

4



4

QUADERNO AISDUE - SERIE SPECIALE

QUADERNO AISDUE

SERIE SPECIALE

III ed.

Incontro fra i giovani studiosi del diritto dell'Unione europea

*“L’effettività del diritto dell’Unione europea
tra strumenti di attuazione pubblici
e mezzi di tutela privati”*

Firenze 22 maggio 2023

euro 38,00



ES

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

QUADERNO AISDUE
SERIE SPECIALE

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, Benedetta Minucci

Comitato editoriale BlogDUE:

Patrizia De Pasquale e Fabio Spitaleri (coordinatori),
Mario Barbano, Samuele Barbieri, Nicola Bergamaschi, Federico Ceci,
Andrea Circolo, Erika Colombo, Angela Correra,
Giuseppe Emanuele Corsaro, Giulia D'Agnone, Alessandra Favi,
Federico Ferri, Marco Gerbaudo, Elena Gualco, Anna Kompatscher,
Miriana Lanotte, Sarah Lattanzi, Irene Marchioro, Claudia Massa, Benedetta
Minucci, Emmanuel Pagano, Gabriella Perotto,
Martina Previatello, Alessandro Rosanò, Gabriele Rugani,
Enrico Tinti, Alessia Voinich

Quaderno AISDUE serie speciale

III ed. Incontro fra i giovani studiosi del diritto dell'Unione europea

L'effettività del diritto dell'Unione europea
tra strumenti di attuazione pubblici e mezzi di tutela privati

Firenze, 22 maggio 2023

Editoriale Scientifica
Napoli

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2023 Editoriale Scientifica srl
via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISBN 979-12-5976-738-7

INDICE

Presentazione del Volume di Antonio Tizzano 9

Presentazione del Convegno di Adelina Adinolfi 11

***L'effettività del diritto dell'Unione europea
tra strumenti di attuazione pubblici e mezzi di tutela privati
Firenze, 22 maggio 2023***

***Gli effetti del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali
Prima sessione***

AGRATI G., *È tempo di crescere? Nuove vie per la disapplicazione delle disposizioni nazionali contrastanti con il diritto dell'Unione europea da parte della pubblica amministrazione* 15

BERGAMASCHI N., *Come un pendolo tra condizioni e limiti: l'interpretazione del diritto derivato UE in conformità alle norme di diritto internazionale* 33

BUCCARELLA M., *Gli effetti del diritto dell'Unione europea sull'azione amministrativa in Italia: opportunità e limiti del potere di "disapplicazione" della P.A.* 63

CECCHETTI L., *Verso i cinquant'anni dell'effetto diretto delle direttive: questioni ancora aperte* 79

SALESE V., *Il ruolo dell'effettività nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di diritto alle ferie: l'emersione di nuovi obblighi (positivi)* 129

***Applicazione e attuazione del diritto dell'Unione europea
in alcuni settori di diritto materiale***
Seconda sessione

<i>CECI F., Considerazioni critiche sull'ambito di applicazione e altri profili sistematici della recente proposta di direttiva sul dovere di diligenza ai fini della sostenibilità</i>	153
<i>FINELLI F., Principio di effettività e misure restrittive UE: la lotta all'elusione nel contesto della guerra in Ucraina</i>	181
<i>PALERMO R., L'effettività degli strumenti di private enforcement delle norme sugli aiuti di Stato tra autonomia procedurale e nuove frontiere di cooperazione tra gli attori coinvolti</i>	199
<i>VOINICH A., Il ruolo del giudice nazionale nella tutela effettiva del diritto alla libertà dello straniero sottoposto a trattenimento</i>	223

I meccanismi istituzionali di attuazione del diritto dell'Unione europea
Terza sessione

<i>BURELLI C., Il fenomeno del gold-plating: un ostacolo (sottostimato) all'effettività del diritto dell'Unione europea</i>	247
<i>FIorentini A., Alla ricerca di un punto di equilibrio tra autonomia istituzionale ed effettività del diritto per le forme di integrazione amministrativa nel settore digitale</i>	273
<i>MINUCCI B., La Procura europea: uno strumento al servizio dell'effettività della cooperazione giudiziaria in materia penale</i>	295
<i>ROMAGNOLI M., Chi ben comincia è a metà dell'opera? Riflessioni sul ruolo del Parlamento italiano nella "fase ascendente" nell'ottica dell'effettiva applicazione del diritto UE</i>	313

Interventi scritti

CASTELLANA SOLDANO S., D'ORAZI C., <i>La sentenza Hoffmann-La Roche e i diritti irrisarcibili. Il possibile impatto della riforma Cartabia sulle conclusioni della Corte di giustizia</i>	347
COMETTI M., <i>La Task Force Migration and Management della Commissione europea: un nuovo attore nel controllo dell'attuazione del diritto UE?</i>	367
DI ANSELMO L., <i>L'accesso dei privati alla giustizia nei ricorsi interni in materia ambientale: quale spazio per la tutela giurisdizionale effettiva?</i>	391
MILANO C., <i>La dimensione esterna delle politiche UE di immigrazione e asilo oltre l'approccio globale e informalizzazione: alcune questioni giuridiche legate agli sviluppi più recenti</i>	413
VAIRA D., <i>We don't Need no Regulation. La tutela dei diritti fondamentali tra diritto dell'Unione europea e autoregolamentazione. Alcune riflessioni alla luce della "giurisprudenza" dell'Oversight Board</i>	435

PRESENTAZIONE DEL VOLUME

Sono lieto di presentar i risultati della terza edizione dell'incontro tra i giovani studiosi di DUE, promosso dall' AISDUE con la preziosa e instancabile collaborazione dei soci fiorentini, e segnatamente della prof.ssa Adelina Adinolfi, senza il cui serio e intelligente impegno non avremmo potuto realizzare il nostro progetto. Ad essi va il più sincero e profondo ringraziamento dell' AISDUE e mio personale.

Questo appuntamento tra i giovani studiosi della materia, tenutosi ancora una volta a Firenze, sta diventando (o, vogliamo dirlo, è già diventato) una bella tradizione, sia come incontro di studio sia come luogo dell'incontro; e lo salutiamo con piacere, perché esso rappresenta un'occasione importante e utile per giovani che devono confrontarsi tra di loro e con i loro Maestri o colleghi dei Maestri, e sottoporre i risultati di un loro lavoro ad un giudizio e un'udienza pubblica in una prestigiosa sede universitaria.

Si tratta, nella maggior parte dei casi, di una prima assoluta e quindi vanno tenute in conto anche le emozioni che sicuramente hanno agitato lo spirito dei partecipanti. I quali però erano stati invitati a restare tranquilli perché l'intento degli organizzatori e dei partecipanti seniors non era quello di sottoporli ad un esame, ma solo di sentire i risultati dei loro lavori e discuterne serenamente.

Mi sembra che il risultato sia andato al di là delle pur fiduciose aspettative degli organizzatori.

La tornata dell'incontro di cui presentiamo gli atti era dedicata al tema dell'effettività del diritto dell'Unione europea tra strumenti di attuazione pubblici e mezzi di tutela privati. Un tema certo non nuovo, ma che suscita sempre un grande interesse, anche perché la materia evolve e i problemi si ripresentano in forme diverse e con soluzioni diverse.

Quindi i nostri giovani hanno avuto abbastanza materiale su cui riflettere per scegliere i loro temi. E devo dire che hanno scelto temi originali e interessanti, come possiamo cogliere già dalla titolazione dei loro lavori.

Per parte mia, mi limito a sottolineare che il tema investe quella problematica che si colloca a valle della creazione e della messa in opera delle norme dell'Unione e concerne la loro applicazione negli ordinamenti nazionali. E che si tratta di una problematica che è stata molto studiata per alcuni aspetti, ma non abbastanza per altri.

In effetti, per entrare negli ordinamenti interni, le norme dell'Unione devono impattare su un sistema organizzato e compiuto, e quindi devono in qualche modo modificarlo per esplicitare pienamente la propria efficacia; ma a volte devono anch'esse adattarsi a tale sistema per poter funzionare al meglio. In effetti, una volta che il principio o la norma dell'Unione sono sanciti, sono poi normalmente i giudici e gli amministratori nazionali che devono farsi carico delle modalità e delle condizioni di applicazione di quel principio, a dover cioè concretamente immetterlo nell'ordinamento di appartenenza. E questa solo molto di rado costituisce una mera operazione meccanica, che vede il giudice o l'amministratore nazionale in un ruolo per così dire notarile o di puro esecutore. In realtà, anche se si ritiene che il diritto dell'Unione prevale sulle norme e le decisioni nazionali, non si è ancora esaurita la problematica del rapporto tra le competenze normative e giurisdizionali in campo. Successivamente, infatti, può essere richiesto, in relazione alle circostanze del caso, un ruolo attivo del giudice o dell'amministratore nazionale che deve calare il principio enunciato dalla Corte nello specifico settore, cercando di coordinarlo con i principi del proprio ordinamento e, all'occorrenza, di risolvere i problemi che possono emergere da tale trasposizione in un sistema complesso, che ha i propri principi, le proprie regole e i propri meccanismi di funzionamento.

Non si tratta certo di non osservare il diritto dell'Unione, ma di favorirne gli opportuni adattamenti per consentire alla norma europea di esplicitare pienamente i suoi effetti. Certo, soccorre la possibilità di (ri)chiamare in causa la Corte.

Ma in ogni caso tutto questo solleva una serie di problemi che abbiamo appunto sentito discutere ampiamente e approfonditamente nel corso della giornata fiorentina e che qui sottoponiamo all'attenzione dei lettori.

Il Presidente
Antonio Tizzano

PRESENTAZIONE DEL CONVEGNO

Il terzo incontro dei giovani studiosi promosso da AISDUE, tenuto il 22 maggio scorso presso il Dipartimento di scienze giuridiche dell'Ateneo di Firenze, ha consentito, anche nell'edizione di quest'anno, di diffondere e valorizzare l'attività di ricerca in diritto dell'Unione svolta da dottorandi e ricercatori *under 35*. Il numero delle proposte (una trentina) presentate a seguito della *call for papers*, la loro provenienza da diverse sedi universitarie, la varietà dei temi e l'evidente impegno dimostrato nella redazione dei progetti fanno emergere la qualità e l'ampiezza degli studi in diritto dell'Unione europea.

Il tema scelto per il seminario di quest'anno – “effettività del diritto dell'Unione tra strumenti di attuazione pubblici e mezzi di tutela privati” – è senza dubbio un argomento classico della nostra materia e assai esplorato; tuttavia, esso è stato declinato dai giovani relatori in una varietà di aspetti, poi sviluppati nei contributi raccolti in questi Atti, che toccano trasversalmente questioni al centro del dibattito istituzionale (ma anche politico) attuale: dalle implicazioni di alcuni orientamenti – che giungono sino a fenomeni di aperta “ribellione” - riguardanti il principio del primato, alla persistente difficoltà del legislatore nazionale di garantire il puntuale rispetto degli obblighi posti dall'Unione, al ruolo delle giurisdizioni nazionali e della pubblica amministrazione nell'assicurare il corretto adempimento del diritto dell'Unione. Tutti aspetti riguardo ai quali sono stati individuati profili di carattere innovativo in merito a particolari questioni o settori, oppure svolte rivisitazioni di temi istituzionali “tradizionali” attraverso riflessioni critiche che muovono dalla prassi e dalla giurisprudenza corrente.

Su questi complessi argomenti il seminario ha consentito ai giovani studiosi di “mettersi alla prova” – non senza qualche comprensibile apprensione – dinanzi alla comunità scientifica della materia, esponendo le loro ricerche e idee, ed anche ottenendo un riscontro – con preziosi suggerimenti e spunti di analisi – da parte dei presidenti delle sessioni e dei docenti che, con grande disponibilità, hanno accettato di leggere e discutere i lavori presentati; a loro va un sentito ringraziamento per avere con generosità e interesse trovato il tempo di dedicarsi a questa iniziativa e di partecipare in presenza alla giornata

di studio. Ma accanto alla rilevanza che gli “incontri giovani” di AISDUE hanno per gli studiosi della materia, neppure va trascurata l’utilità – emersa anche durante il seminario di quest’anno – che essi presentano per promuovere la circolazione delle informazioni sui temi di ricerca condotti nelle diverse sedi universitarie, fornendo elementi che possono aiutare il dialogo all’interno della nostra disciplina e altresì favorire la formazione di reti e di progetti comuni.

All’Associazione AISDUE – al Presidente, alla Segretaria generale e al Consiglio direttivo – il gruppo di docenti e ricercatori fiorentini di Diritto dell’Unione esprime la propria gratitudine per la condivisione del terzo “Incontro giovani”, del quale molto volentieri si è contribuito a curare l’organizzazione. A tutti gli studiosi che hanno risposto alla *call for papers* si rivolge un augurio e un incoraggiamento perché la partecipazione a questa iniziativa possa contribuire a rafforzare i loro interessi scientifici ed il prosieguo della loro attività di ricerca.

Adelina Adinolfi

*L'effettività del diritto dell'Unione europea
tra strumenti di attuazione pubblici e mezzi di tutela privati*
Firenze, 22 maggio 2023

*Gli effetti del diritto dell'Unione europea
negli ordinamenti nazionali*
Prima sessione

È TEMPO DI CRESCERE? NUOVE VIE PER LA DISAPPLICAZIONE
DELLE DISPOSIZIONI NAZIONALI CONTRASTANTI
CON IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA
DA PARTE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Giulia Agrati*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'obbligo di disapplicazione in capo alla pubblica amministrazione. – 3. Alcune criticità in tema di disapplicazione (a partire dalla sentenza n. 1321/2020 del TAR Lecce). L'impossibilità per la pubblica amministrazione di rinviare pregiudizialmente alla Corte di giustizia. – 4. Possibili soluzioni. L'ampliamento della nozione di "organo giurisdizionale" ai sensi dell'art. 267 TFUE in favore delle autorità amministrative indipendenti. – 4.1. La necessità di un rimedio "di sistema": verso un'ulteriore integrazione tra livelli di amministrazione?

1. *Introduzione*

A lungo oggetto di discussioni e "chiacchiere" dottrinali, la sentenza n. 1321/2020 del TAR Lecce non è potuta passare inosservata in quanto ha esplicitamente affermato l'assenza di un potere di disapplicazione della normativa nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione europea in capo alla pubblica amministrazione¹. La pronuncia, che s'introduce nell'ormai affollata "questione balneari", risponde negativamente al quesito circa la sussistenza di un obbligo in capo ai dirigenti comunali di disapplicare l'art. 1, commi 682 e 683, della l. 30 dicembre 2018, n. 145 (con i quali si dispone una proroga automatica delle concessioni balneari in essere fino al dicembre 2033) in aperto

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

¹ Sentenza del TAR Lecce del 18 novembre 2020, n. 1321. In dottrina, tra i commenti cfr. 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 *Il diritto dell'Unione Europea*, febbraio 2021; nonché R. ROLLI, M. MAGGIOLINI, *La disapplicazione della norma nazionale contrastante con il diritto dell'Unione (nota a TAR Puglia-Lecce, sez. I, del 18 novembre 2020, n. 1321)*, in *Giustizia insieme*, 22 dicembre 2020.

contrasto con l'art. 49 TFUE e la direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva Bolkestein), così come interpretata dalla Corte di giustizia in *Promoimpresa*², i quali, invece, impongono l'espletamento di una procedura di evidenza pubblica per l'aggiudicazione delle concessioni in questione. Sebbene tale sentenza sia stata presto "superata", non solo dal Consiglio di Stato chiamato a pronunciarsi in sede di impugnazione della medesima³, ma anche dallo stesso TAR Lecce (*rectius* dalla stessa sezione del TAR Lecce) che è parzialmente "tornato sui propri passi"⁴, il tema della disapplicazione del diritto nazionale incompatibile con quello dell'Unione europea da parte della pubblica amministrazione continua a essere oggetto di riflessioni dottrinali e conseguenze giurisprudenziali, ponendo non pochi problemi dal punto di vista pratico.

Posto in capo all'amministrazione l'obbligo di disapplicazione della normativa interna incompatibile con il diritto "comunitario"⁵ (e a partire da una sua breve ricognizione) (§ 1), il presente contributo vuole porre l'attenzione su criticità, ed eventuali incongruenze, del medesimo obbligo (§ 2), con lo scopo di indagare quali siano le possibili strade per meglio garantirne, nonché facilitarne, il rispetto, specialmente alla luce dell'odierno panorama amministrativo, caratterizzato da un'intensa integrazione tra il livello nazionale e quello dell'Unione europea. Nella consapevolezza dell'"eterodossia" della tesi esposta nel presente contributo⁶, l'intento è quello di provare a stimolare il

² Sentenza della Corte del 14 luglio 2016, causa C-458/14.

³ Sentenza del Consiglio di Stato del 9 novembre 2021, n. 18 (nello stesso senso sentenza del Consiglio di Stato del 9 novembre 2021, n. 17 c.d. "gemella") al cui proposito cfr. R. MASTROIANNI, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?*, in *rivista.eurojus.it*, n. 1, 2022; nonché G. GRECO, *Nuove regole di applicazione del diritto UE in sede nazionale?*, in *rivista.eurojus.it*, n. 1, 2022.

⁴ Ordinanza del TAR Lecce dell'11 maggio 2022, n. 743. In proposito cfr. *inter alia* C. BURELLI, *Un nuovo (discutibile) capitolo della saga "concessioni balneari": il TAR Lecce investe la Corte di giustizia di un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE*, in *BlogDUE*, 30 maggio 2022.

⁵ Nella consapevolezza che, a seguito del Trattato di Lisbona, l'Unione europea abbia sostituito e sia succeduta ufficialmente alla Comunità europea (cfr. art. 1 TUE), nel presente scritto si è scelto di fare ancora uso del termine "comunitario". Quest'ultimo, infatti, non è scomparso dal linguaggio comune e, questo, a causa della sua forte valenza "identitaria" che lo rende di difficile sostituzione.

⁶ La tesi esposta nel presente elaborato, valorizzando criticamente alcuni dei rilievi condotti dal TAR Lecce nella sentenza n. 1321/2020, cit., potrebbe porsi in contraddizione con quanto affermato, da ultimo, anche nella sentenza della Corte del 20 aprile 2023, causa C-

dibattito dottrinale, offrendo una prospettiva inconsueta da cui osservare il tema dell'obbligo di disapplicazione in capo alla pubblica amministrazione.

2. *L'obbligo di disapplicazione in capo alla pubblica amministrazione*

L'obbligo di disapplicazione della normativa interna incompatibile con il diritto dell'Unione europea è stato compiutamente affermato, per la prima volta (e) con riguardo al giudice nazionale, nella sentenza *Simmenthal* della Corte di giustizia⁷, nel 1978. La logica su cui si fondava tale pronuncia null'altro era che un'espansione delle argomentazioni già proposte in *Costa c. Enel*⁸, in tema di efficacia del diritto comunitario all'interno degli ordinamenti nazionali. Se in *Costa c. Enel* la Corte sanciva (per la prima volta) il principio del primato del diritto dell'Unione europea sui diritti nazionali⁹, quattordici anni dopo quest'ultima pronuncia rilevava come, proprio allo scopo di garantire il rispetto di tale principio, nonché l'effetto utile della norma, il giudice nazionale avesse l'obbligo di "applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria"¹⁰. L'obbligo di disapplicazione, quale corollario del principio del primato, si risolve quindi, come meglio emergerà nella giurisprudenza successiva, in una "tecnica di risoluzione delle antinomie"¹¹ a cui il giudice deve ricorrere nel momento in cui si trovi dinanzi a un contrasto tra il

348/22, *AGCM c. Comune di Ginosa*, punti 76-79 (in merito a cui cfr. in dottrina D. DIVERIO, *Nulla di nuovo... sotto il sole? Qualche considerazione a prima lettura sulla sentenza della Corte di giustizia nella causa AGCM c. Comune di Ginosa*, in *BlogDUE*, 28 aprile 2023).

