altro Stato (*forum shopping*) o della sua minore collaborazione informativa. In particolare, la direttiva stabilisce l'obbligo per lo Stato membro di radicare la giurisdizione nazionale qualora il reato di ricettazione e autoriciclaggio sia commesso nel suo territorio, anche solo in parte; in alternativa, qualora l'autore del reato sia un suo cittadino, cioè nel caso in cui quest'ultimo commetta un simile reato all'estero (art. 10 direttiva).

In simili circostanze, la direttiva non pone limiti o condizioni alla giurisdizione interna. Viceversa, secondo la richiamata previsione dell'art. 9 c.p., nella formulazione previgente la riforma in esame, la giurisdizione italiana sussisteva solo se il cittadino italiano si trovava in Italia e previa richiesta del ministro della giustizia (condizione di procedibilità).

N'è derivata la necessità di assicurare la giurisdizione per i reati commessi dal cittadino italiano al di fuori del territorio nazionale e di rivoluzionare, in buona sostanza, l'ordinamento interno.

Quanto brevemente illustrato può fare concludere per una piena convergenza del nostro diritto penale con il diritto dell'Unione. In eguale misura, le modifiche normative succintamente esposte potrebbero superare, ci auspichiamo, le problematiche legate al ritardo con cui il legislatore è intervenuto o, quantomeno, rapportare l'adempimento tardivo all'opportunità di un approfondito confronto a livello nazionale atteso il cambio radicale imposto dalla direttiva soprattutto in termini di giurisdizione.

Alla luce di questi ultimi profili, avrebbe forse giovato, dal punto di vista meramente interno (qui non indagato), procedere con legge ordinaria. Parimenti, si potrebbe obiettare che la questione perde pregnanza dalla prospettiva del diritto UE atteso che agli Stati spetta l'opzione dei mezzi con cui recepire a condizione che lo strumento scelto abbia efficacia normativa pari alla legge.

4. La direttiva (UE) 2016/343 intende tutelare la presunzione di innocenza di chiunque sia accusato o sospettato di un crimine da parte delle autorità preposte ed il diritto del medesimo di presenziare al proprio processo penale (artt. 47 e 48 della Carta di Nizza).

Tali finalità trovano esplicazione in un insieme di diritti fondamentali riconosciuti alla persona coinvolta in un procedimento penale. Fra gli stessi, il diritto alla presunzione di innocenza finché non viene dimostrata la colpevolezza primeggia particolarmente. Il suo rovescio è l'onere della prova che grava sull'accusa. Inoltre, all'indagato/imputato spetta il diritto di rimanere in silenzio e di non autoincriminarsi come quello di presenziare al processo. Il fascio di diritti esposto gode di piena tutela giurisdizionale a livello interno con il seguente obbligo per gli Stati UE di prevedere mezzi di ricorso nazionali adeguati.

In senso più ampio, la direttiva introduce norme minime comuni sulla protezione dei diritti procedurali di indagati e imputati. L'obiettivo è rafforzare la fiducia degli Stati membri nei reciproci sistemi di giustizia penale e facilitare il riconoscimento reciproco delle decisioni in materia penale (considerando 10). Ambizioni importanti che fanno eco a noti capisaldi del diritto dell'Unione e della giurisprudenza della Corte di giustizia e che, nel complesso, possono riferirsi alla ferma convinzione dell'Unione di creare e mantenere uno spazio senza frontiere interne (*ex multis*, sentenze della Corte di giustizia del 25 luglio 2018, causa C-220/18 PPU, *Generalstaatsanwaltschaft (Condizioni di detenzione in Ungheria*, punto 49; del 9 ottobre 2019, causa C-489/19 PPU, *NJ (Procura di Vienna),* punto 27; del 28 gennaio 2021, causa C-649/19, *Spetsializirana prokuratura (Déclaration des droits*), punto 71). Le stesse, sul fronte esterno all'UE, mirano ad allineare il sistema UE a testi di diritto internazionale altrettanto significativi in tema di tutele procedurali spettanti alle persone coinvolte in procedimenti penali (Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, art. 6; Patto internazionale sui diritti civili e politici (ICCPR), art. 14; Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, art. 11).

Tanto premesso anche in merito alla rilevanza e alla delicatezza dei temi oggetto della direttiva, è utile esaminare le modalità scelte dall'Italia in occasione della fase discendente di adeguamento conclusasi il 29 novembre 2021, con la pubblicazione del d.lgs. 8 novembre 2021 n. 188.

Qualche cenno preliminare va alle tempistiche del legislatore italiano atteso che il termine ultimo di recepimento è scaduto il 1° aprile 2018. Allo scopo, una prima delega all'esecutivo risale alla legge di delegazione europea 2016-2017 (legge n. 163/2017). Nondimeno, il governo ha ritenuto,

all'epoca, il nostro ordinamento già in linea con le previsioni UE e non ha esercitato i poteri conferitigli. Intanto, il termine di recepimento della direttiva (1° aprile 2018) è decorso senza conseguenze dal punto di vista dell'inadempimento degli obblighi derivanti dalla direttiva.