⁷ Sentenza della Corte del 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal*.

⁸ Sentenza della Corte del 15 luglio 1964, causa 6/64.

⁹ *Ibidem*, in cui la Corte afferma che "scaturito da una fonte autonoma, il diritto comunitario "non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità".

¹⁰ Sentenza *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal*, cit., punto 21.

¹¹ Cfr. in proposito A. VANNUCCI, *Disapplicazione e diritto comunitario. La flessibilità come unica via per garantire coerenza all'ordinamento in una prospettiva sempre più integrata*, in *federalismi.it*, n. 17, 7 settembre 2011.

diritto nazionale e una norma di diritto dell'Unione europea direttamente applicabile (o dotata di efficacia diretta)¹².

È con la sentenza *Fratelli Costanzo*¹³, del 1989, che l'obbligo di disapplicazione, fino a quel momento riferito all'attività giudiziaria, viene esteso esplicitamente in capo a tutti gli organi dello Stato, quindi anche alla pubblica amministrazione. La *ratio* che sorregge tale pronuncia è quella per cui, riconosciuta la possibilità di far valere in giudizio una norma dotata di efficacia diretta nei confronti dello Stato inadempiente – Stato da intendersi come tutte le autorità ad esso riconducibili, dunque anche come pubblica amministrazione – al fine di censurarne l'operato, risulterebbe contraddittorio ritenere che le medesime autorità, tra cui l'amministrazione citata, non siano esse stesse (e ancor prima) tenute ad applicare le disposizioni dotate di efficacia diretta “disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi”¹⁴. In effetti, se il principio del primato “impone a tutte le istituzioni degli Stati membri di dare pieno effetto alle varie norme dell'Unione”¹⁵, ne consegue che l'obbligo di disapplicazione “incombe non solo sui giudici nazionali, ma anche su tutti gli organismi dello Stato, *ivi* comprese le autorità amministrative, incaricati di applicare, nell'ambito delle rispettive competenze, il diritto dell'Unione”¹⁶.

Di matrice giurisprudenziale, l'obbligo di disapplicazione non ha mai visto una propria codificazione all'interno dei trattati¹⁷, trovando il proprio fondamento scritto essenzialmente nel principio di leale cooperazione degli Stati

¹² In merito alla “simbiosi effetto diretto-disapplicazione (e primato)” cfr. in dottrina D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, p. 351 ss. (in particolare, pp. 355-356). Cfr. anche L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 294, in cui si afferma che “il principio del primato inteso come prevalenza immediata della norma dell'Unione su ogni norma interna incompatibile non vale invece in assenza di efficacia diretta. In altri termini, la norma dell'Unione che sia priva di effetti diretti non può essere applicata direttamente dal giudice e pertanto non può portare alla disapplicazione della norma interna incompatibile”.

¹³ Sentenza della Corte del 22 giugno 1989, causa C-103/88, *Fratelli Costanzo c. Comune di Milano*.

¹⁴ *Ibidem*, punto 31.

¹⁵ Sentenza della Corte del 24 giugno 2019, causa C-573/17, *Poplawski*, punto 54.

¹⁶ Sentenza della Corte del 4 dicembre 2018, causa C-378/17, *Minister for Justice and Equality e Commissioner of the Garda Síochána*, punto 38.

¹⁷ Questa sorte è condivisa, d'altronde, con il principio del primato, il quale, dopo il fallimento del Trattato che adotta una costituzione per l'Europa, non vede ad oggi alcun riferimento

membri nei confronti dell'Unione di cui all'art. 4, par. 3, TUE (*ex art. 5 TCEE*, poi art. 10 TCE)¹⁸. Il portato più significativo della leale cooperazione, per altro in una “logica di complementarità funzionale” con il principio del primato¹⁹, si traduce, infatti, nell'obbligo degli Stati di garantire ai destinatari ultimi dell'attività normativa dell'Unione la piena efficacia dei diritti a essi attribuiti da quest'ultima, ponendosi, quindi, tale principio come strumentale all'effettività del diritto comunitario²⁰. Ad ogni modo, in assenza di una codificazione formale dell'obbligo di disapplicazione, la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia dell'Unione europea ha fatto sì che quest'ultimo sia divenuto (insieme al, e quale conseguenza del, primato) un principio generale dell'ordinamento comunitario, come tale fonte primaria non scritta, ma parimenti vincolante, del diritto dell'Unione.

3. *Alcune criticità in tema di disapplicazione (a partire dalla sentenza n. 1321/2020 del TAR Lecce). L'impossibilità per la pubblica amministrazione di rinviare pregiudizialmente alla Corte di giustizia*

Fugato ogni dubbio circa la sussistenza dell'obbligo di disapplicazione in capo alla pubblica amministrazione – riconosciuta da ultimo anche dallo stesso Consiglio di Stato²¹, chiamato a pronunciarsi, in sede di impugnazione, sulla

all'interno dei trattati. L'unica sua codificazione scritta si trova infatti “confinata” all'interno della dichiarazione n. 17 allegata al Trattato di Lisbona (“dichiarazione relativa al primato”) in cui si riporta, per altro, il parere del Servizio giuridico del Consiglio, del 22 giugno 2007, il quale afferma che “il fatto che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia”.

¹⁸ L'art. 4, par. 3, TUE afferma, al secondo comma, che “gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione”.

¹⁹ Cfr. F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, Napoli, 2020, p. 24.

²⁰ Cfr. in proposito M. CONDINANZI, *Leale cooperazione*, in *Europa. Un'utopia in costruzione*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, 2018, p. 127.

²¹ Sentenza del Consiglio di Stato del 9 novembre 2021, n. 18, cit., punto 32, in cui l'Adunanza plenaria afferma che “la sussistenza di un dovere di non applicazione anche da parte della P.A. rappresenta un approdo ormai consolidato nell'ambito della giurisprudenza sia europea sia nazionale”.

legittimità delle valutazioni contenute nella, già citata, pronuncia del TAR Lecce – pare opportuno dedicare ora una qualche attenzione alle argomentazioni addotte da tale tribunale amministrativo a sostegno della sentenza in parola, nella convinzione che, indipendentemente dalle conclusioni a cui giungono, queste ultime potrebbero offrire alla dottrina alcuni spunti di riflessione circa, in particolare, le criticità sottese all’obbligo di disapplicazione. Tralasciando le (più che discutibili) motivazioni inerenti alla natura e all’efficacia delle sentenze della Corte di giustizia, l’intenzione è invece quella di soffermarsi sul secondo ordine di ragioni, ovvero sull’assunto per cui (si cita testualmente) “risulterebbe del tutto illogico ritenere che il potere di disapplicazione della legge nazionale, attribuito prudentemente al giudice dall’ordinamento interno e dall’ordinamento euro-unionale e supportato all’uopo dalla specifica attribuzione di poteri ad esso funzionali e prodromici [ci si riferisce, in particolare, agli istituti dell’incidente di legittimità costituzionale e a quello del rinvio pregiudiziale d’interpretazione], si ritenesse *sic et simpliciter* attribuito in via automatica e addirittura vincolata al dirigente comunale, che non dispone (e non a caso) della possibilità di ricorrere all’ausilio di tali facoltà”²².

Senza voler qui aderire acriticamente ai rilievi effettuati dal TAR Lecce, non pare potersi negare un indice di fondata problematicità in quanto affermato da quest’ultimo: se, infatti, come osservato in dottrina²³, la possibilità per il giudice nazionale di proporre rinvio pregiudiziale (ai presenti fini si tralascierà l’analisi dell’istituto della rimessione alla Corte costituzionale) rappresenta un mero “incidente”, soltanto eventuale rispetto al meccanismo della disapplicazione diffusa e tale da non poter quindi giustificare, in sua assenza, l’impossibilità di configurare un obbligo di disapplicazione in capo all’amministrazione, è pur vero che quest’ultima, a differenza dell’organo giurisdizionale, si vede priva di un qualsiasi ausilio di matrice “comunitaria” nell’espletamento dell’attività di disapplicazione.

Sin dalle origini dell’integrazione europea, il rinvio pregiudiziale d’interpretazione ha svolto un ruolo fondamentale nell’affermazione del diritto dell’Unione, ossia nell’assicurare l’efficacia di quest’ultimo nei singoli ordinamenti nazionali. Tale meccanismo di cooperazione giudiziaria, infatti, è stato, ed è tutt’ora, essenziale al fine di garantire – tramite la possibilità per il giudice

²² Sentenza del TAR Lecce del 18 novembre 2020, n. 1321, cit.

²³ G. VITALE, *op. cit.*, pp. 13-14.

nazionale di interpellare la Corte di giustizia, qualora abbia un dubbio circa l'interpretazione di una norma "comunitaria" – l'applicazione corretta del diritto dell'Unione all'interno degli Stati membri. Inoltre, questo dialogo "da giudice a giudice", nell'affermare l'esatta interpretazione del diritto comunitario, ha conseguentemente contribuito ad assicurare l'uniformità nell'applicazione del medesimo e ciò, soprattutto, se si considera l'efficacia *erga omnes* delle sentenze interpretative della Corte, le quali spiegano i propri effetti, non solo con riferimento al giudizio principale, ma anche, in senso più esteso, all'interno degli ordinamenti di tutti gli Stati appartenenti all'Unione²⁴. Ciò a tal punto che la dottrina ha osservato come, nello svolgimento di tale funzione, la Corte di giustizia agisca quale "organo centralizzato di salvaguardia dell'unità del sistema"²⁵. Peraltro e in via non secondaria, dall'applicazione corretta e uniforme del diritto comunitario non deriva soltanto l'efficacia di quest'ultimo, ma anche il rispetto del principio di certezza del diritto e, dunque, di legittimo affidamento da parte dei suoi destinatari.

Muovendo da un'ottica di sistema a un'angolazione più prettamente inerente al giudice comune, non va tralasciato, inoltre, il ruolo del rinvio pregiudiziale d'interpretazione nell'agevolazione del suo operato, anche e soprattutto in termini di disapplicazione. Ciò a tal punto che è stato riscontrato come la maggior parte delle sentenze pronunciate dalla Corte di giustizia in sede di rinvio non provenga da organi giurisdizionali nazionali tenuti per legge ad adire tale Corte (ma da organi sui quali verte, invece, una mera facoltà), proprio a riprova del fatto che "i giudici avvertono la necessità e si rendono conto dell'importanza di attivare detto dialogo con la Corte di giustizia, indipendentemente dall'esistenza di un vero e proprio obbligo previsto dai trattati"²⁶. Consentire al giudice nazionale di rivolgersi al giudice comunitario in presenza di un dubbio di interpretazione del diritto dell'Unione, ha, in un certo senso, fatto sì che quest'ultimo potesse sentirsi "sgravato" dalla responsabilità di adottare una propria interpretazione di tale diritto, così che gli fosse permesso

²⁴ In merito all'efficacia delle sentenze interpretative della Corte di giustizia cfr., di recente pubblicazione, A. CORRERA, *Natura ed effetti delle sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia*, Napoli, 2023; nonché E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia*, Torino, 2012.

²⁵ M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 188.

²⁶ F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020.

in fase di *follow up* e dunque nell'atto di dirimere la controversia *a quo*, di agire con maggiore consapevolezza e legittimità, anche nell'ipotesi di disapplicazione della norma nazionale. In conclusione, alla luce di quanto affermato, risulta pertanto evidente come l'obbligo di disapplicazione in capo all'organo giurisdizionale nazionale sia uscito ed esca fortificato dalla disponibilità dello strumento del rinvio pregiudiziale nelle mani di quest'ultimo.

Ebbene, riprendendo quanto detto all'inizio del presente paragrafo, un tale meccanismo di agevolazione virtuosa non è stato invece offerto alla pubblica amministrazione. E ciò nonostante gravi, anche in capo a quest'ultima, l'obbligo di disapplicazione della norma nazionale contrastante con il diritto dell'Unione europea, trovandosi anzi la medesima – per lo meno nel momento in cui è chiamata ad adottare provvedimenti amministrativi individuali – a dover offrire tutela secondo il diritto comunitario ai destinatari della propria azione, per altro in una fase precedente a quella giurisdizionale (che è invece successiva e solo eventuale).

Tale asimmetria pare aver avuto risvolti soprattutto in termini di non unitarietà dell'azione amministrativa che, spesso, si traduce in comportamenti divergenti di disapplicazione o non disapplicazione con riferimento a medesime questioni (a tal riguardo emblematica è la citata vicenda dei balneari²⁷), il tutto con conseguenze negative in termini di garanzia del principio di certezza del diritto e di legittimo affidamento dei consociati. Nessun dubbio si pone circa l'esistenza di un obbligo di disapplicazione in capo all'amministrazione ma, se lette criticamente, le argomentazioni proposte dal TAR Lecce nella sentenza n. 1321/2020 potrebbero essere utili nel far emergere un problema di fondo a tale obbligo, per altro ad oggi ancora scarsamente rispettato. Nell'ottica di garantire una sempre maggiore efficacia ed effettività del diritto dell'Unione europea, a parere di chi scrive, non sarebbe sufficiente continuare ad affermare la sussistenza dell'obbligo, che pur potrebbe rimanere sostanzialmente ignorato, ma occorrerebbe, invece, agire nel senso di facilitarne l'osservanza, guidando ed "educando" il comportamento della pubblica amministrazione nazionale, proprio come è stato fatto con l'apparato giurisdizionale.

²⁷ Per un quadro esemplificativo circa l'atteggiamento disomogeneo della pubblica amministrazione nazionale, tanto locale quanto regionale e centrale, in materia di concessioni balneari cfr. 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. 270 ss.

4. *Possibili soluzioni. L'ampliamento della nozione di "organo giurisdizionale" ai sensi dell'art. 267 TFUE in favore delle autorità amministrative indipendenti*

Ai sensi dell'art. 267, comma 2, TFUE legittimato a proporre rinvio pregiudiziale è qualsiasi "organo giurisdizionale di uno degli Stati membri"; tale espressione riprende quella di cui all'art. 19, par. 3, TUE in cui si afferma, più genericamente, che la Corte di giustizia dell'Unione europea è chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale su richiesta delle "giurisdizioni nazionali"²⁸. Se per quanto concerne il profilo inerente all'ambito di applicazione territoriale dello strumento in questione, ossia appartenere all'organizzazione di uno Stato membro, non paiono esserci particolari criticità (né, d'altronde, il tema rileva ai fini del presente scritto), la precisazione della nozione di "organo giurisdizionale" ai sensi dei trattati è stata invece oggetto di un lungo dibattito, non ancora esauritosi.

Tale nozione, mai definita a livello normativo²⁹, è andata via via delineandosi attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia la quale, per ragioni di uniformità (e preferendo mantenere un certo "controllo" sull'accessibilità del rinvio), ne ha adottata una unica, valevole per tutti gli Stati dell'Unione europea. In particolare, al fine di non cristallizzare eccessivamente questo concetto, la Corte non ha mai fornito una chiara definizione di giurisdizione ma ha piuttosto optato per enumerare una serie di parametri dai quali fosse possibile desumere la natura giurisdizionale o meno del soggetto in questione. Ciò, tuttavia, senza mai esplicitare se i medesimi indici fossero da considerarsi tassativi, o invece indicativi, e, parimenti, se andassero interpretati cumulativamente o alternativamente³⁰. Tale atteggiamento, se da un lato ha favorito la

²⁸ La dicitura "organo giurisdizionale" è propria dell'attuale TFUE, i trattati CEE e CE facevano invece riferimento, all'allora art. 234, al termine "giurisdizione" mentre il trattato istitutivo della CEECA, pur già contemplando il rimedio del rinvio pregiudiziale, utilizzava, all'art. 41, l'espressione "tribunale nazionale".

²⁹ L'unico riferimento normativo alla nozione di "organo giurisdizionale" lo si trova all'interno delle *Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale*, redatte dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (cfr., in particolare, punto I, par. 4) (2019/C 380/01), in cui quest'ultima riporta alcuni degli indici ai fini della qualifica di un soggetto quale "giurisdizione" elaborati nella propria giurisprudenza.

³⁰ Sul punto cfr., in dottrina, V. CAPUANO, *Le condizioni soggettive di ricevibilità del rinvio*

promozione del diritto comunitario e la fortuna del rinvio pregiudiziale, in quanto meccanismo duttile e in grado di prestarsi a una valutazione caso per caso, ha dall'altro indubbiamente contribuito a generare un certo grado di incertezza e una qualche disparità di trattamento.

Esclusa una qualsiasi rilevanza del *nomen iuris* del soggetto in esame, concorrono alla qualificazione di un organo come "giurisdizionale" criteri tanto sostanziali quanto funzionali. A partire da *Vaassen-Göebbels*³¹, e secondo consolidata giurisprudenza successiva, i requisiti sostanziali devono essere individuati nell'origine legale dell'organo, nel suo carattere permanente, nell'obbligatorietà della sua giurisdizione, nel rispetto del principio del contraddittorio tra le parti, nel fatto che l'organo applichi norme giuridiche e, infine, in base a quanto affermato dalla Corte a partire dalla sentenza *Pretore di Salò*³², nell'indipendenza e terzietà del medesimo rispetto alle parti in causa. A ciò si deve aggiungere il criterio funzionale, ossia la necessità che l'organo eserciti concretamente funzioni giurisdizionali, in altre parole che "dinanzi ad esso sia pendente una lite" e che il medesimo "sia chiamato a statuire nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale"³³.

Ebbene, da quanto esposto appare persino superfluo rilevare come la pubblica amministrazione non possa rientrare all'interno della nozione di "organo giurisdizionale" ai sensi dell'art. 267 TFUE. In questo senso l'unica via per estendere a quest'ultima i "poteri prodromici" alla disapplicazione propri

pregiudiziale, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *op. cit.*, p. 33 ss., in cui si sottolinea come l'utilizzo dell'espressione "tenere conto" all'interno delle *Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali* sembri confermare che, nel corso dell'attività di verifica delle caratteristiche enunciate ai fini della qualifica dell'organo quale "giurisdizionale", "il giudice dell'Unione si auto-attribuisce il potere di rimarcare l'importanza a secondo dello specifico contesto di riferimento". Cfr. anche N. WAHL, L. PRETE, *The gatekeepers of article 267 TFEU: on jurisdiction and admissibility of references for preliminary rulings*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 523.

³¹ Sentenza della Corte del 30 giugno 1966, causa 61/65, *Vaassen-Göebbels*.

³² Sentenza della Corte dell'11 giugno 1987, causa C-14/86.

³³ *Inter alia*, ordinanza della Corte del 26 novembre 1999, causa C-192/98, *ANAS*, punto 21. Il caso in esame, vertente su di un rinvio pregiudiziale proposto dalla Corte dei conti italiana in sede di controllo sulla gestione delle amministrazioni pubbliche, ben esemplifica come un dato soggetto, al di là delle proprie caratteristiche strutturali, può o meno rinviare alla Corte sulla base di una verifica delle attività effettivamente esercitate.

del giudice nazionale dovrebbe passare per una revisione dei trattati che, necessariamente, andrebbe a incidere sulla natura e sulla *ratio* dell'istituto del rinvio pregiudiziale.

Non tutto l'assetto amministrativo merita, tuttavia, di essere "escluso" *a priori* dalla possibilità di adire pregiudizialmente la Corte di giustizia: un ambito di confine, meritevole di essere analizzato, è infatti quello inerente alle autorità amministrative indipendenti, specialmente nelle ipotesi in cui queste ultime finiscono per svolgere vere e proprie funzioni "para giurisdizionali". Il quesito inerente a tale possibilità non è, peraltro, di poco conto: queste *authorities*, di esplicita ispirazione "comunitaria", hanno assunto nel corso del tempo un ruolo di sempre maggior spicco all'interno degli ordinamenti nazionali, trovandosi a svolgere una primaria funzione di applicazione del diritto dell'Unione e, conseguentemente, dovendosi interfacciare sempre più spesso con l'obbligo di disapplicazione di cui si è trattato³⁴.

Stante quanto descritto in precedenza, la circostanza per cui le autorità amministrative indipendenti non siano formalmente "giudici" ai sensi del diritto interno potrebbe non essere di per sé preclusiva del loro riconoscimento quali "giurisdizioni" *ex art. 267 TFUE*, dettando quest'ultimo, come detto, una nozione autonoma valevole all'interno di tutto l'ordinamento comunitario; né lo sarebbero molti dei requisiti di cui alla *Vaassen-Göebbels* e successive pronunce, che ben potrebbero essere soddisfatti anche da tali autorità. Tra gli indici segnalati dalla Corte, i problemi principali sorgono con riferimento alle condizioni inerenti al rispetto del principio del contraddittorio tra le parti e, soprattutto, all'indipendenza e terzietà dell'organo, i quali, come si è già avuto modo di notare in dottrina³⁵, sono proprio quegli elementi che "caratterizzano la funzione di tipo giurisdizionale e fungono da linea di discriminazione con le funzioni amministrative". D'altronde, l'orientamento della Corte non si è mai dimostrato molto "benevolo" sul punto: in materia di concorrenza, ad esempio,

³⁴ Seppur pleonasticamente, l'obbligo di disapplicazione con specifico riferimento alle autorità amministrative indipendenti è stato esplicitato nella sentenza della Corte del 9 settembre 2003, causa C-198/01, *CIF* (il caso trattava, in particolare, dell'autorità italiana garante della concorrenza e del mercato). In merito, cfr. in dottrina, M. LIBERTINI, *La disapplicazione delle norme contrastanti con il principio comunitario di tutela della concorrenza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2003, p. 1135 ss.

³⁵ M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 196.

dopo un'apparente apertura nei confronti della ricevibilità di un rinvio pregiudiziale proveniente da un'autorità garante della concorrenza e del mercato (si trattava, nello specifico, della *Dirección General de Defensa de la Competencia*, una delle direzioni che compongono la *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, l'autorità antitrust spagnola)³⁶, il giudice dell'Unione ha subito "invertito la rotta", respingendo (proprio escludendo la natura giurisdizionale dell'organo *a quo*) prima, un rinvio pregiudiziale proposto dall'autorità antitrust greca, l'*Epitropi Antagonismou*, (sentenza *Syfait*³⁷), poi, con la sentenza *Anesco* del 2020³⁸, quello proveniente dalla stessa *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. Eccetto il primo dei tre casi menzionati, in cui la Corte reputa ricevibile il rinvio operato dalla *Dirección General de Defensa de la Competencia* con una argomentazione piuttosto rapida, inerente ai soli profili sostanziali (e, per altro, contenuta soltanto nel rapporto d'udienza), in entrambe le pronunce successive l'inammissibilità del rinvio pregiudiziale è motivata sulla scorta dell'assenza del carattere di imparzialità e/o terzietà dell'organo nonché, dal punto di vista funzionale, del carattere (o del possibile carattere) non giurisdizionale del procedimento condotto dalle due *authorities* in questione.

Un'unica altra ipotesi di riconoscimento di un'autorità amministrativa indipendente quale "organo giurisdizionale" ai fini del rinvio è quella operata nella sentenza *Westbahn Management*³⁹, pronunciata nel 2012, pertanto da collocarsi temporalmente tra *Syfait* e *Anesco*. Qui la Corte, nell'accogliere il rinvio presentato dall'autorità di regolazione dei trasporti austriaca, la *Schiennen-Control Kommission*, mostra un approccio molto più generoso nei confronti del

³⁶ Sentenza della Corte del 16 luglio 1992, causa C-67/91, *Dirección General de Defensa de la Competencia c. Asociación Española de Banca Privada*.

³⁷ Sentenza della Corte del 31 maggio 2005, causa C-53/03. Per un commento (piuttosto critico) alla pronuncia cfr. H. TAGARAS, M. WAELBROECK, *Les autorités nationales de la concurrence et l'article 234 du Traité. Un étrange arrêt de la Cour de justice*, in *Cahiers de droit européen*, 2005, p. 465 ss.; nonché L. RAIMONDI, *La nozione di giurisdizione nazionale ex art. 234 TCE alla luce della recente giurisprudenza comunitaria*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2006, p. 370, in cui l'autore osserva come, nel caso in esame, la Corte applichi i (consueti) parametri atti a delineare la nozione di "organo giurisdizionale" "in modo insolitamente restrittivo", per altro in contrasto con quanto invece ritenuto dall'Avvocato generale Jacobs nelle sue conclusioni alla causa.

³⁸ Sentenza della Corte del 16 settembre 2020, causa C-462/19.

³⁹ Sentenza della Corte del 22 novembre 2012, causa C-136/11.

dettato di cui all'art. 267 TFUE, valutando tale autorità soltanto con riferimento agli indici sostanziali, senza invece attardarsi sui criteri più prettamente funzionali (che tanto avevano inciso negativamente nella non riconducibilità alla nozione di cui all'art. 267 TFUE delle autorità antitrust greca e spagnola). Ad ogni modo, questo approccio è stato abbandonato molto in fretta dal giudice comunitario, non solo con la citata sentenza *Anesco*, ma anche con la, ancor più recente, *CityRail*⁴⁰, del maggio dello scorso anno, in cui la Corte è tornata a imporre un vaglio più attento sul profilo funzionale, affermando che “un organismo che esercita funzioni di natura tanto amministrativa quanto giurisdizionale e che soddisfa i (noti) criteri strutturali [...] può essere considerato una ‘giurisdizione’ ai sensi dell’art. 267 TFUE quando le funzioni di natura giurisdizionale che esso esercita sono oggettivamente e rigorosamente separate dalle sue funzioni di natura amministrativa”⁴¹. Su queste basi ha quindi dichiarato irricevibile il rinvio proposto dall'autorità di regolazione dei trasporti ceca.

Come è già stato osservato, se la duttilità degli indici utilizzati dalla Corte al fine dell'individuazione della nozione di “organo giurisdizionale” ha senza dubbio i suoi pregi, è altresì evidente come la medesima potrebbe dare adito a pronunce, anche temporalmente ravvicinate, fin troppo discordanti tra loro⁴², che rischiano di concretizzarsi in una contrazione delle garanzie offerte, in forza di un'irragionevole disparità di trattamento. In assenza di una precisa definizione normativa, se è la stessa Corte ad aver dimostrato che, qualora lo desiderasse, potrebbe accantonare il vaglio sui requisiti funzionali, per quanto concerne il controllo circa i requisiti sostanziali di imparzialità e terzietà, adottare un approccio troppo stringente in materia potrebbe, ad avviso di chi scrive, risolversi in una serie di conseguenze negative in termini di tutela giurisdizionale ed effettività del diritto dell'Unione, dal momento che – stante le ben note problematiche di alcuni Stati membri in tema di imparzialità della propria magistratura⁴³ – organi giurisdizionali ai sensi del diritto interno po-

⁴⁰ Sentenza della Corte del 3 maggio 2022, causa C-453/20.

⁴¹ *Ibidem*, punto 70.

⁴² Sul punto cfr. A. CIRCOLO, “*This is Out of my Jurisdiction*”. *The Court of Justice Confirms that the Exercise of Administrative Functions does not Get Along with Preliminary References: the CityRail Case (C-453/20)*, in *EU Law Live*, n. 102, 4 June 2022.

⁴³ Ci si riferisce, come noto, alla crisi dello Stato di diritto che coinvolge, ormai da parecchi anni, diversi Stati membri, primi fra tutti Polonia e Ungheria.

trebbero perdere la loro qualifica di “giurisdizioni” secondo il diritto comunitario e, con essa, la possibilità di interpellare la Corte di giustizia per il tramite di un rinvio pregiudiziale⁴⁴, ciò non senza rischiare di aggiungere una “storatura” ad una situazione già fortemente compromessa⁴⁵.

Ad ogni modo, l’operato del giudice dell’Unione nelle cause citate sembrerebbe, come rilevato⁴⁶, più che altro animato da una certa “urgenza” nel comprimere la nozione di cui all’art. 267 TFUE con riferimento alle (sole) autorità amministrative indipendenti, come d’altronde si evince dalle conclusioni alla causa *CityRail*⁴⁷, che richiamano quelle dell’avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer in *De Coster*, circa gli “effetti perturbatori dell’intromissione di un organo amministrativo in un dialogo tra giudici”⁴⁸. In merito, non si può tuttavia far a meno di notare come, nonostante l’avvocato della causa *CityRail* ritenga che le argomentazioni di Ruiz-Jarabo Colomer “pur dopo vent’anni, permangono attuali”⁴⁹, nella prima delle due questioni portate all’attenzione della Corte non era in discussione la qualifica di un’autorità amministrativa indipendente (ma, piuttosto, del *Collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-Capitale*, organo collegiale competente in materia fiscale). Posta, infatti, l’inammissibilità di un’estensione all’intera amministrazione della possibilità di interpellare pregiudizialmente la Corte (e, quindi, “scampato il pericolo” di uno snaturamento dell’istituto), sarebbe forse auspicabile valorizzare la flessibilità della nozione di cui all’art. 267 TFUE proprio a vantaggio delle *authori-*

⁴⁴ Si pensi, ad esempio, alla sentenza della Corte del 29 marzo 2022, causa C-132/20, *Getin Noble Bank* in cui il giudice dell’Unione ha dichiarato ricevibile il rinvio proposto dal *Sąd Najwyższy*, la Corte suprema polacca, non senza doversi prodigare in una “tortuosa” argomentazione. Sul tema cfr. in dottrina S. BARBIERI, *Il dilemma nel dialogo: indipendenza del giudice del rinvio e crisi dello Stato di diritto tra coerenza ed effettività*, in *I Post di AISDUE*, n. 22, 14 giugno 2022; nonché D. SARMIENTO, *The Polish Dilemma*, in *Despite our Differences Blog*, 17 June 2017.

⁴⁵ Sul punto cfr. L. RAIMONDI, *op. cit.*, p. 399.

⁴⁶ V. CAPUANO, *Il rinvio pregiudiziale e la nozione di giurisdizione in cerca di nuovi confini: la sentenza CityRail*, in *BlogDUE*, 29 maggio 2022.

⁴⁷ Conclusioni dell’Avvocato generale Sánchez-Bordona, del 16 dicembre 2021, causa C-453/20, *CityRail*, punti 56-57.

⁴⁸ Conclusioni dell’Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, del 28 giugno 2001, causa C-17/00, *De Coster*, lettera F.

⁴⁹ Sentenza *CityRail*, cit., punto 56.

ties le quali, essendo per vocazione atte all'applicazione del diritto comunitario, vedrebbero ampiamente agevolato il proprio operato, con conseguenze positive in termini di corretta e uniforme applicazione, certezza e, soprattutto, effettività del diritto.

In altre parole, e tornando al tema principale del presente scritto, se, come argomentato a partire dalla sentenza n. 1321/2020 del TAR Lecce, l'impossibilità per la pubblica amministrazione di rinviare pregiudizialmente alla Corte di giustizia si risolve in una maggiore difficoltà per quest'ultima di ottemperare all'obbligo di disapplicazione della normativa nazionale incompatibile con il diritto comunitario, estendere la legittimazione a proporre un simile rinvio alle autorità amministrative indipendenti potrebbe costituire un "primo passo" verso il rafforzamento dell'osservanza da parte dell'amministrazione di tale obbligo.

Solo quale esempio della rilevanza pratica di quanto espresso, si ritiene opportuno accennare brevemente alla vicenda che, recentemente, ha visto protagonista l'Autorità italiana garante della concorrenza e del mercato (d'ora in avanti: "AGCM") con riferimento al consolidato orientamento del giudice amministrativo nazionale circa l'applicabilità dell'art. 14 della l. 24 novembre 1981, n. 689⁵⁰ (che impone la notificazione della contestazione dell'infrazione nel termine di novanta giorni dal momento in cui l'autorità amministrativa ha avuto piena conoscenza della medesima) ai procedimenti in materia di concorrenza⁵¹. Dal rimando a tale norma, infatti, il giudice in questione fa discendere la durata eccessiva della fase pre-istruttoria e, conseguentemente, la tardività dell'atto di avvio del procedimento sanzionatorio da parte dell'AGCM, circostanza che "punisce" con l'annullamento automatico e *in toto* della decisione di quest'ultima e la preclusione della riedizione del potere repressivo⁵². Ciò

⁵⁰ L. 24 novembre 1981, n. 689, *Modifiche al sistema penale*, in GU Serie Generale, n. 329, del 30 novembre 1981.

⁵¹ Sulla questione, in dottrina, cfr. F. GHEZZI, *Sui "tempi" del procedimento in materia di intese ed abusi nell'interpretazione dei giudici amministrativi italiani: un "tentato omicidio" del diritto antitrust?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 2, 2022, p. 237 ss.

⁵² Il giudice amministrativo, facendo discendere automaticamente dall'(asserita) tardività nella contestazione degli addebiti l'annullamento *in toto* della decisione dell'AGCM, agisce, per altro, contrariamente a quanto affermato da giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale ha più volte affermato che "per quanto riguarda l'applicazione delle regole di concorrenza, il superamento del termine ragionevole può costituire un motivo di annullamento delle decisioni che accertano infrazioni solo se risulti provato che la violazione

che l'AGCM lamenta è l'applicazione dei termini di cui alla citata legge, in materia di sanzioni amministrative, ai procedimenti da essa condotti i quali, in ragione della loro specificità (n.d.r., la contestazione di una condotta anticoncorrenziale ben si differenzia da quella circa, ad esempio, la violazione del codice della strada) non solo richiedono il previo svolgimento di una fase istruttoria complessa, non liquidabile "frettolosamente", ma sono, inoltre, il risultato di valutazione di priorità di *enforcement*, per altro consentite dalla stessa direttiva dell'Unione europea in tema di poteri delle autorità antitrust⁵³. Dato il grave *vulnus* alla tutela del diritto della concorrenza posto in essere dall'approccio del giudice amministrativo italiano, più volte l'AGCM – non potendo essa stessa rivolgersi alla Corte di giustizia – ha sollecitato il medesimo nel proporre a tale Corte un rinvio pregiudiziale interpretativo, tramite il quale domandare se il diritto comunitario antitrust "osti o non osti" al quadro normativo nazionale in materia di concorrenza, così come interpretato dal giudice amministrativo. Tali richieste non sono tuttavia mai state accolte sino ad oggi, a detrimento della tutela del mercato e dell'efficacia stessa del diritto comunitario e, d'altronde, la strada verso l'autonoma proposizione di un siffatto rinvio da parte dell'autorità antitrust sembra essere ancora impervia⁵⁴, rimanendo quest'ultima soggetta al volere dell'organo giurisdizionale nazionale.

4.1. *La necessità di un rimedio "di sistema": verso un'ulteriore integrazione tra livelli di amministrazione?*

Nonostante l'auspicio che la Corte di giustizia possa ampliare definitivamente le maglie della ricevibilità del rinvio pregiudiziale per quanto concerne

del principio del termine ragionevole ha pregiudicato i diritti della difesa delle imprese interessate" (*inter alia* sentenza del Tribunale del 18 novembre 2020, causa T-814/17, *Lietuvos geležinkeliai c. Commissione*, punto 357).

⁵³ Cfr. art. 4, par. 5, direttiva 2019/1/UE del Parlamento e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018.

⁵⁴ Pur la Corte di giustizia non essendosi mai pronunciata esplicitamente in merito alla ricevibilità di un rinvio pregiudiziale proposto dall'AGCM, argomentazioni in merito a un suo eventuale diniego si possono trarre, oltre che dalla citata giurisprudenza di tale Corte in tema di autorità amministrative indipendenti, anche dall'orientamento della Corte costituzionale italiana, la quale, usando specifici e puntuali richiami alla giurisprudenza "comunitaria", ha escluso che tale autorità rientri nella nozione di "giurisdizione" al fine della possibilità di sollevare questione di costituzionalità in via incidentale (cfr. ordinanza della Corte costituzionale, del 3 maggio 2018).

le autorità amministrative indipendenti, non si può negare come, questo contesto, faccia tornare alla memoria il monito ironicamente espresso dall'Avvocato generale Tesauro all'inizio del nuovo millennio: "se un organo non è giurisdizione, non lo diventa solo perché il convento non passa di meglio"⁵⁵. In effetti, anche se la possibilità che queste *authorities* si rivolgano direttamente alla Corte avrebbe di certo ripercussioni positive in termini di corretta applicazione e, quindi, efficacia del diritto comunitario, ciò non gioverebbe alla restante (e più numerosa) categoria di pubblica amministrazione, per così dire "standard", che continuerebbe a riscontrare le difficoltà di cui si è detto. In particolare, in termini di agevolazione del rispetto dell'obbligo di disapplicazione del diritto nazionale incompatibile, rischierebbe di porre semplicemente "una pezza" di fronte a un problema ben più ampio: privo di carattere sistematico, il rimedio in parola non sarebbe infatti tale da vincere le preoccupazioni di cui alla ben nota e più volte richiamata sentenza del TAR Lecce, rischiando forse persino di alimentare una più spiccata differenza di trattamento e tutela per i destinatari dell'azione amministrativa.

A conclusione di tutto quanto esaminato, si vuole quindi provare a ipotizzare una qualche via per supportare le amministrazioni che abbia tuttavia una vocazione "corale" e sia prettamente finalizzata allo scopo di aiutare queste ultime nell'attività di applicazione del diritto comunitario e (se del caso) disapplicazione di quello nazionale con esso contrastante.

Come detto nel secondo paragrafo, a fronte dell'espansione del campo di applicazione del diritto dell'Unione europea, il quale si è per altro fatto sempre più tecnico e specifico, l'affermazione sola dell'obbligo di disapplicazione in capo all'amministrazione (non quindi supportata da alcuno strumento di "aiuto") non sembra essere più sufficiente per garantire l'effettività del diritto comunitario e, con essa, la tutela delle posizioni giuridiche dei singoli consociati. Parimenti, come poc'anzi osservato, ampliare alle *authorities* la possibilità di proporre rinvio pregiudiziale interpretativo, seppur auspicabile, non può fungere da unica "valvola di sfogo" delle criticità riscontrate.