Successivamente, la relazione sull'attuazione della direttiva, pubblicata dalla Commissione il 31 marzo 2021, ha posto l'accento sulle difficoltà persistenti a livello nazionale circa l'ambito di applicazione della direttiva e le disposizioni concernenti il divieto di riferimenti in pubblico alla colpevolezza e al diritto di non autoincriminarsi. Sebbene il documento non menzioni manifestamente l'ordinamento italiano, il legislatore italiano "ha risposto" inserendo la delega all'esecutivo nella legge di delegazione europea 2019-2020 (legge n. 53/2021). N'è seguita, l'adozione del d.lgs. 8 novembre 2021 n. 188 di recepimento della direttiva.

La digressione sui tempi ha una sua valenza atteso che il percorso alquanto travagliato della fase di adattamento nazionale pare avere influito sugli scopi e sui contenuti del testo. Invero, il decreto adottato persegue la precisa finalità di prevenire l'apertura di una procedura di infrazione. Pertanto, si limita a introdurre disposizioni integrative tese a rafforzare alcuni aspetti della presunzione di innocenza nell'ambito dei procedimenti penali (art. 1 d.lgs. n. 188/2021).

Il testo tradisce, altresì, una attenzione sommaria ai temi e alle finalità della direttiva che, viceversa, avrebbero meritato una riflessione maggiore in seno al Parlamento e l'adozione di una legge ordinaria (v. *supra*) nel corso dei circa tre anni trascorsi, a vario titolo, per recepire.

Le modifiche, difatti, paiono in linea con la direttiva solo in alcuni casi; viceversa, in altri, la *ratio* seguita dal legislatore nazionale pone il fianco a dubbi e a interrogativi.

Nella prima ottica, il legislatore interno assegna particolare rilievo all'esigenza espressa dalla direttiva di garantire che l'indagato/imputato, in pendenza di processo, non sia oggetto di dichiarazioni di autorità pubbliche o di decisioni giudiziarie diverse da quelle relative alla responsabilità penale, in cui sia presentato come colpevole (art. 4 direttiva). In perfetta sintonia, il decreto vieta alle autorità pubbliche di presentare all'opinione pubblica l'indagato o l'imputato come colpevole prima che sia intervenuto un provvedimento definitivo di condanna (art. 2 d.lgs. n. 188/2021). E, in caso di violazione del divieto, garantisce all'indagato/imputato il diritto alla rettifica entro 48 ore da parte dell'autorità pubblica responsabile della dichiarazione nelle stesse modalità della dichiarazione originaria e, qualora non sia possibile, con modalità analoghe per rilevanza e diffusione.

Egualmente in armonia con il diritto UE, il decreto novella l'art. 329 c.p.p., relativo all'obbligo del segreto, restringendo ulteriormente la possibilità di rendere pubblici atti legati alle indagini. Allo scopo, interviene per specificare che la pubblicazione di singoli atti relativi alle indagini preliminari può essere eccezionalmente consentita dal PM solo quando ciò sia *strettamente* necessario per la prosecuzione delle indagini (art. 4, co. 1, lett. c), d.lgs. n. 188/2021). La modifica fotografa la direttiva e la possibilità ivi riconosciuta di divulgare informazioni sui procedimenti penali, qualora ciò sia strettamente necessario per motivi connessi all'indagine o all'interesse pubblico (art. 4, par. 3, direttiva).

Altre modifiche al codice di procedura penale meritano, invece, una riflessione in più sotto il profilo dell'omogeneità alla direttiva. Fra queste, l'introduzione di una disposizione ad hoc sulla garanzia di presunzione d'innocenza – art. 115-*bis* c.p.p. (art. 4, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 188/2021). La nuova disposizione stabilisce espressamente che nei provvedimenti adottati nel corso del procedimento penale l'indagato/imputato non può essere indicato come colpevole fino a quando la colpevolezza non sia accertata con sentenza o decreto penale di condanna irrevocabili. E che, nei provvedimenti diversi da quelli vertenti sulla responsabilità penale dell'imputato, l'autorità giudiziaria limita i riferimenti alla colpevolezza della persona interessata alle sole indicazioni necessarie a soddisfare le condizioni richieste dalla legge per l'adozione del provvedimento. Fin qui, il decreto sembra in linea con l'idea di presunzione di innocenza esplicitata nella direttiva (art. 3 direttiva).

Le considerazioni cambiano con riferimento ai rimedi garantiti dall'art. 115-*bis* c.p.p. alla persona coinvolta in caso di violazione del principio di innocenza. Sembra, invero, non convincere il fatto che sull'istanza di correzione che l'interessato può chiedere, quando necessaria per salvaguardare la presunzione di innocenza, decide il giudice che procede. Le incertezze sono riconducibili alla mancanza, almeno apparente, di terzietà dell'autorità chiamata a dirimere la questione rispetto alla presunta violazione. E paiono aumentare in relazione all'obbligo per gli Stati membri di provvedere, affinché gli indagati e imputati dispongano di un ricorso effettivo in caso di violazione dei diritti conferiti dalla direttiva (art. 10, par. 1, direttiva). Non è da escludersi che la Commissione sollevi dubbi sul fatto che l'Italia garantisca rimedi giurisdizionali effettivi a fronte di violazione dei diritti in parola.