In tal senso, una strada che potrebbe essere tracciata è, naturalmente con solo riferimento a quelle aree dell'azione amministrativa che si denotano per la presenza di una disciplina a carattere spiccatamente comunitario, quella

⁵⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro, del 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, punto 40.

dell'instaurazione di un "dialogo strutturato" tra amministrazione dell'Unione europea e amministrazione nazionale. Posto l'attuale sistema di applicazione del diritto comunitario – che ha visto erodersi l'originaria dicotomia tra i casi, del tutto ordinari, di amministrazione indiretta da parte degli Stati membri e i (rari) casi di amministrazione diretta da parte dell'Unione⁵⁶, in favore di una sempre maggior commistione tra livelli – non sembra paradossale immaginare delle ulteriori tecniche collaborative tra Unione europea e Stati membri, atte proprio a consentire alle amministrazioni nazionali (anche, e soprattutto, periferiche) di disporre di un interlocutore comunitario qualificato, da interpellare qualora le prime dovessero avere un dubbio circa la corretta applicazione del diritto dell'Unione. In altre parole, l'ipotesi che si vorrebbe prospettare è quella di accentuare la collaborazione tra livelli amministrativi nell'ottica di fornire un sostegno là dove (si pensi, ad esempio, al tema degli enti territoriali nazionali) il rinvio pregiudiziale interpretativo non può arrivare, ma l'obbligo di disapplicazione permane.

E, d'altronde, non mancano allo stato dell'arte esempi embrionali di dialogo tra livello comunitario e livello nazionale anche e proprio al fine ultimo di garantire la corretta applicazione del diritto dell'Unione europea, dai quali si potrebbe senza dubbio trarre ispirazione. Fra tutti si pensi alla c.d. *breach of Union Law procedure*, di cui all'art. 17 dei regolamenti costitutivi delle tre autorità di vigilanza europee (secondo l'acronimo inglese: "EBA", "ESMA" e "EIOPA")⁵⁷, tramite la quale queste ultime controllano l'applicazione della normativa di propria competenza (in materia di enti creditizi e istituti finanziari) da parte delle autorità nazionali, segnalando a queste ultime, se del caso, gli eventuali comportamenti incompatibili e illustrando loro l'azione necessaria per conformarsi al diritto dell'Unione. In un caso come quello in esame, non sembrerebbe così irrealistico immaginare, oltre al già esistente dialogo da Unione a Stato membro, una corrispettiva comunicazione che parta dal livello nazionale verso l'amministrazione "comunitaria" di riferimento, tale da poter risolvere i dubbi dell'ente nazionale prima che questi si cristallizzino in una violazione del diritto.

⁵⁶ Cfr. art. 4, par. 3, comma 2 TUE, nonché art. 291, parr. 1 e 2.

⁵⁷ Cfr., in particolare, regolamento (UE) n. 1093/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, istitutivo di EBA; regolamento (UE) n. 1095/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, istitutivo di ESMA e regolamento (UE) n. 1094/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, con cui è stata istituita EIOPA.

COME UN PENDOLO TRA CONDIZIONI E LIMITI:
L'INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO DERIVATO UE
IN CONFORMITÀ ALLE NORME DI DIRITTO INTERNAZIONALE

Nicola Bergamaschi*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le condizioni per l'utilizzo dell'interpretazione conforme nella prassi giurisprudenziale della CGUE. – 2.1. *Segue*. Le condizioni nei casi riguardanti gli accordi conclusi da tutti gli Stati membri. – 2.2. *Segue*. Le condizioni nei casi riguardanti gli accordi conclusi dall'UE. – 3. L'interpretazione conforme nel contesto degli effetti delle norme di diritto internazionale all'interno dell'ordinamento UE. – 3.1. *Segue*. Le conseguenze delle condizioni per l'interpretazione conforme sul rapporto tra diritto UE e diritto internazionale. – 4. Il limite del *contra legem*. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Come espressamente stabilito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) nella sentenza *Commissione c. Germania* del 10 settembre 1996¹, il diritto derivato dell'UE deve essere interpretato, per quanto possibile, in

* Assegnista di ricerca di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Torino, Dipartimento di Giurisprudenza; Dottorando di ricerca in Diritto europeo presso l'Università di Bologna.

¹ Sentenza della Corte del 10 settembre 1996, causa C-61/94, *Commissione c. Germania*, punto 52. Questo viene comunemente inteso come il caso di riferimento quanto riconoscimento in sede giurisprudenziale dell'obbligo di interpretazione conforme del diritto UE rispetto alle norme di diritto internazionale. Così, F. CASOLARI, *Giving indirect effect to international law within the EU legal order: the doctrine of consistent interpretation*, in E. CANNIZZARO ET AL. (eds.), *International Law as Law of the European Union*, Boston e Leiden, 2012, p. 395 ss., p. 403; R. SCHÜTZE, *Direct Effects and Indirect Effects of Union Law*, in R. SCHÜTZE, T. TRIDIMAS (eds.), *Oxford Principles Of European Union Law: The European Union Legal Order: Volume I*, Oxford, 2018, p. 265 ss., spec. p. 296. Già prima di questo caso, però, la CGUE aveva affermato l'utilità di prendere in considerazione le norme di accordi internazionali dell'Unione (o della Comunità) ai fini dell'interpretazione delle norme interne, come in sentenza della Corte del 26 aprile 1972, causa C-92/71, *Interfood*, punto 6. Cfr. F. CASOLARI, *Giving indirect effect to international law within the EU legal order*, cit., pp. 402-403.

conformità agli accordi internazionali di cui l'Unione è parte. Inoltre, tale pratica si estende fino a considerare come parametro interpretativo rilevante (c.d. norma-parametro) non solo le norme di diritto internazionale pattizio vincolanti l'Unione², ma anche quelle consuetudinarie³ e quelle contenute negli accordi internazionali conclusi da tutti gli Stati membri⁴.

In questo modo, il ricorso all'interpretazione conforme⁵ è stato esteso anche al piano del rapporto tra diritto UE e diritto internazionale (dimensione esterna)⁶, dopo essere originariamente emerso con riguardo al rapporto tra il diritto UE ed il diritto degli Stati membri (dimensione interna). Come noto, infatti, in capo al giudice nazionale vige l'obbligo di interpretare la norma interna in conformità al diritto UE, sulla scorta di quanto stabilito dalla giurisprudenza della CGUE⁷. Tuttavia, la ragione su cui trova fondamento

² Tra gli ultimi casi, si veda per esempio sentenza della Corte del 20 gennaio 2022, causa C-891/19 P, *Commissione c. Hubei Xinyegang Special Tube*, punto 31.

³ Sentenza della Corte del 24 novembre 1992, causa C-286/90, *Poulsen*, punto 9.

⁴ Sentenza della Corte del 3 giugno 2008, causa C-308/06, *Intertanko e a.*, punto 52. Cfr. F. CASOLARI, *Giving indirect effect to international law within the EU legal order*, cit., pp. 409-413.

⁵ Per una definizione del concetto di interpretazione conforme, si rimanda a M. Luciani, il quale la qualifica, in termini generali, come “[...] l’obbligo di desumere dalle norme di una fonte interpretazioni che siano in armonia con le interpretazioni desunte dalle norme di altra fonte, che stia con la prima in uno specifico rapporto condizionante”; in M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del Diritto. Annali IX*, Milano, 2016, p. 391 ss., spec. p. 445. Secondo Cannizzaro, l’interpretazione conforme si rende necessaria quando si manifesta una “esigenza di coerenza” tra due norme, in E. CANNIZZARO, *Interpretazione conforme fra tecniche ermeneutiche ed effetti normativi*, in A. BERNARDI (a cura di), *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015, p. 3 ss., spec. p. 11.

⁶ In generale sul tema, si veda A. PETERS, *The Position of International Law within the European Community Legal Order*, in *German Yearbook of International Law*, vol. 40, 1997, p. 9 ss., spec. pp. 71-73, G. BETLEM, A. NOLLKAEMPER, *Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts. A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation*, in *European Journal of International Law*, vol. 14, n. 3, 2003, p. 569 ss., F. CASOLARI, *Giving indirect effect to international law within the EU legal order*, cit.; A. ALÌ, *Some Reflections on the Principle of Consistent Interpretation Through the Case Law of the European Court of Justice*, in N. BOSCHIERO ET AL. (eds.), *International Courts and the Development of International Law Essays in Honour of Tullio Treves*, The Hague, 2013, p. 881 ss., pp. 887-890.

⁷ Sentenza della Corte del 10 aprile 1984, 14/83, *Von Colson*, punto 26. Definita come uno degli “effetti strutturali” della norma UE (conclusioni dell’Avvocato generale Antonio Tizzano,

l'estensione di tale pratica alla dimensione esterna non consiste nella sua trasposizione per analogia in quest'ultima dimensione da quella interna. In *Commissione c. Germania*⁸, il riferimento è all'interpretazione conforme di tipo "intra-sistemico"⁹, ossia all'interpretazione di una norma dell'ordinamento UE di rango inferiore in conformità ad una norma dello stesso ordinamento avente rango superiore¹⁰. Pertanto, mentre nella dimensione interna l'obbligo di interpretazione conforme si fonda sul principio di leale cooperazione (degli Stati verso l'Unione)¹¹, sull'effettività del diritto UE¹² e sul principio del primato¹³,

del 30 giugno 2005, causa C-144/04, *Mangold*, punto 117), l'interpretazione conforme è oggi considerata come un assioma del diritto UE quanto ai rapporti con il diritto degli Stati membri (così V. PICCONE, *L'ordinamento integrato, il giudice nazionale e l'interpretazione conforme*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesauo*, vol. II, Napoli, 2014, p. 1173 ss., p. 1178). In dottrina, si rimanda a A. CIRCOLO, *Il giudice nazionale e l'obbligo di interpretare il proprio diritto in maniera conforme al diritto dell'Unione*, in *rivista.eurojus.it*, n. 2, 2023, p. 95 ss.; G. BETLEM, *The Doctrine of Consistent Interpretation – Managing Legal uncertainty*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, n. 3, 2002, p. 397 ss.; S. DRAKE, *Twenty years after Von Colson: the impact of "indirect effect" on the protection of the individual's community rights*, in *European Law Review*, vol. 30, 2005, p. 329 ss.; L. DANIELE, *Vingt-cinq ans d'interprétation conforme: un principe encore en quete de définition?*, in *Revue des Affaires Européennes*, n. 4, 2008, p. 705 ss.; R. BARRATA, *Il telos dell'interpretazione conforme all'acquis dell'Unione*, in A. BERNARDI (a cura di), *op. cit.*, p. 33 ss.; E. PERILLO, *L'obbligo dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione, prima e dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: un vincolo sempre più problematico o forse ormai obsoleto?*, in A. BERNARDI (a cura di), *op. cit.*, p. 53 ss.; V. PICCONE, *op. cit.*

⁸ Sentenza *Commissione c. Germania*, cit., punto 52.

⁹ A. ALÌ, *op. cit.*, p. 881.

¹⁰ La pronuncia cita la sentenza della Corte del 24 giugno 1993, causa C-90/92, *Dr. Tretter c. Hauptzollamt Stuttgart-Ost*, punto 11, in cui si tratta dell'interpretazione di un regolamento di attuazione in conformità ad un regolamento base. Si noti che si fa riferimento alla nozione di interpretazione conforme anche quando la norma parametro è di rango primario, in quanto prevista dai Trattati (sentenza della Corte del 13 dicembre 1983, 218/82, *Commissione c. Consiglio*, punto 15) o dalla Carta dei diritti fondamentali (sentenza della Corte del 21 giugno 2022, causa C-817/19, *Ligue des droits humains*, punti 213 e 227). Sul tema, si veda R. SCHÜTZE, *Direct Effects*, cit., pp. 292-293.

¹¹ Sentenza *Von Colson*, cit., punto 26.

¹² Sentenza della Corte del 5 ottobre 2004, causa C-397/01, *Pfeiffer e a.*, punto 114.

¹³ Sentenza della Corte del 24 giugno 2019, causa C-573/17, *Popławski*, punto 58. Così già S. PRECHAL, *Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union*, in C. BARNARD (ed.), *The Fundamentals of EU Law Revisited: Assembling the Impact of the Constitutional Debate*, Oxford, 2007, p. 35 ss., pp. 54-55.

nella dimensione esterna, invece, la Corte rinviene la *ratio* nella superiorità gerarchica propria degli accordi conclusi dall'Unione rispetto alle norme di diritto derivato. I primi, infatti, vengono recepiti all'interno dell'ordinamento UE sulla base dell'art. 216, par. 2, TFUE, il quale gli conferisce il rango di fonti interposte tra il diritto primario ed il diritto derivato¹⁴. Nel caso dell'interpretazione conforme del diritto interno alle norme consuetudinarie, invece, la Corte ne individua il fondamento nell'obbligo di esercitare le competenze dell'Unione nel rispetto del diritto internazionale¹⁵, mentre nel caso dell'interpretazione conforme alla luce degli accordi che vincolano tutti gli Stati membri il fondamento è duplice, consistente nel principio consuetudinario della buona fede e nel principio di leale cooperazione (dell'Unione verso gli Stati membri)¹⁶.

Fatte queste premesse sui fondamenti alla base dell'interpretazione conforme nei suoi diversi contesti di applicazione¹⁷, è anche importante

¹⁴ Sul tema, si rimanda a F. CASOLARI, *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione Europea*, Milano, 2008.

¹⁵ Sentenza *Poulsen*, cit., punto 9.

¹⁶ Sentenza *Intertanko*, cit., punto 52.

¹⁷ Quanto riportato corrisponde alla posizione espressa dalla Corte nelle sue pronunce. Se si guarda alla dottrina, emerge come, in realtà, le differenze tra i fondamenti delle diverse forme di interpretazione conforme siano meno nette. Infatti, vi è chi sottolinea come, alla base della pratica nella dimensione esterna, vi sia il bisogno di garantire l'effettività della norma di diritto internazionale; così D. SIMON, *La panacée de l'interprétation conforme: injection homéopathique ou thérapie palliative?*, in V. KRONENBERGER, M. T. D'ALESSIO, V. PLACCO (sous la direction de), *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins: Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, 2013, p. 279 ss., spec. p. 284. Ciò porta ad un parallelismo con la dimensione interna in cui, si è visto, gioca un ruolo importante il principio di effettività. In fin dei conti, conclude Cannizzaro, il fondamento di questa dottrina consiste nel "[...] generale dovere di un giudice di assicurare l'effettività delle regole che esso è chiamato ad applicare"; in E. CANNIZZARO, *op. cit.*, p. 16. Al contempo, è stato sostenuto che, in fondo, anche nella dimensione interna sia rintracciabile un criterio gerarchico sullo sfondo dell'obbligo del giudice nazionale (così A. ALÌ, *op. cit.*, p. 882), similmente al caso dell'interpretazione conforme nella dimensione esterna e a quella *intra*-sistemica. In effetti, se pure non si può parlare di gerarchia delle fonti in senso formale (cfr. E. CANNIZZARO, *op. cit.*, pp. 6-10, S. PRECHAL, *Direct Effect, Indirect Effect*, cit., p. 53), si può notare che tale obbligo sottintende comunque la preminenza della norma UE su quella nazionale; cfr. R. BARATTA, *op. cit.*, p. 52; *contra*, L. DANIELE, *op. cit.*, p. 185. In definitiva, si ritiene quindi che, alla base dell'interpretazione conforme nelle sue varie forme, vi sia al contempo un elemento di preminenza che caratterizza la norma-parametro e la necessità di garantire l'effettività di quest'ultima, dai quali discende quell'"esigenza di coerenza" tra norma-parametro e norma oggetto di interpretazione di cui parla Cannizzaro (*supra*, nota 5).

evidenziare il fatto che tale pratica può costituire una soluzione preziosa a cui ricorrere al fine di porre rimedio all'eventuale assenza di efficacia diretta della norma-parametro di origine internazionale¹⁸, similmente a quanto avviene anche nella dimensione interna¹⁹. In questo senso, essa rappresenta uno strumento nelle mani del giudice dell'UE per garantire la coerenza interna propria dell'ordinamento²⁰, nonché un mezzo a disposizione del ricorrente interessato a far valere gli effetti della norma-parametro, altrimenti esclusi²¹. Quest'ultima circostanza si può osservare, per esempio, nel contesto del contenzioso davanti alla CGUE riguardante il rispetto del diritto scaturente dagli accordi dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) da parte delle istituzioni. Infatti, vista l'assenza di efficacia diretta stabilita dalla CGUE con riguardo alle norme OMC²², il ricorrente interessato a farne valere gli effetti potrebbe trovare rimedio ottenendo un'interpretazione della norma interna in conformità alla norma OMC. Ciò può verificarsi in due possibili situazioni. Da un lato, l'interpretazione potrebbe avere ad oggetto la norma interna di cui il ricorrente contesta la conformità alla norma-parametro. Dall'altro, l'interpretazione in conformità alla norma di origine esterna potrebbe avere ad oggetto una norma interna a sua volta utilizzata come parametro per valutare la legittimità di una seconda norma interna (di rango inferiore)²³.

¹⁸ Si veda sentenza della Corte dell'11 settembre 2007, causa C-431/05, *Merck Genéricos Produtos Farmacêuticos*, punto 35. Cfr. F. CASOLARI, *Giving indirect effect to international law within the EU legal order*, cit., p. 409. Per la dottrina in materia di effetti diretti delle norme di diritto internazionale, si rimanda a A. PETERS, *op. cit.*, p. 42 ss.; K. LENAERTS, *Direct Applicability and Direct Effect of International Law in the EU Legal Order*, in I. GOVAERE ET AL. (eds.), *The European Union in the World*, Leiden, 2014, p. 45 ss.

¹⁹ Sentenza della Corte del 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler e a.*, punto 113. Cfr. R. BARATTA, *op. cit.*, p. 42.

²⁰ A. ALÌ, *op. cit.*, p. 882.

²¹ *Ibidem*, p. 889. Si veda anche E. CANNIZZARO, *op. cit.*, p. 13.

²² Sentenza della Corte del 23 novembre 1999, causa C-149/96, *Portogallo c. Consiglio*, punto 47. In dottrina, si veda P. EECKHOUT, *The domestic legal status of the WTO Agreement: interconnecting legal systems*, in *Common Market Law Review*, vol. 34, 1997, p. 11 ss.; F. SNYDER, *The gatekeepers: The European courts and WTO law*, in *Common Market Law Review*, vol. 40, n. 2, 2003, p. 313 ss.; P. J. KUIJPERS, M. BONCKERS, *WTO law in the European Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, vol. 42, n. 5, 2005, p. 1313 ss.

²³ Si tratta di un caso frequente nella giurisprudenza in materia di dazi antidumping. Per esempio, si veda sentenza *Hubei*, cit.