Tra i casi di dubbia uniformità al testo UE, pare ricadere, inoltre, l'intervento sull'art. 474 c.p.p. Com'è noto, la disposizione sancisce il dirit-

to dell'imputato di assistere all'udienza libero nella persona, anche se detenuto, fatte salve le cautele necessarie per prevenire il pericolo di fuga o di violenza (art. 4, co. 1, lett. d), d.lgs. n. 188/2021). Il decreto di adattamento vi aggiunge un comma (1-*bis*) per specificare che le eventuali cautele sono disposte dal giudice con ordinanza, sentite le parti, e che devono essere revocate quando i presupposti cessano. Il nuovo comma garantisce poi il diritto dell'imputato e del difensore di consultarsi riservatamente anche attraverso l'impiego di strumenti tecnici idonei, ove disponibili.

Secondo il legislatore italiano, questa integrazione dovrebbe recepire l'art. 5 della direttiva volto a garantire che gli indagati e imputati non siano presentati come colpevoli, in tribunale o in pubblico, attraverso il ricorso a misure di coercizione fisica.

La modifica, tuttavia, solleva talune perplessità. Una prima legata alla considerazione che il comma aggiunto sembra pleonastico atteso che l'art. 474 c.p.p. pare già in linea con la direttiva, dal momento che prevede il diritto dell'imputato di assistere all'udienza libero nella persona. Una seconda riguarda i contenuti e le finalità della disposizione integrativa. Più chiaramente, la consultazione tra avvocato e imputato, sebbene di per sé valida e legittima, non sembra convergere nella direzione della direttiva. Né sembra persuadere del contrario la relazione illustrativa del decreto che lega la modifica dell'art. 474 c.p.p. all'intento di prevenire l'ulteriore *vulnus* alla presunzione di innocenza che si verifica allorquando l'autorità pubblica presenti l'indagato o l'imputato come colpevole, esibendolo nelle aule di giustizia mentre è sottoposto a misure di coercizione fisica. Al riguardo non resta che augurarsi che la Commissione giudichi positivamente l'integrazione nei modi e nei contenuti e/o che, in caso contrario, lo Stato italiano faccia leva sull'omogeneità iniziale dell'art. 474 c.p.p. al diritto UE.

Si segnala, infine, che l'adattamento non può dirsi concluso, in quanto ulteriori disposizioni di attuazione della direttiva sono contenute nella legge 27 settembre 2021, n. 134 che delega il governo in tema di riforma del processo penale. Sembra, quindi, opportuno rimandare giudizi di insieme sull'operato del legislatore italiano all'epilogo delle riforme in corso, nell'auspicio che, nelle more, non si alzi la scure della procedura di infrazione in ragione del protrarsi del tempo necessario a completare il recepimento.

Focus Carta dei diritti fondamentali

LA COMMISSIONE ADOTTA LA NUOVA STRATEGIA PER RAFFORZARE L'APPLICAZIONE DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA

PAOLA MORI*

SOMMARIO: 1. La nuova Strategia per rafforzare l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. – 2. Come rafforzare l'effettiva applicazione della Carta da parte degli Stati membri. Un nuovo strumento per garantire la compatibilità dei finanziamenti dell'Unione con la Carta. – 3. Il ruolo delle organizzazioni della società civile e degli operatori di giustizia nella promozione e nell'uso della Carta. Una carenza italiana: la mancata istituzione dell'Istituzione nazionale per i diritti umani. L'iniziativa legislativa pendente alla Camera dei Deputati. – 4. La Carta "bussola" per le istituzioni europee. L'importanza della valutazione d'impatto sui diritti fondamentali nel processo decisionale dell'Unione. – 5. La necessità di rafforzare la conoscenza dei diritti sanciti nella Carta nei cittadini.

1. Da quando, con l'entrata in vigore nel 2009 del Trattato di Lisbona, la Carta di Nizza ha acquistato lo stesso valore giuridico dei Trattati la tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea ha conosciuto sviluppi importanti e forse inaspettati, dimostrando di costituire un vero e proprio strumento costituzionale, destinato ad applicarsi e a influenzare l'intero sistema dell'Unione[1].

In questo contesto, la Carta sta rivelando il suo potenziale conformativo sull'attività istituzionale e normativa dell'Unione, portando all'adozione di una serie di iniziative legislative europee su materie che hanno un impatto diretto sui diritti fondamentali, tra cui, in particolare, la protezione dei dati, la parità di genere, la protezione degli informatori, il giusto processo, i diritti di difesa e le vittime di reati. E nuove problematiche sono emerse in materia di migrazione e di sicurezza, così come in conseguenza della trasformazione digitale; a ciò si aggiunga che la pandemia di COVID-19 ha comportato la necessità di sottoporre a restrizioni taluni diritti fondamentali, rischiando di mettere in tensione le libertà democratiche[2].

* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea.

[1] R. ADAM, *La Carta dei diritti fondamentali. I vent'anni di uno strumento costituzionale dell'Unione europea*, in *rivista.eurojus.it*, 7 dicembre 2020.

[2] P. MORI, *COVID-19, Misure emergenziali e Stato di diritto*, in *I Post di AISDUE*, II (2020), 8 aprile 2020.

In ragione di questa pervasività della Carta la Corte di giustizia si è trovata a dover esaminare con crescente frequenza questioni concernenti i diritti e le libertà in essa sanciti, sia perché a ciò richiesta in via pregiudiziale dai giudici nazionali, sia perché il loro mancato rispetto è stato contestato nei ricorsi diretti di legittimità di atti dell'Unione o di inadempimento nei confronti di Stati membri. Nella sua giurisprudenza la Corte ha definito importanti questioni di principio relative al valore "costituzionale" che la Carta riveste nell'ordinamento giuridico dell'Unione, al suo ambito di applicazione, al rapporto con i sistemi di tutela dei diritti fondamentali nazionali e internazionali, tra i quali specialmente le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, alla diretta efficacia, anche orizzontale, delle sue norme dotate "di carattere allo stesso tempo imperativo e incondizionato"[3].

Dal canto suo, la Commissione europea è attivamente impegnata nella promozione e nella tutela dei diritti fondamentali sia nel corso del processo decisionale sia nell'espletamento dei suoi compiti di esecuzione e vigilanza[4].

Ribadendo e rinnovando l'impegno assunto all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona a "rendere il più possibile effettivi nell'Unione i diritti fondamentali contenuti nella Carta"[5], la Commissione ha ora pubblicato una nuova Strategia per rafforzare l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[6].

Adottata nel quadro del piano d'azione europeo per la democrazia[7] e della relazione sullo Stato di diritto[8], la Strategia dà seguito alle sollecitazioni

[3] Sentenze della Corte di giustizia del 17 aprile 2018, C-414/16, *Egenberger*, EU:C:2018:257, punto 57; dell'11 settembre 2018, C-68/17, *IR*, EU:C:2018:696; del 6 novembre 2018, C569/16 e C-570/16, *Bauer e Willmeroth*, EU:C:2018:871; C-684/16, *Max-Planck*, EU:C:2018:874; del 22 gennaio 2019, C-193/17, *Cresco Investigation*, EU:C:2019:43; del 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K.*

[4] Va ricordato che in tale attività la Commissione fruisce dell'expertise dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA) la quale per statuto sostiene il lavoro delle istituzioni europee e degli Stati membri ponendo a loro disposizione attività di consulenza indipendente in materia.

[5] Comunicazione *Strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, 19 ottobre 2010, COM(2010)573.

[6] Comunicazione *Strategia per rafforzare l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, 2 dicembre 2020, COM(2020) 711.

[7] Comunicazione sul *Piano d'azione per la democrazia* europea, 3 dicembre 2020, COM(2020) 790.

[8] Comunicazione *Relazione sullo Stato di diritto 2020*.

La situazione dello Stato di diritto nell'Unione europea, 30 settembre 2020 COM(2020) 580.

del Parlamento europeo[9] e del Consiglio[10] allo scopo di rafforzare il monitoraggio e l'applicazione della Carta, in specie all'interno degli Stati membri.

L'elaborazione della Strategia è stata preceduta da consultazioni dei portatori di interesse[11] e da un'indagine Eurobarometro[12]. Tali consultazioni hanno dato conto della scarsa conoscenza della Carta e delle sue potenzialità sia da parte del grande pubblico, sia da parte degli organi amministrativi, legislativi e finanche giudiziari degli Stati membri. Per ovviare a tali carenze e promuovere una più effettiva applicazione della Carta la Strategia della Commissione sviluppa quattro obiettivi.

2. Tra questi il primo è diretto a "garantire l'effettiva applicazione della Carta da parte degli Stati membri".

A questo scopo la Commissione si propone innanzitutto di rafforzare il partenariato con gli Stati membri in materia e di incentivare la collaborazione con e tra le autorità nazionali, centrali e locali, per garantire che le misure di applicazione del diritto dell'Unione siano conformi alla Carta; parallelamente gli Stati membri sono invitati a designare un "punto di riferimento per la Carta" per agevolare il coordinamento e la cooperazione. Gli Stati membri sono inoltre sollecitati a sviluppare orientamenti e attività di formazione per le amministrazioni nazionali e locali.

Di particolare rilievo è l'invito rivolto agli Stati membri affinché nell'attività di adeguamento al diritto dell'Unione si avvalgano di valutazioni di impatto e di procedure di controllo legislativo per garantire che le iniziative che attuano il diritto dell'Unione siano conformi alla Carta.