Quanto detto, però, non ha valenza giocoforza assoluta. Invero, l'effettiva utilità dell'interpretazione conforme può variare a seconda della presenza e del rilievo di eventuali condizioni e limiti posti al suo utilizzo, che possono incidere sulla possibilità stessa di farvi ricorso da parte del giudice-interprete, oltre che sulla portata di tale ricorso. Tenuto conto di ciò, la presente indagine si propone di affrontare la questione inerente alle condizioni e ai limiti che potrebbero essere posti all'utilizzo dell'interpretazione conforme del diritto derivato rispetto al diritto internazionale. Sul punto, come si avrà modo di chiarire nel prosieguo, la Corte non si è mai espressa in maniera chiara ed univoca. Tuttavia, tale questione è stata recentemente sollevata nelle conclusioni sul caso *Changmao* rese dall'AG Čapeta²⁴, la quale ha argomentato a favore della necessità di precise condizioni all'interpretazione conforme nella sua dimensione esterna.

Come si avrà modo di osservare, il tema delle condizioni e quello dei limiti sono strettamente connessi, ponendosi in un rapporto di reciproca interdipendenza. In particolare, per condizioni si intende circostanze in assenza delle quali la pratica non sarebbe permessa, mentre per limiti si fa riferimento ai confini entro cui il giudice dovrebbe mantenersi nell'esercizio della stessa. La trattazione affronterà dapprima la questione inerente all'esistenza di eventuali condizioni, per poi passare a quella concernente l'identificazione dei limiti. Più nel dettaglio, con riguardo alla questione delle condizioni, si inizierà con l'illustrare lo stato della giurisprudenza da cui l'indagine prende le mosse, osservando brevemente la prassi della CGUE relativa alla dimensione interna, per poi passare all'esame della prassi inerente alla dimensione esterna (Sezione II). In questo frangente, si dedicherà particolare attenzione ad un gruppo di casi attinenti ad accordi conclusi da tutti gli Stati membri (Sezione II.1), e poi ad un gruppo riguardante accordi conclusi dall'Unione (Sezione II.2), in cui sembrerebbe potersi individuare l'esistenza di condizioni. A seguire, si inserirà il discorso all'interno del contesto più generale in materia di effetti delle norme di diritto internazionale all'interno dell'ordinamento dell'UE, in cerca di motivi che potrebbero richiedere la presenza di condizioni (Sezione III) e, conseguentemente, si formuleranno delle riflessioni sulle ricadute che si avrebbero, nel suddetto contesto, se tali condizioni venissero stabilite (Sezione III.1).

²⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Tamara Čapeta, del 17 novembre 2022, C-123/21 P, *Changmao Biochemical Engineering Co. Ltd c. Commissione*, punti 100-101.

Successivamente, si approfondirà la questione dei limiti dell'interpretazione conforme, con particolare riguardo a quello che impedisce una interpretazione *contra legem* (Sezione IV). Da ultimo, si trarranno alcune conclusioni sull'indagine svolta (Sezione V).

2. *Le condizioni per l'utilizzo dell'interpretazione conforme nella prassi giurisprudenziale della CGUE*

Nella dimensione interna, cioè, lo si ricorda ancora una volta, quella inerente all'interpretazione del diritto nazionale degli Stati membri in conformità al diritto UE, la risposta alla questione circa l'esistenza di particolari condizioni per l'utilizzo di tale pratica da parte del giudice nazionale risulta senza dubbio negativa. In effetti, la lettura di *Von Colson* poteva lasciare qualche dubbio in merito, laddove la Corte affermava che l'obbligo di interpretazione conforme sorge “[...] nell'applicare il diritto nazionale, e in particolare la legge nazionale espressamente adottata per l'attuazione della direttiva n. 76/207”²⁵. A prima vista, infatti, si sarebbe potuto dedurre dal passaggio testé richiamato che l'interpretazione conforme potesse riguardare solo quelle norme interne volte all'implementazione della norma-parametro, costituendo questa circostanza una condizione posta all'utilizzo della pratica. Tuttavia, in *Marleasing*, la Corte è chiara nell'affermare che l'obbligo per il giudice internazionale sorge “[...] a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva”²⁶, mentre da *Pfeiffer* emerge la conferma che il fatto che la norma interna sia stata adottata al fine di recepire la direttiva (norma-parametro) non è condizione ai fini dell'interpretazione conforme, ma solo una circostanza che rafforza la necessità di quest'ultima²⁷.

Con riguardo alla dimensione esterna, invece, il quadro è meno omogeneo. Innanzitutto, è necessario premettere che, in quest'ambito, la CGUE non ha mai espressamente fatto menzione di specifiche condizioni necessarie per procedere all'interpretazione conforme. Tuttavia, nella prassi giurisprudenziale, è possibile imbattersi in casi in cui le norme oggetto dell'interpretazione

²⁵ Sentenza *Von Colson*, cit., punto 26.

²⁶ Sentenza della Corte del 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*, punto 8.

²⁷ Sentenza *Pfeiffer e a.*, cit., punto 112. Cfr. R. SCHÜTZE, *Direct Effects*, cit., p. 291.

presentano un legame particolare con le corrispettive norme-parametro. Tale legame potrebbe forse essere un indizio dell'esistenza di una condizione. Tale situazione emerge in particolare in alcune pronunce precedenti alla citata sentenza *Commissione c. Germania*. In *Interfood*, ad esempio, la Corte afferma che: “[p]osto che la tariffa doganale comune ha costituito oggetto di accordi fra la Comunità e gli altri contraenti del GATT, i principi cui s’informano detti accordi possono servire per interpretare le norme di classificazione relative alla tariffa stessa”²⁸. Nei casi *Brown*²⁹ e *NTN Corporation*³⁰, poi, il legame tra la norma interna e quella esterna appare essere ancora più intenso, poiché l’interpretazione conforme ha ad oggetto norme volte ad attuare quegli accordi internazionali le cui norme assurgono a parametro interpretativo³¹. D’altra parte, come osserva Casolari³², in altri casi questo sembra non valere³³. Insomma, tale prassi non è univoca.

La sentenza *Commissione c. Germania* potrebbe aiutare a fare chiarezza. Nell’affermare il dovere del giudice UE quanto all’interpretazione conforme nella dimensione esterna³⁴, la Corte non specifica l’esigenza del rispetto di alcuna condizione, né pone l’accento su alcun legame esistente tra le norme³⁵. A ben guardare, ciò risulta in linea con la *ratio* del dovere in questione, identificato, come specificato in premessa, nel rapporto di gerarchia esistente tra la norma parametro e quella oggetto dell’apprezzamento. Tale rapporto, invero, richiede che la norma di rango inferiore rispetti quella di rango superiore, a

²⁸ Sentenza *Interfood*, cit., punto 6. Cfr. F. CASOLARI, *Giving indirect effect to international law within the EU legal order*, cit., p. 402.

²⁹ Sentenza della Corte del 18 aprile 1991, causa C-79/89, *Brown Boveri*, punto 15.

³⁰ Sentenza del Tribunale del 2 maggio 1999, causa T-163/94, *NTN Corporation c. Consiglio*, punto 65.

³¹ Cfr. F. CASOLARI, *Giving indirect effect to international law within the EU legal order*, cit., p. 403.

³² *Ibidem*.

³³ In sentenza della Corte del 17 ottobre 1995, causa C-70/94, *Fritz Werner Industrie-Ausrüstungen GmbH c. Germania*, punto 23, e del 17 ottobre 1995, causa C-83/94, *Leifer e a.*, punto 24, si parla di interpretazione conforme alle disposizioni del GATT della disciplina interna relativa, in generale, sul commercio internazionale. Non sembra quindi necessario che la norma oggetto di interpretazione abbia la funzione precipua di implementare la norma-parametro.

³⁴ *Supra*, nota 1.

³⁵ Sull’assenza di condizioni, si veda A. ALI, *op. cit.*, pp. 888-889.

prescindere dal sussistere di ulteriori particolari condizioni³⁶. Sulla scorta di ciò, buona parte della giurisprudenza successiva può essere letta nel senso dell'assenza di condizioni. Un esempio evidente è rappresentato dalla recente sentenza nel caso *Sea Watch*, in cui si afferma la necessità di interpretare il diritto interno in conformità alla Convenzione sul diritto del mare (UNCLOS). Vi si legge quanto segue: “[...] dalla giurisprudenza costante della Corte risulta che le disposizioni di diritto derivato dell’Unione devono essere interpretate, quanto più possibile, in conformità sia alle convenzioni internazionali che vincolano l’Unione sia alle norme e ai principi pertinenti del diritto internazionale generale, nel cui rispetto l’Unione è tenuta ad esercitare le proprie competenze in sede di adozione di siffatte disposizioni”³⁷; e, con specifico riferimento all’UNCLOS, che “[...] tale convenzione prevale, all’interno di detto ordinamento giuridico [quello dell’UE], sugli atti di diritto derivato dell’Unione, dimodoché questi ultimi devono essere interpretati, per quanto possibile, conformemente alle disposizioni della convenzione di cui trattasi”³⁸. Come ognuno vede, non si fa qui menzione di alcuna condizione all’applicazione dell’interpretazione conforme, né con riferimento agli accordi dell’UE, né con riferimento alle consuetudini³⁹.

Sussistono casi, però, in cui il dubbio sopra menzionato si ripresenta. Alcuni di questi riguardano, in particolare, l’interpretazione conforme a norme contenute in accordi conclusi da tutti gli Stati membri. Altri, invece, possono essere rinvenuti in materia di accordi conclusi dall’Unione. Nelle Sezioni seguenti si analizzeranno più nel dettaglio questi due gruppi di casi.

2.1. Segue. *Le condizioni nei casi riguardanti gli accordi conclusi da tutti gli Stati membri*

In *Intertanko*, per esempio, la Corte individua la necessità di interpretare

³⁶ Ciò è stato chiarito dalla Corte con riguardo all’interpretazione “intra-sistemica”; sul punto, sentenza della Corte del 19 novembre 2009, causa C-402/07, *Sturgeon e a.*, punto 48.

³⁷ Sentenza della Corte del 1° agosto 2022, causa C-14/21, *Sea Watch*, punto 92.

³⁸ *Ibidem*, punto 94.

³⁹ *Ex multis*, sentenza della Corte del 22 gennaio 2020, causa C-175/18 P, *PTC Therapeutics International c. EMA*, punto 111, o in sentenza della Corte del 7 giugno 2007, causa C-335/05, *Řízení Letové Provozu*, punto 16.

le norme della direttiva 2005/35⁴⁰ alla luce della convenzione Marpol 73/78, posto che la prima è volta ad incorporare alcune norme della seconda⁴¹. Similmente, in *Tridon*⁴², la Corte interpreta due regolamenti alla luce della CITES⁴³, in ragione del fatto che i regolamenti contengono espresso riferimento al rispetto degli obiettivi, principi e disposizioni della stessa. Inoltre, nella già citata sentenza *Sea Watch*, la Corte sostiene che: “[...] in sede di interpretazione della direttiva 2009/16 occorre tener conto della convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare, di cui tutti gli Stati membri sono parti. Infatti, tale direttiva esprime la scelta, effettuata dal legislatore dell’Unione, di migliorare l’osservanza delle disposizioni di tale convenzione all’interno dell’Unione, benché quest’ultima non ne sia parte”⁴⁴. Pertanto, alla luce di tali elementi di prassi, l’assenza di condizioni parrebbe essere rimessa in discussione.

Questi elementi potrebbero comunque essere letti in coerenza con quanto detto poc’anzi con riguardo a *Commissione c. Germania* ed alla giurisprudenza che la segue. Infatti, il requisito della presenza di un legame particolare tra la norma interna e quella esterna che funge da parametro potrebbe giustificarsi in vista dell’assenza di obblighi posti direttamente in capo all’UE nel caso degli accordi conclusi da tutti gli Stati membri⁴⁵, da cui discende la conseguente assenza di quel rapporto gerarchico che, invece, informa l’interpretazione conforme ove si tratti di accordi di cui l’Unione è parte. Tuttavia, accogliere questa spiegazione significa sostenere che i principi di leale cooperazione e di buona fede, che costituiscono la *ratio* dell’interpretazione conforme in questo contesto, non siano da soli sufficienti a permettere al giudice di utilizzare gli accordi che vincolano tutti gli Stati membri come parametro. In questo senso,

⁴⁰ Direttiva 2005/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa all’inquinamento provocato dalle navi e all’introduzione di sanzioni per violazioni.

⁴¹ Sentenza *Intertanko*, cit., punti 50-52.

⁴² Sentenza della Corte del 23 ottobre 2001, causa C-510/99, *Tridon*, punto 25.

⁴³ Si tratta della convenzione sul commercio internazionale delle specie di flora e di fauna selvatiche minacciate di estinzione, a cui l’Unione ha aderito nel 2015, con decisione (UE) 2015/451 del Consiglio, del 6 marzo 2015, relativa all’adesione dell’Unione europea alla convenzione sul commercio internazionale delle specie di flora e di fauna selvatiche minacciate di estinzione (CITES).

⁴⁴ Sentenza *Sea Watch*, cit., punto 91.

⁴⁵ Posto che non si sia verificato il fenomeno della successione dell’UE nei vincoli degli Stati membri, per avvenuta acquisizione delle competenze in materia, come avvenuto del caso del GATT; cfr. sentenza della Corte del 12 dicembre 1972, cause riunite 21 a 24-72, *International Fruit Company NV e a.*, punti 17-18.

l'interpretazione conforme non sarebbe dunque ammessa, a meno che le norme interne non siano volte ad implementare tali accordi, o vi facciano espresso riferimento. A ben guardare, una simile lettura metterebbe in secondo piano la rilevanza del riferimento ai due principi, ed in particolar modo a quello della leale cooperazione. Infatti, il ruolo svolto da tale principio dovrebbe essere inteso nel senso che l'interpretazione conforme costituisce un mezzo per cui l'applicazione del diritto UE non sia tale da compromettere la possibilità degli Stati membri di rispettare i propri vincoli internazionali, conciliando i differenti obblighi (quelli di diritto UE e quelli di diritto internazionale)⁴⁶. Legare l'obbligo di interpretazione conforme alla condizione che la norma interna implementi o faccia rinvio alla norma-parametro equivarrebbe a dire che, nei casi in cui tali condizioni non si verificano, il diritto UE sia insensibile all'esigenza di evitare il conflitto tra obblighi di diritto UE e obblighi internazionali di (tutti) gli Stati membri. Ciò, evidentemente, a discapito del principio di leale cooperazione. Se così fosse, ossia se il fondamento dell'interpretazione conforme in questo contesto risiedesse nel riferimento esplicito alla norma di diritto internazionale contenuto nella norma interna, non si spiegherebbe perché tale interpretazione debba riguardare solo i casi in cui tutti gli Stati membri siano parti dell'accordo in questione⁴⁷, ben potendo la norma interna fare rinvio ad un accordo concluso solo da alcuni degli Stati membri, o da nessuno (sempre nei limiti del principio di attribuzione).

Detto questo, non è inverosimile pensare che, più semplicemente, questi casi rappresentino degli esempi di una prassi non del tutto omogenea⁴⁸. In

⁴⁶ Si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, del 20 novembre 2007, causa C-308/06, *Intertanko*, punto 78. Così F. CASOLARI, *Giving indirect effect to international law within the EU legal order*, cit., pp. 411-412.

⁴⁷ Il fatto che tutti gli Stati membri siano parti dell'accordo è strettamente connesso al principio di leale cooperazione, mentre nel caso in cui l'accordo abbia per parti solo alcuni degli Stati membri, non si potrebbe obbligare gli altri ad una interpretazione conforme a questo accordo.

⁴⁸ In *Defrenne* (sentenza della Corte dell'8 aprile 1976, causa 43/75, punto 20), la Corte fa riferimento alla Convenzione ILO n. 100, la quale vincola tutti gli Stati membri, per interpretare una norma interna che non è stata adottata al fine di attuare nel diritto UE la normativa internazionale. Questo potrebbe essere letto come un esempio in cui l'interpretazione conforme non presenta particolari condizioni al suo utilizzo, in opposizione ai casi sopra citati. Cfr. F. CASOLARI, *Giving indirect effect to international law within the EU legal order*, cit., p. 412. D'altro canto, in *Defrenne* la Corte non parla di un obbligo di interpretazione conforme e il riferimento alla normativa internazionale è solo di ausilio all'esegesi della norma interna. L'esempio rimane quindi permeato da una certa

effetti, a prescindere dalle particolarità che contraddistinguono il caso degli accordi di tutti gli Stati membri, a risultare disomogenea è anche la prassi che riguarda l'interpretazione in conformità agli accordi di cui l'Unione è parte. Infatti, accanto alla giurisprudenza in merito sopra citata in cui non compaiono particolari condizioni⁴⁹, vi sono anche casi in cui tali condizioni sembrano rinvenirsi, come si vedrà di seguito.

2.2. Segue. *Le condizioni nei casi riguardanti gli accordi conclusi dall'UE*

Nella sentenza *Hubei*⁵⁰, la Corte conferma l'interpretazione data dal Tribunale ad alcune disposizioni del regolamento di base⁵¹, in conformità alle disposizioni dell'accordo antidumping⁵², dopo aver riscontrato la presenza di un duplice legame particolare che intercorre tra le norme oggetto di interpretazione e le norme-parametro. Da un lato, il regolamento di base "[...] ha segnatamente lo scopo di recepire nella legislazione dell'Unione, nella misura massima possibile, i termini di tale accordo"⁵³. Dall'altro, le disposizioni interpretate sono "sostanzialmente identiche" a quelle che fungono da parametro⁵⁴. La Corte non ne fa menzione, ma un precedente di questa pronuncia si può trovare in *Petrotub*⁵⁵, in cui lo stesso ragionamento veniva applicato con riguardo ad una versione precedente del regolamento di base⁵⁶.

ambivalenza. Detto questo, come nota Casolari, in *Intertanko* (*supra*, nota 40) la Corte formula l'obbligo di interpretazione conforme agli accordi di tutti gli Stati membri in termini generali, senza condizionarlo alla presenza di quel legame speciale tra le norme che nel caso di specie era presente; in F. CASOLARI, *Giving indirect effect to international law within the EU legal order*, cit., p. 413.

⁴⁹ *Supra*, nota 38.

⁵⁰ Sentenza *Hubei*, cit., punto 34.

⁵¹ Regolamento (UE) 2016/1036 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2016, relativo alla difesa contro le importazioni oggetto di dumping da parte di Paesi non membri dell'Unione europea.

⁵² Accordo relativo all'applicazione dell'articolo VI dell'accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio 1994 (OMC-GATT 1994).

⁵³ Sentenza *Hubei*, cit., punto 30.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Sentenza della Corte del 9 gennaio 2003, causa C-76/00 P, *Petrotub e Repubblica c. Consiglio*, punti 55-57.

⁵⁶ Regolamento (CE) del Consiglio n. 384, del 22 dicembre 1995, relativo alla difesa contro le importazioni oggetto di dumping da parte di Paesi non membri della Comunità europea.