Per quanto riguarda poi l'attività di monitoraggio sull'applicazione della Carta e sul diritto dell'Unione la Commissione ribadisce l'impegno a vigilare sul rispetto dei Trattati, rafforzando il dialogo con gli Stati membri e, se del caso, avviando procedure di infrazione. A questo scopo, la Commissione ribadisce la volontà di monitorare con particolare attenzione i casi di inosservanza sistematica da parte di uno Stato membro dell'obbligo di applicare la Carta nell'attuazione del diritto dell'Unione[13].

[9] Risoluzione del Parlamento europeo del 26 novembre 2020 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea - Relazione annuale per gli anni 2018 – 2019 (2019/2199(INI)).

[10] Conclusioni del Consiglio sulla Carta dei diritti fondamentali 10 anni dopo: quadro della situazione e lavori futuri, 7 dicembre 2019.

[11] ec.europa.eu/info/events/2019-conference-eu-charter-fundamental-rights-2019-nov-12_en.

[12] ec.europa.eu/info/files/analysis-targeted-consultations-commissions-new-charter-strategy_en.

[13] V. comunicazione *Diritto dell'Unione europea: risultati migliori attraverso una migliore applicazione* (GU C 18 del 19.1.2017, pag. 10). In argomento sia consentito rinviare a P.

Inoltre, a partire da quest'anno, la relazione annuale della Commissione sull'applicazione della Carta avrà un approccio tematico ed esaminerà l'impatto della Carta sulla situazione negli Stati membri in un determinato settore (per il 2021 la relazione annuale sarà dedicata ai diritti fondamentali nell'era digitale). Il Parlamento europeo e il Consiglio sono poi invitati a organizzare un dibattito approfondito sull'applicazione della Carta per dare seguito alla relazione annuale. Infine, la Commissione auspica anche lo sviluppo di una cooperazione interparlamentare tra il Parlamento europeo e i parlamenti nazionali sulle questioni relative all'applicazione della Carta.

L'ultimo *volet* della prima parte della Strategia riguarda la questione della compatibilità dei finanziamenti dell'Unione con la Carta e, ovviamente, in generale con il diritto dell'Unione.

Su questo punto va segnalato che la Commissione ha recentemente presentato una proposta di regolamento recante disposizioni comuni (regolamento RDC) applicabili ai fondi UE attuati in regime di gestione concorrente[14]. L'obiettivo del regolamento è di semplificare e uniformare la normativa preesistente, promuovendo l'attuazione coordinata e armonizzata dei fondi europei, in modo tale che "i principi orizzontali esposti nell'articolo 3 del trattato sull'Unione europea ("TUE") e nell'articolo 10 del TFUE, tra cui i principi di sussidiarietà e proporzionalità sanciti dall'articolo 5 del TUE, siano rispettati nell'attuazione dei fondi, tenendo presente la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea" (considerando 5).

In proposito l'art. 11 del regolamento RDC stabilisce alcune "condizioni abilitanti" orizzontali, tra cui una specifica sulla Carta in base alla quale per tutti i programmi sostenuti da quei fondi europei devono in essere in atto meccanismi efficaci che ne garantiscano la conformità ad essa, dal loro inizio fino alla loro attuazione. In particolare, l'allegato III al regolamento RDC statuisce che devono essere realizzati efficaci meccanismi volti a garantire la conformità alla Carta e, a questo scopo, stabilite modalità per garantire la verifica della conformità ad essa delle operazioni finanziate dal

MORI, *L'uso della procedura d'infrazione a fronte di violazioni dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2018, p. 363 ss.; ID., *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *federalismi.it*, n. 8, 2020.

[14] COM(2018) 375. Si tratta del Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR), del Fondo sociale europeo Plus (FSE+), del Fondo di coesione, delle misure finanziate in regime di gestione concorrente del Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca (FEAMP), del Fondo Asilo e migrazione (AMIF), del Fondo per la Sicurezza interna (ISF) e del Fondo per la gestione integrata delle frontiere (BMVI).

Fondo; devono inoltre essere previste modalità di rendicontazione al comitato di sorveglianza in merito alla conformità alla Carta delle operazioni sostenute dai Fondi. Ai sensi degli articoli 6 e 34 del regolamento, il comitato di sorveglianza, istituito dallo Stato membro beneficiario, dovrebbe includere gli organismi responsabili dei diritti fondamentali per valutare il rispetto della Carta. Al riguardo la Commissione sottolinea che, in quanto dotate di status indipendente e di una specifica esperienza nel monitoraggio e nella consulenza alle autorità pubbliche, le Istituzioni nazionali per i diritti umani (NHRI) – di cui parleremo nel prossimo paragrafo – dovrebbero essere incluse nei comitati di sorveglianza, contribuendo così a garantire che i programmi finanziati dall'UE siano elaborati e attuati conformemente alla Carta.

3. Al ruolo svolto dalle organizzazioni della società civile e dai difensori dei diritti e dagli operatori di giustizia nella promozione dell'uso e della conoscenza della Carta è dedicata la seconda parte della Strategia.

La Commissione sottolinea infatti come questi organismi "rappresentino 'anelli essenziali' all'interno della catena di applicazione della Carta. Svolgono un ruolo importante nella promozione dell'uso e della conoscenza della Carta e di una cultura dei valori basata sullo Stato di diritto, sulla democrazia e sui diritti fondamentali". In ragione di ciò la Commissione ritiene prioritario che gli Stati membri assicurino un ambiente favorevole e sicuro per le organizzazioni della società civile e per i difensori dei diritti, nel rispetto della libertà di associazione "senza ingerenza statale ingiustificata"[15].

Particolare rilievo è poi dato al ruolo delle Istituzioni nazionali per i diritti umani (NHRI).

Secondo la Commissione le NHRI sono "elementi di collegamento fondamentali tra il governo e la società civile nella misura in cui affrontano la 'lacuna in materia di protezione' tra i diritti degli individui e le responsabilità dello Stato". Ad esse è affidato il compito di monitorare l'applicazione, l'attuazione e la promozione della Carta, di fornire informazioni e sostegno alle vittime di violazioni dei diritti fondamentali e di cooperare con le istituzioni nazionali.

Questi organismi, per rispondere ai "Principi di Parigi", adottati nel 1993 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, devono essere previsti dalla legge, godere di indipendenza ed autonomia (operativa e finanziaria)

[15] V. sentenza della Corte di giustizia del 18 giugno 2020, C-78/18, *Commissione c. Ungheria*, EU:C:2020:476, punto 133.

dal Governo, avere una composizione pluralista, ampio mandato costituzionale o legale, potere di indagine e risorse adeguate allo scopo di tutelare e promuovere i diritti umani[16]. L'importanza di NHRI indipendenti e pluraliste è stata ripetutamente sottolineata tanto a livello internazionale, nell'ambito delle Nazioni Unite[17] e del Consiglio d'Europa[18], quanto a livello europeo dal Consiglio nelle sue conclusioni sulla Carta[19], dalla Commissione, in particolare nella relazione 2020 sullo Stato di diritto[20], dall'Agenzia europea per i diritti fondamentali[21].

Si dà il caso, però, che tra gli Stati membri dell'Unione l'Italia, insieme a Cechia e Malta, si distingua per non disporre affatto di NHRI[22].

Quella italiana è dunque una grave carenza. Il panorama attuale del nostro Paese in materia di diritti umani dà infatti conto di un quadro frammentato in numerose istanze di varia natura, con competenze e funzioni diversificate[23], mentre i Principi di Parigi richiedono che l'istituzione na-

[16] AG Ris. 48/134 del 20 dicembre 1993, la risoluzione incoraggia tutti gli Stati membri ad istituire organismi nazionali, autorevoli ed indipendenti, per la promozione e la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali. In argomento v. N. RONZITTI, *Gli strumenti di tutela dei diritti umani: La risoluzione 48/134 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e la sua attuazione nell'ordinamento italiano*, in *Osservatorio di politica internazionale*, gennaio 2010, iai.it/sites/default/files/pi_n_0004.pdf.

[17] V. Examen périodique universel – Italie. Conseil des droits de l'homme, Groupe de travail sur l'Examen périodique universel Trente-quatrième session, 4-15 novembre 2019, Rapport national soumis conformément au paragraphe 5 de l'annexe à la résolution 16/21 du Conseil des droits de l'homme, Italie, par. 93, A/HRC/WG.6/34/ITA/1.

[18] Lo Steering Committee on Human Rights (CDDH) del Consiglio d'Europa sta elaborando nuove raccomandazioni sullo sviluppo e sul rafforzamento di istituzioni nazionali per i diritti umani efficaci, pluraliste e indipendenti: coe.int/en/web/human-rights-intergovernmentalcooperation/human-rights-development-cddh/civil-society-and-human-rights-institutions

[19] Conclusioni del Consiglio sulla Carta dei diritti fondamentali 10 anni dopo: quadro della situazione e lavori futuri, 7 dicembre 2019, par. 22.

[20] COM(2020) 580.

[21] Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, *Istituzioni nazionali per i diritti umani forti ed efficaci*, 2021, fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-strongeffective-nhris-summary_it.pdf.

[22] *Ivi.*

[23] Sono circa venti tra Comitati, Commissioni, Osservatori e Garanti, alcuni in ambito governativo, altri presso la Camera dei Deputati, e altri ancora con diversi livelli di indipendenza istituzionale, come per esempio il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale o l'Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali UNAR. Per un quadro dei vari organismi v. *Istituzione della Commissione nazionale per la promozione e la protezione dei diritti umani fondamentali*, A.C. 855, A.C. 1323, Camera dei Deputati, Servizio Studi, Dossier n° 66 - Schede di lettura 28 novembre 2018, https://documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/AC0170.

zionale "shall be given as broad a mandate as possible", tale cioè da creare un quadro unitario a livello nazionale per la promozione, il monitoraggio e la tutela dei diritti fondamentali.