Anche se la Corte non è esplicita in questo senso, queste due circostanze potrebbero essere intese come requisiti ai quali l'interpretazione conforme sia condizionata. In questo senso, il Tribunale si mostra talvolta piuttosto netto nel legare l'utilizzo dell'interpretazione conforme ai potenziali requisiti appena visti, sempre nel contesto dell'interpretazione del regolamento di base⁵⁷ in conformità all'accordo antidumping. In *Interpipe*, per esempio, il Tribunale dapprima richiama queste due stesse circostanze⁵⁸, per poi affermare che “[...] le disposizioni del regolamento di base, *nella misura in cui corrispondono* a disposizioni dell'accordo antidumping OMC, devono essere interpretate, per quanto possibile, alla luce delle disposizioni corrispondenti di tale accordo”⁵⁹. Nella meno recente *RFA International*, il Tribunale arriva ad astenersi dal compiere l'esercizio dell'interpretazione conforme richiesto dalla ricorrente⁶⁰, poiché “[...] l'accordo antidumping non contiene disposizioni equivalenti a quelle di cui all'articolo 11, paragrafo 9, del regolamento di base, cosicché la regola che quest'ultima disposizione contiene non può essere considerata una trasposizione di una delle regole dettagliate di detto accordo, da interpretare in conformità del medesimo”⁶¹. A sostegno, il Tribunale richiama le conclusioni dell'AG Cruz Villalón nella causa *Valimar*⁶², il quale, in una nota a piè di pagina, parla esplicitamente dell'equivalenza tra la norma oggetto di interpretazione e la norma-parametro come di un “requisito” ai fini dell'interpretazione conforme⁶³.

⁵⁷ Nella versione attuale, sopra citata (*supra*, nota 50), o in quella precedente: regolamento (CE) n. 1225/2009 del Consiglio, del 30 novembre 2009, relativo alla difesa contro le importazioni oggetto di dumping da parte di Paesi non membri della Comunità europea.

⁵⁸ Sentenza del Tribunale del 14 luglio 2021, causa T-716/19, *Interpipe Niko Tube e a. c. Commissione*, punti 96-97.

⁵⁹ *Ibidem*, punto 98, corsivo aggiunto. La stessa espressione viene utilizzata dal Tribunale anche nelle gemelle *Grünig* e *EOC Belgium*, cit., punto 163. In queste sentenze, dopo aver effettivamente riscontrato la corrispondenza delle norme in questione (*ivi*, punti 164-165), afferma che “[d]i conseguenza, l'interpretazione dell'articolo 9, paragrafo 5, primo comma, del regolamento di base deve essere effettuata, per quanto possibile, conformemente all'articolo 9.2, prima frase, dell'accordo antidumping” (*ivi*, punto 166).

⁶⁰ Sentenza della Corte del 4 maggio 2017, causa C-239/15 P, *RFA International c. Commissione*, punto 140.

⁶¹ *Ibidem*, punto 137.

⁶² Conclusioni dell'Avvocato generale Villalón, del 27 febbraio 2014, causa C-374/12, *Valimar*.

⁶³ *Ibidem*, punto 74, nota 66.

Questi casi, difformi rispetto alla giurisprudenza in cui l'interpretazione conforme viene operata senza riferimento a condizioni o legami particolari tra le norme in esame, potrebbero spiegarsi alla luce di quanto già osservato con riguardo alla dimensione interna. Infatti, è possibile sostenere che la presenza di circostanze quali l'attuazione delle norme-parametro da parte delle norme interne, o l'equivalenza tra queste norme, non rappresentino delle condizioni, ma un motivo per cui l'interpretazione conforme si renderebbe ancor più opportuna. In quest'ottica si può leggere la sentenza *Bettati*, laddove la Corte afferma che l'interpretazione delle norme interne in conformità al diritto internazionale deve compiersi “[...] *in particolare* quando tali testi siano diretti, precisamente, ad eseguire un accordo internazionale concluso dalla Comunità”⁶⁴.

Una simile lettura sembra condivisibile⁶⁵. Tuttavia, il parallelismo tra le due dimensioni, interna ed esterna, non può darsi per scontato. Come si è visto, la Corte non basa l'interpretazione conforme nella dimensione esterna sull'analogia con la dimensione interna, ma sulla gerarchia tra le fonti del diritto UE. Vero è che, come si è già osservato, quest'ultima non rende di per sé necessaria la presenza di condizioni per poter procedere all'interpretazione conforme⁶⁶. D'altra parte, si tratta pur sempre di norme provenienti dal diritto internazionale, per quanto recepite *ex art. 216, par. 2, TFUE*. Come noto, il rango che tale articolo attribuisce alle norme recepite non ha impedito alla Corte di limitare l'invocabilità di tali norme al fine di valutare la compatibilità con esse delle norme di diritto derivato⁶⁷. Infatti, utilizzando le parole della Corte, “[...] gli effetti, nella Comunità, delle disposizioni di un accordo da questa concluso con un paese terzo non possono essere determinati prescindendo dall'*origine internazionale* delle disposizioni di cui trattasi”⁶⁸. A fronte

⁶⁴ Sentenza della Corte del 14 luglio 1998, causa C-341/95, *Bettati c. Safety Hi-Tech*, punto 20, corsivo aggiunto. Così anche in sentenza della Corte del 15 marzo 2012, causa C-135/10, *SCF*, punto 51, ed in sentenza della Corte del 7 dicembre 2006, causa C-306/05, *SGAE*, punto 35. Secondo l'AG Mazák, lo stesso varrebbe anche con riferimento all'interpretazione in conformità agli accordi di tutti gli Stati membri; in conclusioni dell'Avvocato generale Ján Mazák, del 25 giugno 2009, causa C-301/08, *Bogiatzi*, punto 48.

⁶⁵ Così anche R. SCHÜTZE, *Direct Effects*, cit., p. 296.

⁶⁶ *Supra*, nota 34.

⁶⁷ Cfr. K. LENAERTS, *Direct Applicability and Direct Effect of International Law*, cit., pp. 56-57.

⁶⁸ Sentenza della Corte del 26 ottobre 1982, causa 104/81, *Hauptzollamt Mainz v Kupferberg & Cie*, punto 17 (corsivo aggiunto).

di una prassi non del tutto omogenea, quindi, per rispondere al quesito circa l'esistenza di condizioni (o l'opportunità di stabilirne) ai fini dell'interpretazione conforme nella dimensione esterna, si rende necessario indagare se sussistano motivi tali da richiedere simili condizioni, i quali siano legati all'origine internazionale delle norme in questione. Ecco perché è ora opportuno collocare la questione oggetto di indagine nel più generale contesto degli effetti del diritto internazionale all'interno dell'ordinamento UE.

3. *L'interpretazione conforme nel contesto degli effetti delle norme di diritto internazionale all'interno dell'ordinamento UE*

In apertura si è detto che l'interpretazione conforme può rappresentare una via per attribuire taluni effetti alla norma di diritto internazionale all'interno dell'ordinamento, anche qualora quest'ultima sia priva di efficacia diretta. In dottrina si è parlato, in proposito, di “effetti indiretti” della norma interpretata⁶⁹, esplicitati tramite l'operare dell'interprete⁷⁰.

Occorre tuttavia riconoscere che l'interpretazione conforme non è l'unico caso in cui una norma internazionale può trovare efficacia indiretta nell'ordinamento sovranazionale. In base ad una consolidata giurisprudenza, la Corte ha stabilito l'esistenza di due circostanze nelle quali, pur in assenza di efficacia diretta, tale norma può essere invocata dal ricorrente davanti al giudice dell'Unione, ai fini del sindacato di legittimità della norma interna considerata in contrasto con essa. Si tratta delle due “situazioni eccezionali”⁷¹ che prendono il nome dai rispettivi casi in cui sono state individuate: *Nakajima* e *Fediol*⁷². Nello specifico, ciò si verifica nel caso in cui l'UE “[...] abbia inteso dare esecuzione ad un obbligo particolare assunto nell'ambito dell'OMC,

⁶⁹ *Inter alia*, F. CASOLARI, *Giving indirect effect to international law within the EU legal order*, cit.

⁷⁰ Cfr. E. CANNIZZARO, *op. cit.*, p. 13.

⁷¹ Sentenza della Corte del 16 luglio 2015, causa C-21/14, *Commissione c. Rusal Armenal*, punto 40.

⁷² Sentenza della Corte del 7 maggio 1991, causa C-69/89, *Nakajima c. Consiglio*, punti 29-32, e del 22 giugno 1989, causa C-70/87, *Fediol c. Commissione*, punti 19-22. In dottrina, si veda P. EECKHOUT, *op. cit.*, pp. 41-48; F. SNYDER, *op. cit.*, pp. 342-347; P. J. KUIJPERS, M. BONCKERS, *op. cit.*, pp. 1323-1328.

ovvero nel caso in cui l'atto comunitario rinvii espressamente a precise disposizioni degli accordi OMC⁷³.

Queste due situazioni rappresentano, a tutti gli effetti, delle condizioni in presenza delle quali la norma acquisisce un'efficacia all'interno dell'ordinamento UE altrimenti assente. Per capire la *ratio* sottostante, giova ricordare che l'invocabilità delle norme OMC viene esclusa, in ragione della natura e dell'economia degli accordi in questione⁷⁴, al fine di tutelare le prerogative del legislatore. Secondo la CGUE, infatti, “[...] ammettere che il compito di assicurare la conformità del diritto dell’Unione alle norme dell’OMC incomba direttamente al giudice dell’Unione equivarrebbe a privare gli organi legislativi o esecutivi dell’Unione del margine di manovra di cui dispongono gli organi analoghi delle controparti commerciali dell’Unione”⁷⁵. In *Nakajima* e *Fediol*,

⁷³ Sentenza *Portogallo c. Consiglio*, cit., punto 49. Questa è la formula standard utilizzata dalla CGUE e fa riferimento, rispettivamente, a *Nakajima* e *Fediol* (*supra*, nota precedente). Nonostante tale dottrina sia nata e abbia trovato applicazione nello specifico contesto delle norme OMC, non si può escludere la sua rilevanza anche al di fuori di quel contesto. Questo si può osservare, per esempio, con riferimento alla convenzione di Aarhus. A tal riguardo, infatti, il Tribunale aveva stabilito l'invocabilità delle norme della convenzione, nonostante queste non dispiegassero effetti diretti, proprio in virtù di *Nakajima* e *Fediol*; in sentenza del Tribunale del 14 giugno 2012, causa T-338/08, *Stichting Natuur en Milieu e Pesticide Action Network Europe c. Commissione*, punti 57-59, e sentenza del Tribunale del 14 giugno 2012, causa T-396/09, *Vereniging Milieudefensie e Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht c. Commissione*, punti 57-59. In senso opposto si era espresso, invece, l'AG Jääskinen, secondo il quale la dottrina in questione atterrebbe esclusivamente al contesto OMC e non sarebbe applicabile a norme di altri accordi internazionali; conclusioni dell'Avvocato generale Jääskinen, dell'8 maggio 2014, causa C-401/12 P, *Consiglio e a. c. Vereniging Milieudefensie*, punti 52-56. La Corte di giustizia, da parte sua, ha proceduto all'applicazione della dottrina. Tuttavia, a seguito di una comparazione tra la fattispecie in esame e quelle di cui ai casi *Nakajima* e *Fediol*, la Corte ha riscontrato che nel caso di specie non fossero soddisfatte le relative condizioni; in sentenza della Corte del 13 gennaio 2015, causa C-401/12 P, *Consiglio e a. c. Vereniging Milieudefensie*, punti 58-60, e sentenza della Corte del 13 gennaio 2015, causa C-404/12 P, *Consiglio e Commissione c. Stichting Natuur en Milieu e Pesticide Action Network Europe*, punti 50-52. Inoltre, La Corte fa riferimento a *Nakajima* anche in *Racke*, con riferimento all'invocabilità di norme di diritto consuetudinario, in sentenza della Corte del 16 giugno 1998, causa C-162/96, *Racke c. Hauptzollamt Mainz*, punto 48.

⁷⁴ *Ibidem*, punto 47. La valutazione della natura dell'accordo ai fini dell'invocabilità delle sue norme non riguarda solo il contesto OMC, ma tutti gli accordi dell'UE. Sul punto, si veda K. LENAERTS, *Direct Applicability and Direct Effect of International Law*, cit., pp. 56-57.

⁷⁵ Sentenza *Rusal Armenal*, cit., punto 39.

invece, l'invocabilità delle norme OMC discende proprio “[...] dall'intenzione del legislatore dell'Unione di limitare esso stesso il proprio margine di manovra nell'applicazione delle norme dell'OMC”⁷⁶. A queste condizioni, quindi, si può derogare alla regola generale della non invocabilità di tali norme.

Tenuto conto di quanto precede, ci si può domandare se l'esigenza di tutelare le prerogative del legislatore sovranazionale determini la necessità di stabilire simili condizioni anche ai fini dell'interpretazione conforme.

Nelle proprie conclusioni rese nel caso *Changmao*⁷⁷, l'AG Ćapeta sembra propendere per una risposta affermativa al quesito. Infatti, l'Avvocato generale argomenta che, per le stesse ragioni per le quali la Corte ha compresso il proprio potere di controllo giurisdizionale in materia (limitando l'invocabilità delle norme internazionali), essa dovrebbe astenersi anche dal ricorso all'interpretazione conforme a favore di queste ultime. In questo modo, si scongiurerebbe il rischio di limitare la discrezionalità del legislatore UE, nel caso in cui l'intenzione di quest'ultimo non trasparisse esplicitamente dalla norma interna in questione⁷⁸. In sostanza, secondo questo punto di vista, il giudice dell'Unione non potrebbe presumere la scelta del legislatore di conformarsi agli obblighi internazionali dell'UE neppure ai fini dell'interpretazione della norma interna, detta presunzione costituendo un'indebita ingerenza del giudice nella sfera decisionale politica. Accogliendo un simile argomento, si dovrebbe pertanto concludere nel senso che l'interpretazione conforme sarebbe effettivamente sottoposta a determinate condizioni, o che dovrebbe auspicabilmente esserlo, alla stregua delle altre forme di efficacia indiretta.

Sul piano pratico, il discorso potrebbe trovare fondamento. Infatti, almeno a prima vista, l'interpretazione conforme può portare a risultati che sono sostanzialmente simili a quelli che si otterrebbero permettendo l'invocabilità della norma-parametro. Per esempio, nel caso in cui si annulli una norma interna per contrasto con un'altra norma interna di rango superiore, come interpretata in conformità ad una norma di diritto internazionale⁷⁹. Certo, in questo

⁷⁶ *Ibidem*, punto 40.

⁷⁷ *Supra*, nota 24.

⁷⁸ *Supra*, nota 23.

⁷⁹ Una simile ipotesi si potrebbe configurare, per esempio, nel caso di un regolamento di esecuzione che istituisce dazi antidumping nei confronti della parte ricorrente, impugnato per contrasto al regolamento di base, interpretato alla luce dell'accordo antidumping. Cfr. *supra*, nota 22.

caso la norma-parametro esterna è invocata per il tramite della norma-parametro interna, e l'effetto della prima è mediato dalla seconda⁸⁰. D'altronde, ciò non è dissimile da quanto avviene anche in *Nakajima* e *Fediol*. In tutti i casi, gli effetti in questione possono definirsi come indiretti, poiché mediati dall'operare di un'altra norma⁸¹. Dunque, la necessità di porre delle condizioni all'interpretazione conforme nella dimensione esterna potrebbe trovare giustificazione teorica, se contestualizzata nel più ampio quadro degli effetti delle norme di diritto internazionale all'interno dell'ordinamento. La *ratio* sarebbe la stessa su cui si basa la limitazione dell'efficacia diretta, ossia la salvaguardia del margine di manovra del legislatore quanto all'adempimento degli obblighi internazionali dell'UE, in vista della natura dell'accordo stesso.

3.1. Segue. *Le conseguenze delle condizioni per l'interpretazione conforme sul rapporto tra diritto UE e diritto internazionale*

Di fronte a quanto appena visto, è possibile svolgere alcune considerazioni rispetto alle conseguenze che deriverebbero dal sottoporre a condizioni la possibilità di interpretare una norma interna in conformità ad una norma esterna, dal punto di vista del rapporto tra ordinamento UE e diritto internazionale. Parlando in termini generali, è evidente che si assisterebbe ad una maggior chiusura del primo nei confronti del secondo⁸². Entrando più nello specifico, poi, è possibile notare che si avrebbero delle ripercussioni anche in relazione ai principi di diritto UE sottostanti a tale rapporto. Infatti, stabilire l'esistenza di condizioni per l'interpretazione conforme equivarrebbe a compiere un passo in direzione opposta a quella segnata dal principio del rispetto del diritto internazionale. In effetti, questo principio non solo rappresenta il

⁸⁰ In proposito, Cannizzaro parla di un "effetto normativo in senso proprio" dell'interpretazione conforme; in E. CANNIZZARO, *op. cit.*, p. 12.

⁸¹ Cfr. G. BETLEM, A. NOLLKAEMPER, *op. cit.*, p. 572. Vari autori categorizzano sia l'interpretazione conforme che *Nakajima* e *Fediol* come casi di efficacia indiretta. Così A. PETERS, *op. cit.*, pp. 71-75; P. EECKHOUT, *op. cit.*, pp. 40 e 41, e R. SCHÜTZE, *Direct Effects*, cit., pp. 296-298.

⁸² L'AG Saggio parlava di "compressione" del disposto dell'art. 228, par. 7, del Trattato CE già con riferimento all'impossibilità di invocare le norme contenute negli accordi conclusi dall'Unione se non alle condizioni di *Nakajima* e *Fediol*, in conclusioni dell'Avvocato generale Saggio, del 25 febbraio 1999, causa C-149/96, *Portogallo c. Consiglio*, punto 18. In quest'ottica, subordinare l'interpretazione conforme a tali (o simili) condizioni comporterebbe una compressione ulteriore.

fondamento dell'interpretazione conforme al diritto consuetudinario⁸³, ma ispira anche l'obbligo di interpretazione conforme nella dimensione esterna in generale⁸⁴. Pertanto, comprimere la possibilità di utilizzo dell'interpretazione conforme equivale a ridurre la portata del principio. Inoltre, si può osservare che quest'ultimo informa, più a monte, la stessa "scelta costituzionale"⁸⁵ di recepire il diritto internazionale pattizio di cui all'art. 216, par. 2, TFUE⁸⁶. Ebbene, se il ricorso all'interpretazione conforme è limitato alla presenza di determinate condizioni, allora significa che gli effetti indiretti dispiegati dalla norma esterna non dipendono dal suo recepimento *ex art. 216, par. 2, TFUE*, ma dal solo ricorrere delle condizioni stesse, a prescindere dal fatto che essa sia stata recepita nell'ordinamento. In definitiva, si tratta di capire se l'obbligo di interpretazione conforme derivi dal dettato dei Trattati, o dalla singola norma interna in causa. Nel secondo caso, la disposizione di cui all'art. 216, par. 2, TFUE risulterebbe sostanzialmente svuotata di significato, così come si è visto in precedenza in relazione al valore del principio di leale cooperazione nel contesto degli accordi conclusi da tutti gli Stati membri. Tutto ciò, quindi, ancora a discapito del principio del rispetto del diritto internazionale.

D'altro canto, proprio l'origine internazionale della norma-parametro riconduce la questione nella sfera di applicazione anche di un altro principio rilevante in questo contesto, quello dell'autonomia del diritto UE. Come noto, la Corte ha più volte ribadito che il diritto UE deve considerarsi come autonomo sia nei confronti degli ordinamenti interni degli Stati membri, sia nei

⁸³ *Supra*, nota 15.