Per ovviare a tale lacuna normativa sono state presentate, già nel 2009, varie iniziative legislative alcune delle quali decadute[24]; attualmente è all'esame della Commissione Affari costituzionali della Camera dei Deputati il testo unificato di tre diverse proposte di legge[25]. È dunque auspicabile che anche nel nostro Paese si giunga finalmente all'istituzione di un organismo indipendente con competenza trasversale in materia conforme ai Principi di Parigi, che possa essere accreditato alla Global Alliance of National Human Rights Institutions (GANHRI)[26] e alla Rete europea delle istituzioni nazionali per i diritti umani (ENNHRI)[27].

L'ultimo profilo di questa seconda parte della Strategia riguarda la necessità di sostenere e responsabilizzare i giudici e gli operatori di giustizia. A questo proposito la Commissione ha infatti rilevato che, per quanto i giudici nazionali facciano sempre più spesso applicazione della Carta e sottopongano alla Corte di giustizia numerose questioni pregiudiziali sulla stessa[28], "le conoscenze degli operatori di giustizia nazionali restano scarse"[29]. E dalle consultazioni svolte emerge che la maggior parte dei giudici e degli operatori di giustizia che hanno risposto sarebbe favorevole non soltanto ad una formazione specifica sulla Carta, ma anche al rafforzamento degli scambi tra organi giurisdizionali nazionali ed europei. Per soddisfare tali esigenze la Commissione ha promosso una "nuova strategia europea di

[24] Per più ampi dettagli sui lavori parlamentari relativi all'adozione di una legge per l'istituzione di una Commissione nazionale per i diritti umani, in attuazione della risoluzione AG 48/134, v. Camera dei Deputati, Servizio Studi, Dossier n° 66 cit.

[25] Istituzione della Commissione nazionale per la promozione e la protezione dei diritti umani fondamentali e per il contrasto alle discriminazioni. Proposte di legge C. 1323 Scagliusi, C. 855 Quartapelle Procopio e C. 1794 Brescia. Testo unificato adottato come nuovo testo base, lo si veda in camera.it/leg18/824?tipo=A&anno=2021&mese=01&giorno=13&view=&commissione=01#data.20210113.com01.allegati.all00010. In argomento v. F. LAJOLO DI COSSANO, *L'Autorità indipendente per i diritti umani in Italia*, in *federalismi.it*, n. 3, 2020; J. ZENTI, O. POLLICINO, *È arrivato finalmente il tempo della Italian Human Rights Institution?* in *Diritti comparati*, 27 ottobre 2020.

[26] nhri.ohchr.org.

[27] ennhri.org.

[28] Attualmente la Carta è invocata in circa il 10% di tutti i procedimenti pregiudiziali e le cause in cui la Corte fa riferimento alla Carta sono passate da 27 nel 2010 a 371 nel 2019.

[29] Così nella Strategia del 2020, p. 15.

formazione" in sinergia con la Rete europea di formazione giudiziaria[30] e con l'Agenzia europea dei diritti fondamentali.

4. Il terzo punto della Strategia sposta l'accento all'interno dell'Unione e la Carta viene in considerazione come "bussola" per le istituzioni europee.

Ovviamente non ci sarebbe nulla di nuovo quando si consideri che, ai sensi dell'art. 6 TUE l'Unione è il destinatario primo della Carta e che ai sensi del suo art. 51 la Carta vincola innanzitutto le istituzioni, organi e organismi. A ciò va aggiunto che la Corte di giustizia ha chiarito che le istituzioni devono rispettare la Carta in tutte le loro azioni, anche quando agiscono al di fuori del quadro giuridico dell'UE[31] e del territorio degli Stati membri[32].

Tuttavia la nuova Strategia, riprendendo quanto indicato in quella del 2010, torna a sottolineare l'importanza che la Carta è venuta ad assumere nella vita dell'Unione, non solo come parametro di legittimità degli atti delle istituzioni, ma prima ancora orientandone l'attività. Questo richiede evidentemente un'azione preventiva che intervenga nell'*iter* di adozione degli atti normativi tanto nella fase preparatoria della proposta, quanto nel corso dei procedimenti decisionali. Pertanto di ogni iniziativa si dovrà verificare la compatibilità con la Carta, l'impatto sui diritti fondamentali potenzialmente interessati, il livello d'interferenza con il diritto in causa e la necessità e proporzionalità di tale interferenza in termini di opzioni strategiche e di obiettivi prefissati.

A questo scopo la Commissione ha già da tempo elaborato numerosi documenti contenenti linee guida e orientamenti per prendere in considerazione i diritti fondamentali nella valutazione di impatto delle proposte, siano esse di atti legislativi, delegati o di esecuzione. Inoltre, nella preparazione delle iniziative la Commissione sollecita il coinvolgimento attivo dei cittadini e dei portatori di interesse aprendo consultazioni pubbliche sulle nuove proposte su un apposito portale *web*[33].