⁸⁴ Così F. CASOLARI, *Giving indirect effect to international law within the EU legal order*, cit., pp. 405-407. Sulla stessa lunghezza d'onda Simon, il quale sostiene che "[i]l semble que, *mutatis mutandis*, ce soit également l'efficacité du droit international qui impose une interprétation conforme des actes des institutions par rapport aux engagements internationaux obligatoires pour l'Union", in D. SIMON, *op. cit.*, p. 284. La Corte stessa spiega che "[...] l'Unione è tenuta, conformemente a una giurisprudenza costante, a esercitare le sue competenze nel rispetto del diritto internazionale nel suo complesso, incluse non soltanto le norme e i principi del diritto internazionale generale e consuetudinario, ma anche le disposizioni delle convenzioni internazionali che la vincolano", in sentenza della Corte del 27 febbraio 2018, causa C-266/16, *Western Sahara Campaign UK*, punto 47.

⁸⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Čapeta, alla causa *Changmao Biochemical Engineering*, cit., punto 34.

⁸⁶ F. CASOLARI, *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione Europea*, cit., p. 283.

confronti del diritto internazionale⁸⁷. Con riguardo a questo secondo contesto, vi è una copiosa giurisprudenza in cui la Corte valuta la compatibilità dell'azione esterna di Unione e Stati membri sotto la lente dell'autonomia⁸⁸. In termini generali, l'autonomia del diritto UE *vis-à-vis* il diritto internazionale significa che spetta al primo determinare da sé gli effetti che il secondo produce all'interno dell'ordinamento sovranazionale⁸⁹. In questo modo, il principio di autonomia impedisce alle norme di diritto internazionale di incidere sul diritto UE dall'esterno. Così, per esempio, siffatto principio si oppone ad un arbitrato tra Stati membri che sia competente ad applicare alla controversia il diritto dell'Unione⁹⁰. Inoltre, come

⁸⁷ Sul tema vi è una ricca letteratura. Si veda, *inter alia*, R. BARENTS, *The Autonomy of Community Law*, L'Aia, 2004; B. DE WITTE, *European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 65, 2010, p. 141 ss.; S. VEZZANI, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 68 ss.; M. KLAMERT, *The autonomy of the EU (and of EU law): through the kaleidoscope*, in *European Law Review*, 2017, p. 815 ss.; J. ODERMATT, *The Principle of Autonomy: An Adolescent Disease of EU External Relations Law?*, in M. CREMONA (ed.), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Oxford-Portland, 2018, p. 291 ss.; N. N. SHUIBHNE, *What is the Autonomy of EU Law, and Why Does that Matter*, in *Nordic Journal of International Law*, 2019, p. 9 ss.; C. ECKES, *The autonomy of the EU legal order*, in *Europe and the World: A law review*, 2020, p. 1 ss.; K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZ-FONS, S. ADAM, *Exploring the Autonomy of the European Union Legal Order*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2021, p. 47 ss. In senso critico, si veda V. MORENO-LAX, K. S. ZIEGLER, *Autonomy of the EU legal order a general principle? On the risks of normative functionalism and selective constitutionalisation*, in K. S. ZIEGLER, V. MORENO-LAX (eds.), *Research Handbook on General Principles in EU Law*, Cheltenham, 2022, p. 227 ss.

⁸⁸ Tra i casi più celebri, si ricorda la sentenza della Corte del 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*; il parere della Corte del 18 dicembre 2014, 2/13; sentenza della Corte del 3 settembre 2008, causa C-402/05, *P - Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*. Ognuna di queste pronunce è stata ampiamente dibattuta e commentata da studiosi e addetti al settore. In questa sede, ci si limita a richiamare la dottrina citata *supra*, alla nota precedente, in cui si affronta il tema dell'autonomia in maniera più generale, ma sempre sulla scorta della giurisprudenza qui menzionata.

⁸⁹ M. CREMONA, *External Relations of the European Union: The Constitutional Framework for International Action*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law 3rd ed.*, Oxford, 2021, p. 431 ss., spec. p. 470.

⁹⁰ È il caso del tribunale arbitrale UNCLOS, in sentenza della Corte del 30 maggio 2006, causa C-459/03, *Commissione c. Irlanda*, e dell'arbitrato investitore-Stato in sentenza *Achmea*, cit. Sul tema del rapporto tra diritto UE e arbitrato internazionale, si veda M. DE BOECK, *EU Law and International Investment Arbitration. The Compatibility of ISDS in Bilateral Investment*

nota Mengozzi⁹¹, il principio di autonomia sottende la limitazione dell'efficacia diretta delle norme OMC, nella misura in cui sia volta a preservare il funzionamento del quadro istituzionale nel contesto dell'implementazione (o della mancanza di questa) degli obblighi internazionali dell'Unione. In questo senso, sottoporre a condizioni l'obbligo di interpretazione conforme nella dimensione esterna risulterebbe in linea con le esigenze di tutela dell'autonomia del diritto UE⁹².

Su questo sfondo, allora, definire la questione delle condizioni per l'interpretazione conforme significa stabilire quale sia il punto di equilibrio tra autonomia e rispetto del diritto internazionale, i quali spingono in due direzioni tra loro opposte. Ciò, tenendo a mente gli effetti che si ripercuotono a cascata sugli individui, i quali avrebbero interesse a valersi degli effetti del diritto internazionale davanti ai giudici dell'ordinamento dell'Unione.

Infine, si impone un'ultima considerazione, relativa agli effetti del diritto internazionale all'interno dell'ordinamento dell'Unione. In particolare, non si può ignorare che, seguendo una linea argomentativa nel senso favorevole alla presenza di condizioni, si finirebbe per non cogliere la differenza tra invocabilità (condizionata) di una norma ed il suo utilizzo come parametro ai fini interpretativi, arrivando a considerare come eguali tutti i possibili effetti indiretti di una norma internazionale. Una simile sovrapposizione sembra determinarsi in quei casi, esaminati nella Sezione precedente, in cui l'interpretazione conforme pare essere sottoposta a condizioni. A ben guardare, queste condizioni in parte coincidono proprio con quelle di *Nakajima* e *Fediol*⁹³,

Treaties (BITs) and the Energy Charter Treaty (ECT) with the Autonomy of EU Law, Leiden-Boston, 2022; K. VON PAPP, *EU Law and International Arbitration: Managing Distrust Through Dialogue*, Oxford-New York, 2021; L. PANTALEO, *The Participation of the EU in International Dispute Settlement*, The Hague, 2019; A. ROSAS, *The EU and international dispute settlement*, in *Europe and the World*, vol. 1, n. 1, 2017, p. 1 ss.

⁹¹ P. MENGOZZI, *Private International Law and the WTO Law*, in *Collected Courses of the Hague Academy*, vol. 292, 2001, p. 255 ss., spec. pp. 315-317.

⁹² Si tratta dell'autonomia intesa in senso "funzionale", la quale mira a tutelare il funzionamento delle Istituzioni. Sul tema, si veda K. LENAERTS, *Le cadre constitutionnel de l'Union et l'autonomie fonctionnelle de son ordre juridique*, in AA.VV., *Évolution des rapports entre les ordres juridiques de l'Union européenne, internationale et nationaux. Liber amicorum Jiří Malenovský*, Bruxelles, 2020, p. 285 ss.

⁹³ La circostanza dell'equivalenza sostanziale tra le norme non rientra nelle condizioni di *Nakajima* e *Fediol*. A riguardo, l'AG Čapeta non esclude che possano esistere ulteriori

tanto che, in dottrina, alcune voci hanno sostenuto che *Nakajima* altro non sarebbe che una forma di interpretazione conforme⁹⁴. Vi è un dato, però, che non può essere taciuto e che risulta dirimente per risolvere questa situazione apparentemente ingarbugliata. Esso riguarda i limiti entro i quali può spingersi il giudice quando ricorre all'interpretazione conforme. Limiti, la cui esistenza segna una differenza significativa tra l'interpretazione conforme e le altre forme di efficacia indiretta delle norme internazionali. Infatti, queste seconde permettono alla norma internazionale di esplicitare in maniera piena i propri effetti all'interno dell'ordinamento, una volta verificato il rispetto delle condizioni di *Nakajima* e *Fediol*. Diversamente, l'interpretazione conforme può essere operata solo "per quanto possibile"⁹⁵. Si tratta di capire, allora, a cosa corrisponda questo limite e se questo sia tale da giustificare o meno la necessità di sottoporre alle stesse condizioni di *Nakajima* e *Fediol* anche l'interpretazione conforme. Di ciò ci si occupa nella Sezione successiva.

4. *Il limite del contra legem*

Nelle sue pronunce sull'interpretazione conforme nella dimensione esterna, la Corte afferma ripetutamente che il giudice dell'UE deve operare l'interpretazione conforme nel limite di quanto possibile⁹⁶. Tuttavia, l'entità concreta di tale limite non risulta ulteriormente chiarita. Ciò segna una differenza rispetto alla dimensione interna, in cui la questione dei limiti dell'interpretazione conforme è stata invece precisata dalla giurisprudenza.

In una fase più risalente nel tempo, nella dimensione interna la Corte utilizzava la stessa formula che compare nelle pronunce attinenti alla dimensione

circostanze (cioè condizioni) tali da permettere l'invocabilità della norma di diritto internazionale; v. conclusioni dell'Avvocato generale Čapeta, alla causa *Changmao Biochemical Engineering*, cit., punto 98.

⁹⁴ Così A. PETERS, *op. cit.*, p. 75; P. J. KUIJPERS, M. BONCKERS, *op. cit.*, pp. 1327-1328. Nel senso di una distinzione tra le fattispecie, si veda P. EECKHOUT, *op. cit.*, p. 41.

⁹⁵ Sentenza *Commissione c. Germania*, cit. punto 52. Le versioni francese e inglese recitano, rispettivamente, "dans la mesure du possible" e "so far as is possible", riflettendo meglio il senso di limite posto all'azione del giudice.

⁹⁶ Per un esempio recente, si veda sentenza *Sea Watch*, cit., punto 92.

esterna: “per quanto possibile” (o formule equivalenti)⁹⁷. Tuttavia, la giurisprudenza nel tempo ha stabilito con più esattezza la portata di questa espressione, individuando due limiti espliciti all'interpretazione conforme. Nello specifico, un primo limite consiste nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, in particolare quelli della certezza del diritto e dell'irretroattività⁹⁸. L'altro limite, invece, è quello del *contra legem*⁹⁹. Quest'ultimo, in particolare, è quello che maggiormente rileva ai fini del discorso su condizioni e limiti nella dimensione esterna. Dalla giurisprudenza si può desumere che esso verte su due aspetti, tra loro collegati ed interdipendenti. Da un lato, l'obbligo di interpretazione conforme cessa nel momento in cui la norma interna oggetto di interpretazione non è di per sé suscettibile di ricevere un'interpretazione che la renda compatibile con la norma-parametro¹⁰⁰. Dall'altro lato, i giudici nazionali devono fare tutto il possibile, ai fini dell'interpretazione conforme, ma restando sempre “[...] nei limiti della loro competenza”¹⁰¹. In definitiva, il limite del *contra legem* comporta che il giudice-interprete non vada oltre a quanto in suo potere e che, al contempo, esso non possa essere obbligato ad attribuire alla norma oggetto di interpretazione un significato che sia in contrasto con il suo tenore letterale, considerato alla luce del suo contesto. Come sostiene Daniele, nella dimensione interna tale limite segna la distinzione tra l'interpretazione conforme e l'efficacia diretta ed il primato del diritto UE¹⁰².

⁹⁷ Per esempio, in sentenza della Corte del 16 dicembre 1993, causa C-334/92, *Wagner Miret c. Fondo de garantía salarial*, punto 20. Cfr. L. DANIELE, *op. cit.*, p. 710.

⁹⁸ Sentenza della Corte dell'8 ottobre 1987, causa C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, punto 13. Cfr. L. DANIELE, *op. cit.*, pp. 711-712.

⁹⁹ L'espressione compare in sentenza della Corte del 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, punto 47.

¹⁰⁰ Si veda sentenza *Popławski*, cit., punto 76, e sentenza della Corte dell'8 novembre 2016, causa C-554/14, *Ognyanov*, punto 66.

¹⁰¹ Si veda sentenza della Corte del 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*, punto 101, e sentenza *Pfeiffer e a.*, cit., punto 118. Il riferimento all'ambito di competenza del giudice nazionale compariva già nella sentenza *Von Colson*, cit., punto 26, e nella sentenza *Marleasing*, cit., punto 8.

¹⁰² L. DANIELE, *op. cit.*, p. 711. Usando le espressioni elaborate da Prechal, il limite del *contra legem* distingue l'obbligo di interpretare (“obligation to interpret”) dagli obblighi di applicare e di disapplicare (“obligation to apply” e “obligation to disapply”), corrispondenti rispettivamente ad efficacia diretta e primato del diritto UE negli ordinamenti nazionali; S. PRECHAL, *Direct Effect, Indirect Effect*, cit., pp. 37-38.

Infatti, per citare Schütze, l'interpretazione conforme comporta una “*milder incursion*” nei confronti dei poteri legislativi degli Stati membri rispetto agli effetti diretti¹⁰³.

Alla luce di ciò, si può sostenere che, se si concludesse che il limite del *contra legem* valga anche nella dimensione esterna, allora l'esigenza di tutelare lo spazio di manovra del legislatore dell'Unione non si presenterebbe o, comunque, risulterebbe del tutto ridimensionata. Tale limite, infatti, confina l'azione dal giudice entro i limiti delle proprie competenze. In concreto, è in virtù del limite in questione che l'interpretazione conforme non può condurre alla disapplicazione (o l'annullamento) della norma a cui non sia possibile attribuire un significato compatibile con la norma-parametro. Ancora, è tale limite che preclude l'emendamento della norma per via interpretativa. Pertanto, se trasferito nella dimensione esterna, il limite del *contra legem* farebbe venir meno la necessità di sottoporre a condizioni l'interpretazione conforme.

Come premesso, nella dimensione esterna la Corte non ha esplicitato la presenza dei due limiti operanti nella dimensione interna. Per quanto riguarda il limite dei principi generali, ciò si può spiegare col fatto che questo rileva, in particolare, nella giurisprudenza riguardante cause in materia di diritto penale¹⁰⁴. Se, quindi, si tratta di un tema particolarmente sentito nella dimensione interna, in quella esterna potrebbe essere avvertito dalla Corte come meno delicato. Qui, infatti, i due principi generali a cui la Corte fa costante riferimento troverebbero un'importanza più marginale, sostanzialmente circoscritta al contesto di accordi internazionali aventi profili penalistici.

Per quanto riguarda il limite del *contra legem*, si può osservare che, nonostante la Corte non lo menzioni, esso compare esplicitamente in alcune pronunce del Tribunale. Recentemente, nelle sentenze gemelle *Grünig* e *EOC Belgium*¹⁰⁵, il Tribunale ha proceduto nel tentativo di interpretare una disposizione del regolamento di base in conformità all'accordo antidumping, dopo aver precisato che questa operazione non sarebbe possibile con riguardo ad

¹⁰³ R. SCHÜTZE, *Direct Effects*, cit., p. 292. Cfr. S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, Oxford, 2005, p. 180. Nelle conclusioni al caso *Mangold*, l'AG Tizzano aveva definito l'efficacia diretta come strumento “più invasivo” rispetto all'interpretazione conforme, conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano, alla causa *Mangold*, cit., punto 117.

¹⁰⁴ Come anche nel caso citato *supra*, nota 99.

¹⁰⁵ Sentenza del Tribunale del 21 dicembre 2022, causa T-746/20, *Grünig c. Commissione*, e sentenza del Tribunale del 21 dicembre 2022, causa T-746/20, *EOC Belgium c. Commissione*.

una disposizione il cui senso sia chiaro e privo di ambiguità, oppure con riguardo ad una disposizione ambigua di cui tutti i possibili significati siano comunque contrari alla norma-parametro. In questi casi, infatti, si tratterebbe di interpretazione *contra legem*¹⁰⁶. Un esempio pratico di ciò si può trovare in *Mellifera c. Commissione*¹⁰⁷, ove il Tribunale considera *contra legem* e, pertanto, non operabile, un'interpretazione tale da ampliare l'estensione di una disposizione di diritto derivato concernente una categoria di provvedimenti "di portata individuale", fino a ricomprendervi anche provvedimenti aventi portata generale. Come evidente, ciò avrebbe contraddetto il significato palese della norma. Di conseguenza, operare una simile interpretazione sarebbe equivalso ad un emendamento di quest'ultima. In altri casi, poi, anche senza utilizzare l'espressione "*contra legem*", il Tribunale chiarisce che l'interpretazione conforme non può portare alla disapplicazione della norma in oggetto¹⁰⁸.

Oltre al Tribunale, il riferimento al limite del *contra legem* talvolta emerge anche nelle conclusioni degli Avvocati generali¹⁰⁹. A questo riguardo, è interessante osservare che Tribunale e Avvocati generali fondano tale riferimento su basi differenti. Infatti, solitamente questi ultimi procedono per analogia con la dimensione interna¹¹⁰. Il Tribunale, invece, rimanda alla propria giurisprudenza sull'interpretazione conforme *intra-sistemica*¹¹¹. Tuttavia, quest'ultima si basa a sua volta sull'analogia con la giurisprudenza della Corte riguardante

¹⁰⁶ *Ibidem*, punti 167-168.

¹⁰⁷ Sentenza del Tribunale del 27 settembre 2018, causa T-12/17, *Mellifera c. Commissione*, punto 87.

¹⁰⁸ Sentenza del Tribunale del 21 novembre 2018, causa T-545/11 RENV, *Stichting Greenpeace Nederland e PAN Europe c. Commissione*, punto 45, e sentenza *Microsoft*, cit., punti 800-803. In questa seconda pronuncia, il Tribunale è chiaro nel sostenere che la disapplicazione può aversi solo alle condizioni di *Nakajima* e *Fediol*.

¹⁰⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi, del 15 febbraio 2007, causa C-335/05, *Řízení Letové Provozu*, punto 58; conclusioni dell'Avvocato generale Jääskinen, alla causa *Consiglio e a. c. Vereniging Milieudefensie*, cit., punto 13, e conclusioni dell'Avvocato generale Saugmandsgaard Øe, del 24 gennaio 2019, causa C-689/17, *Conti 11. Container Schiffahrt*, punto 85 (nota 38).

¹¹⁰ Per fare un esempio, nelle conclusioni al caso *Vereniging Milieudefensie* (*supra*, nota 73), l'AG Jääskinen fa riferimento alla sentenza della Corte del 24 gennaio 2012, causa C-282/10, *Dominguez*, punto 25.

¹¹¹ Ordinanza del Tribunale del 17 luglio 2015, causa T-685/14, *EEB c. Commissione*, punto 31.

l'interpretazione conforme nella dimensione interna¹¹². Curiosamente, nella propria giurisprudenza in materia di interpretazione conforme *intra*-sistemica, la Corte sembra piuttosto restia a fare riferimento al limite del *contra legem*, mentre, ancora una volta, gli Avvocati generali sembrano più inclini a farlo¹¹³. Laddove anche la Corte aderisce a tale impostazione, essa pure si riferisce alla propria giurisprudenza riguardante la dimensione interna¹¹⁴.