[30] Comunicazione *Garantire la giustizia nell'UE – Una strategia europea di formazione giudiziaria per il periodo 2021-2024*, COM(2020) 713, 2 dicembre 2020.

[31] Sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2016, C-8-10/15 P, *Ledra Advertising*, EU:C:2016:701.

[32] Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2013, C-584/10 P e C-595/10 P, *Commissione c. Kadi*, EU:C:2013:518.

[33] V. *Orientamenti operativi per la presa in considerazione dei diritti fondamentali nelle valutazioni d'impatto della Commissione* (SEC(2011)0567) e il pacchetto *Legiferare meglio per ottenere risultati migliori - Agenda dell'UE*, COM(2015) 215, in particolare v. *Strumenti per legiferare meglio*, strumento n. 28 secondo cui "The need to ensure compliance and

Anche il Parlamento europeo e il Consiglio sono chiamati a utilizzare tutti gli strumenti a loro disposizione per garantire l'effettiva applicazione della Carta nel corso del procedimento legislativo, in particolare effettuando valutazioni di impatto sugli emendamenti presentati alla proposta della Commissione secondo quanto previsto dall'Accordo interistituzionale "Legiferare meglio" del 2015[34]. Più in particolare, gli Orientamenti adottati dal Consiglio nel 2015 forniscono delle linee guida agli organi preparatori sulle modalità con cui affrontare le questioni relative ai diritti fondamentali che sorgono in relazione alle proposte in discussione[35]. Infine, l'art. 39, par. 2, del Regolamento interno del Parlamento europeo prevede la possibilità di deferire alla Commissione parlamentare competente per la tutela dei diritti fondamentali (Commissione LIBE) la proposta legislativa che sollevi dubbi di compatibilità con uno o più diritti della Carta.

Analoga attenzione alla promozione e alla tutela dei diritti dell'uomo e alla Carta dovrà essere garantita anche nelle relazioni esterne dell'Unione in coerenza con quanto stabilito dal nuovo piano d'azione per i diritti umani e la democrazia 2020-2024 adottato dal Consiglio[36]. E quindi una specifica attenzione alla Carta deve essere data nel corso della negoziazione degli accordi internazionali dell'Unione.

5. In chiusura, la Commissione si propone di "rafforzare la consapevolezza dei cittadini sui propri diritti ai sensi della Carta". Constatata, alla luce dei sondaggi effettuati da Eurobarometro, la diffusa scarsa conoscenza da parte degli intervistati dei diritti di cui godono in forza della Carta, la Commissione preannuncia iniziative rivolte a diffondere un'adeguata informazione sul contenuto dei diritti garantiti e sulle possibili modalità di tutela, in particolare per quanto riguarda le istituzioni a cui rivolgersi per presentare un ricorso. E anche gli Stati membri sono invitati a prendere iniziative, da un lato, per promuovere la consapevolezza dei cittadini sui

promotion of fundamental rights is not limited to legislative proposals but should be considered in all Commission acts and initiatives", ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/betterregulation-toolbox-28_en_0.pdf; nonché, *Legiferare meglio: bilancio e perseveranza nell'impegno*, COM(2019) 178, del 15.4.2019

[34] V. Accordo interistituzionale "Legiferare meglio" tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione europea, 13 aprile 2016, in *GUUE* L 123, 12 maggio 2016, p. 1.

[35] Orientamenti del Consiglio sulle misure metodologiche da adottare per verificare la compatibilità con i diritti fondamentali, doc. 5377/15 del 20 gennaio 2015.

[36] Conclusioni del Consiglio sul piano d'azione dell'UE per i diritti umani e la democrazia 2020-2024, 18 novembre 2020.

diritti e sulle tutele di cui godono ai sensi della Carta, dall'altro lato a rafforzare le attività di formazione e responsabilizzazione degli attori locali, funzionari pubblici, operatori della giustizia, organizzazioni della società civile.

L'Associazione Italiana degli Studiosi di Diritto dell'Unione Europea (AISDUE) si propone di approfondire lo studio e di diffondere la conoscenza degli aspetti giuridici del processo di integrazione europea, nonché di favorire la collaborazione scientifica e la rappresentanza accademica degli studiosi del diritto dell'Unione europea presso le istituzioni e gli organismi, nazionali ed europei, competenti. Proprio in funzione di tale obiettivo gli studiosi riuniti nell'Associazione intendono valorizzare le peculiarità proprie del diritto dell'Unione europea, anche con riferimento sia alla formazione accademica e professionale, sia alla valutazione della ricerca e alla selezione dei docenti e dei ricercatori.

in copertina: V.A. Serov, Il Ratto d'Europa, 1910

ISBN 979-12-5976-246-7

9 791259 762467

euro 18,00