Su questo sfondo, immaginare un parallelismo sul punto tra le tre forme di interpretazione conforme appare ragionevole. In particolare, non si vedono ostacoli all'estensione del limite del *contra legem* alla dimensione esterna, per analogia con la dimensione interna. Invero, l'origine internazionale delle norme-parametro continuerebbe a contraddistinguere la dimensione esterna da quella interna. D'altro canto, estendere la portata dell'interpretazione conforme nella dimensione esterna oltre al limite del *contra legem*, in ragione dell'origine della norma-parametro, significherebbe attribuire un peso specifico particolarmente elevato al recepimento di tale norma *ex art.* 216, par. 2, TFUE, così come al principio del rispetto del diritto internazionale. Ciò, però, equivarrebbe a sostenere che, nella dimensione esterna, il recepimento della norma e il principio del rispetto del diritto internazionale possano arrivare dove, nella dimensione interna, non arriva il principio del primato del diritto UE sul diritto degli Stati membri. Ciò suona inverosimile.

Inoltre, e soprattutto, bisogna notare che, se il limite del *contra legem* dovesse ritenersi come non operante nella dimensione esterna, allora si avrebbe un allargamento del potere del giudice, a discapito di quello del legislatore. Pertanto, si renderebbe necessario porre delle condizioni all'interpretazione conforme, per i motivi illustrati nella Sezione precedente, con le conseguenze là esaminate. Al contrario, stabilire il limite del *contra legem* porterebbe a delineare più nettamente la differenza tra l'interpretazione conforme e le altre forme di efficacia indiretta delle norme di diritto internazionale. In quest'ottica, l'interpretazione conforme costituirebbe uno strumento intermedio tra l'invocabilità della norma e la sua totale assenza di effetti. La ricaduta sarebbe

¹¹² La pronuncia citata alla nota precedente fa riferimento a sentenza della Corte del 16 luglio 2009, C-12/08, *Mono Car Styling*, punto 61.

¹¹³ Per esempio, conclusioni dell'Avvocato generale Bobek, del 6 ottobre 2021, causa C-59/18, *Italia c. Consiglio*, punto 162.

¹¹⁴ Sentenza della Corte del 1° ottobre 2020, causa C-526/19, *Entoma*, punto 43, ove si fa riferimento a sentenza *Dominguez*, cit., punto 25 (cfr. *supra*, nota 111).

duplice. Da un lato, il giudice potrebbe ricorrere a tale strumento con più facilità al fine di evitare l'insorgenza di conflitti tra il diritto UE e gli obblighi internazionali dell'Unione¹¹⁵. Dall'altro, si salvaguarderebbe un mezzo a disposizione del ricorrente per ottenere un maggior livello di effettività delle norme internazionali all'interno dell'ordinamento dell'UE. In questo modo, si garantirebbe una maggiore tutela delle posizioni soggettive dei privati, laddove queste discendano dagli accordi conclusi dall'Unione. Su queste premesse, una concezione dell'interpretazione conforme intesa come non condizionata, ma vincolata al limite del *contra legem*, potrebbe rappresentare un buon punto di equilibrio tra le istanze dell'autonomia del diritto UE e del rispetto del diritto internazionale: si preserverebbe un certo grado di effettività di quest'ultimo all'interno dell'ordinamento dell'Unione, pur salvaguardando le prerogative del legislatore sovranazionale.

Da ultimo, bisogna notare che possono sussistere anche situazioni intermedie, in cui l'interpretazione si mantiene entro il limite del *contra legem*, ma incide in maniera più significativa nella sfera del legislatore. Un esempio può trovarsi nel caso *KaiKai*¹¹⁶. In quest'ultimo caso, il Tribunale prende in considerazione la disposizione di un accordo internazionale per interpretare un regolamento e, così facendo, colmarne una lacuna normativa¹¹⁷. In tale caso, quindi, l'interpretazione non porta ad un risultato in contrasto con la normativa esistente. Non si è di fronte alla disapplicazione di una norma interna, né al suo emendamento. Da questo punto di vista, il limite del *contra legem* sembrerebbe rispettato. A tal proposito, si potrebbe forse parlare di interpretazione *praeter legem*, o analogica¹¹⁸. Comunque sia, ai fini di questo lavoro,

¹¹⁵ Cfr. R. SCHÜTZE, *The Morphology of Legislative Power in the European Community: Legal Instruments and the Federal Division of Powers*, in *Yearbook of European Law*, vol. 25, n. 1, 2006, p. 91 ss., spec. p. 126 e R. BARATTA, *op. cit.*, p. 41.

¹¹⁶ Sentenza del Tribunale del 14 aprile 2021, causa T-579/19, *The KaiKai Company Jaeger Wichmann c. EUIPO*.

¹¹⁷ *Ibidem*, punti 63-66. Il caso è di interesse anche perché l'interpretazione viene operata alla luce della convenzione di Parigi per la protezione della proprietà industriale. L'UE non è parte di tale convenzione, ma il Tribunale individua due ragioni per cui ritiene necessario ricorrere all'interpretazione conforme. Da un lato, si tratta di un accordo di cui sono parti tutti gli Stati membri. Dall'altro, il rispetto di alcune disposizioni di questa convenzione (tra cui quella rilevante nel caso di specie) viene previsto dal TRIPS, di cui l'UE è parte.

¹¹⁸ Sulla possibilità che l'interpretazione conforme possa spingersi fino a questo punto, la CGUE non si è finora mai espressa. Nel contesto degli ordinamenti interni nazionali, una

bisogna notare che si tratta pur sempre di un'operazione consistente in una modifica della portata normativa del regolamento, il che comporta che il giudice si spinga piuttosto vicino alla sfera di competenza del legislatore. Agire in questo senso, infatti, sembra implicare una presunzione circa la volontà del legislatore di rispettare la norma di origine internazionale. Una simile presunzione, però, va nel senso opposto rispetto all'approccio della Corte richiamato nella Sezione precedente. Ci si chiede, quindi, se una tale forma di interpretazione non comporti la necessità di condizioni, al fine di riequilibrare il rapporto tra giudice e legislatore¹¹⁹, riconducendo pertanto il ragionamento sui profili analizzati nella precedente sezione.

questione almeno parzialmente simile (*mutatis mutandis*) si pone con riguardo all'interpretazione conforme a Costituzione ed ai suoi limiti (cfr. G. PARODI, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Profili di comparazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, p. 555 ss., spec. pp. 563-675). Nel contesto italiano, in particolare, vi è chi ritiene che “[...] l'opera di adeguamento di un testo [...] non può essere condotta sino al punto di leggervi quel che non c'è” (M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 434). Pertanto, secondo l'Autore, bisogna riconoscere un “ruolo primario” all'interpretazione letterale (*ivi*, p. 435). D'altra parte, vi è anche chi mostra un certo scetticismo sulla possibilità di fare affidamento sul dato testuale della norma interpretata, poiché “[...] quello che per uno è interpretazione conforme, per un altro è arbitrio. L'interpretazione è sempre, e per sempre, terreno di contrasto” (G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, II, Bologna, 2018, p. 378). Sul dibattito, si veda G. PARODI, *op. cit.*, pp. 575-578. Nel contesto specifico in esame, concernente il rapporto tra diritto UE e diritto internazionale, il discorso sui limiti del potere interpretativo si complica vista l'assenza di efficacia diretta della norma internazionale in questione (quella del TRIPS). Dal canto suo, la Corte di giustizia avrà modo di soffermarsi sul punto nella pronuncia sul ricorso avverso la sentenza del Tribunale (causa C-382/21 P). Infatti, tale ricorso ha superato il filtro di cui all'articolo 58 *bis*, par. 1, dello Statuto della CGUE e, tra le questioni giudicate importanti per l'unità, la coerenza o lo sviluppo del diritto dell'Unione ai fini dell'ammissione, vi rientra anche quella inerente ai limiti dell'interpretazione conforme; cfr. ordinanza del 10 dicembre 2022, causa C-382/21 P, *EUIPO c. The KaiKai Company Jaeger Wichmann*, punti 10 e 33.

¹¹⁹ In effetti, prima di procedere nel senso visto, il Tribunale sembra preoccuparsi dell'esistenza di un legame tra l'atto di diritto interno in esame, il regolamento (CE) n. 6/2002 del Consiglio, del 12 dicembre 2001, su disegni e modelli comunitari, e la Convenzione di Parigi. In particolare, tale legame viene rintracciato nei lavori preparatori dell'atto e nella menzione alla Convenzione. Tuttavia, si tratterebbe di un legame più debole rispetto a quanto osservato con riguardo alla prassi esaminata nella Sezione 3, la cui idoneità e sufficienza a sorreggere una simile operazione interpretativa non può darsi per scontata.

5. Conclusioni

L'interpretazione del diritto derivato UE in conformità al diritto internazionale rappresenta uno strumento per conferire efficacia indiretta alle norme di diritto internazionale all'interno dell'ordinamento UE, anche laddove queste siano sprovviste di efficacia diretta. Tuttavia, per cogliere appieno la portata di tale strumento, è necessario appurare se esistano condizioni da soddisfare per farvi ricorso e quali siano i limiti a cui il giudice-interprete debba attenersi.

Per quanto riguarda le condizioni, l'esame della giurisprudenza della CGUE restituisce un quadro non del tutto omogeneo. Da un lato, vi è una prassi in cui non compare alcun riferimento alla presenza di particolari requisiti al ricorso dell'interpretazione conforme. Dall'altro, è possibile riscontrare varie pronunce in cui l'utilizzo di tale strumento sembra subordinato all'esistenza di un particolare legame tra la norma oggetto di interpretazione e la norma-parametro. Per sciogliere il dubbio, ci si è chiesti se l'origine internazionale delle norme-parametro renda o meno necessario sottoporre a condizioni il ricorso a tale pratica. In effetti, esistono altre forme di efficacia indiretta delle norme di diritto internazionale riconosciute dalla CGUE, facenti capo ai casi *Nakajima* e *Fediol*, le quali subordinano l'invocabilità di tali norme al ricorrere di condizioni che, in parte, corrispondono a quelle riscontrate in relazione all'interpretazione conforme. La *ratio* delle condizioni di *Nakajima* e *Fediol*, si è visto, consiste nella salvaguardia della discrezionalità del legislatore *vis-à-vis* l'azione del giudice. Per analogia, una simile esigenza potrebbe quindi rendere teoricamente necessario sottoporre anche l'utilizzo dell'interpretazione conforme alle condizioni viste. Ciò, però, significherebbe eliminare la differenza tra invocabilità di una norma ed il suo utilizzo come parametro ai fini interpretativi.

Tale differenza, in particolare, sembra semmai passare attraverso l'individuazione di limiti entro i quali il giudice-interprete deve operare. Tuttavia, si è osservato come la Corte non abbia chiarito con precisione quale sia l'entità di detti limiti. Seguendo la prassi del Tribunale e le conclusioni di alcuni Avvocati generali, è possibile sostenere che il limite del *contra legem*, operante nella dimensione interna, valga anche in quella esterna (così come anche nel caso dell'interpretazione conforme *intra-sistemica*). Se così fosse, verrebbe meno l'esigenza di condizioni. Infatti, il limite del *contra legem* incide

sull'azione del giudice-interprete in maniera tale da differenziare l'interpretazione conforme dalle altre forme di efficacia indiretta delle norme di diritto internazionale, riducendo al minimo la compressione del margine di manovra del legislatore. D'altra parte, in mancanza di tale limite, la necessità di sottoporre a condizioni l'interpretazione conforme troverebbe un proprio fondamento teorico. In questo senso, il rapporto tra condizioni e limiti dell'interpretazione conforme nella dimensione esterna potrebbe essere spiegato ricorrendo all'immagine del pendolo che oscilla tra due estremi di una retta: ove valga il limite del *contra legem*, non si dovrebbe porre la necessità di stabilire particolari condizioni. Ove invece non valga tale limite, si renderebbero necessarie condizioni simili a quelle di *Nakajima* e *Fediol*.

Restando su questa metafora, si può concludere che la definizione del punto in cui posizionare il pendolo spetta alla Corte, la quale potrà cogliere l'occasione di fare chiarezza in merito nella pronuncia sul caso *Kaikai*.

GLI EFFETTI DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA
SULL'AZIONE AMMINISTRATIVA IN ITALIA:
OPPORTUNITÀ E LIMITI DEL POTERE
DI "DISAPPLICAZIONE" DELLA P.A.

Marco Buccarella*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I rapporti tra ordinamento interno e ordinamento UE. – 3. Il provvedimento antieuropeo. – 4. La disapplicazione da parte della P.A. della normativa interna incompatibile con il diritto dell'Unione. – 5. La disapplicazione *ex post* in sede di autotutela decisoria. – 6. Riflessioni conclusive.

1. *Introduzione*

La crescente permeabilità di ogni settore dell'ordinamento interno al diritto dell'Unione europea ha favorito, negli anni, lo sviluppo di molteplici dibattiti sul tema della c.d. disapplicazione, quale strumento di risoluzione delle antinomie, a carattere eccezionale, che permette "di non applicare ad una singola fattispecie o per particolari effetti un atto, che per altre fattispecie o ad altri effetti rimane pienamente valido ed efficace"¹. La violazione del diritto UE può realizzarsi non soltanto tramite l'adozione di atti statali generali e astratti, ma anche attraverso atti particolari e concreti, ovvero sia provvedimenti amministrativi che concretizzano la funzione pubblica esercitata. In tale prospettiva assume rilievo il regime di stabilità degli atti amministrativi incompatibili con la normativa dell'Unione.

È noto che il contrasto di un provvedimento amministrativo con la normativa UE può essere risolto mediante il ricorso, da parte del giudice nazionale, al meccanismo della disapplicazione della norma interna in conflitto².

* Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche, Università di Foggia – Università di Siena.

¹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991, p. 299.

² A. VANNUCCI, *Disapplicazione e diritto comunitario. La flessibilità come unica via per garantire coerenza all'ordinamento in una prospettiva sempre più integrata*, in *federalismi.it*, n. 17, 2011, pp. 1-31.

Non è invece pacifico che anche l'amministrazione possa ricorrere alla disapplicazione della norma interna nel corso di un procedimento amministrativo o, ancora, intervenire ai fini della rimozione *ex post* di un provvedimento c.d. antieuropeo (già adottato).

Nell'ambito del presente lavoro ci si interrogherà proprio sulla portata e sull'intensità del potere di accertamento spettante alle pubbliche amministrazioni, a fronte di un atto amministrativo incompatibile con una norma direttamente applicabile dell'Unione europea, avente contenuto chiaro preciso e incondizionato³. Dal momento che la patologia dell'atto antieuropeo dipende dalla concezione attraverso cui vengono inquadrati sistematicamente diritto interno e diritto UE, si procederà innanzitutto con alcuni brevi cenni sul rapporto tra i due ordinamenti (§ 2). Dopo tale analisi preliminare, ci soffermeremo sul regime di invalidità del provvedimento (§ 3) e sui rimedi cui l'amministrazione potrebbe – o dovrebbe – ricorrere in presenza di un'antinomia, a seconda che quest'ultima venga riscontrata prima (§ 4) o dopo (§ 5) l'adozione dell'atto. Un inquadramento del tema della disapplicazione, alla luce del contesto normativo e giurisprudenziale, consentirà di svolgere alcune considerazioni conclusive sulla sussistenza o meno, nell'ordinamento italiano, di strumenti utili a dirimere i conflitti dell'azione amministrativa con il diritto UE (§ 6).

2. *I rapporti tra ordinamento interno e ordinamento UE*

In tema di rapporto tra norme dell'Unione e legislazione interna ordinaria, la Corte costituzionale, all'esito di un lungo percorso giurisprudenziale che ha coinvolto anche la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), è approdata ad una tesi filo-comunitaria, affermata per la prima volta nella nota sentenza *Granital*⁴, e poi rifinita attraverso ulteriori pronunce⁵. In sintesi, se-

³ La definizione delle norme UE dotate di effetto diretto verticale, idonee a produrre direttamente effetti sui rapporti giuridici intercorrenti fra gli Stati membri ed i loro amministrati, si rinviene nella sentenza della Corte del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*.

⁴ Sentenza della Corte costituzionale del 5 giugno 1984, n. 170.

⁵ Sentenze della Corte costituzionale del 19 aprile 1985, n. 113 e dell'11 luglio 1989, n. 389.

condo la Consulta, le norme UE direttamente applicabili nell'ordinamento interno, benché teoricamente appartenenti ad un ordinamento giuridico distinto, prevalgono sulla legislazione ordinaria, anteriore o posteriore che sia, per effetto del c.d. principio del primato⁶. In questo senso, “tra le norme dei due ordinamenti non può porsi un conflitto perché la normativa comunitaria viene ad operare in settori o spazi lasciati liberi alla produzione normativa dell'autonomo ordinamento della Comunità e rispetto ai quali non opera o si ritrae la legge nazionale”⁷. Ne consegue che, nell'ipotesi di contrasto tra norme UE e diritto interno, qualsiasi giudice dovrà disapplicare il secondo, fermo restando il rispetto dei principi fondanti l'ordine costituzionale, i c.d. controlimiti⁸. Al contempo va escluso che il giudice debba attendere la formale rimozione, *rectius* abrogazione, di disposizioni legislative nazionali ostative alla diretta e immediata applicazione delle norme dell'Unione⁹. In tale prospettiva, il giudice nazionale, incaricato di vigilare anche sull'applicazione e sull'osservanza del diritto dell'Unione¹⁰, svolge un ruolo fondamentale nel garantire il rispetto della normativa UE all'interno dei singoli ordinamenti statali, in attuazione del principio di leale collaborazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE¹¹. Come efficacemente sintetizzato in dottrina, la disapplicazione rappresenta

⁶ La c.d. primazia del diritto dell'Unione costituisce uno degli assi portanti dell'ordinamento dell'Unione, come riconosciuto sin dalla nota pronuncia della Corte del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. ENEL*. Il riconoscimento della *primauté* del diritto UE sulla normativa interna postula, in termini di effetto diretto, l'obbligo di disapplicazione della norma interna contrastante con quella dell'Unione, ove quest'ultima risulti chiara, precisa e incondizionata.

⁷ G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, 2019, pp. 467 e 468.

⁸ Per un approfondimento sui controlimiti costituzionali, si veda D. PELLEGRINI, *I controlimiti al primato del diritto dell'Unione Europea nel dialogo tra le Corti*, Firenze, 2020.

⁹ Cfr. le seguenti sentenze della Corte del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmmenthal*, punto 24; del 4 giugno 1992, cause riunite C-13/91 e C- 113/91, *Debus*, punto 32; del 19 novembre 2009, causa C-314/08, *Filipiak*, punto 81; del 26 febbraio 2013, C-617/10, *Akerberg Fransson*, punto 45.

¹⁰ Il giudice nazionale è stato perciò definito “giudice comune di diritto europeo”. Cfr. ordinanza della Corte del 6 dicembre 1990, causa C-2/88, *Imm., J.J. Zwartveld*, punto 10.

¹¹ Il principio di leale collaborazione postula che “gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione” (art. 4, par. 3, secondo capoverso, TUE).

quindi il risultato del principio primato “innescato” per effetto diretto sull’ordinamento¹².

La tesi della prevalenza delle norme UE sulla legislazione ordinaria trova conferma, oltre che nell’art. 11 della Costituzione, anche nell’art. 117 che espressamente vincola il legislatore italiano agli obblighi “derivanti dall’ordinamento comunitario”. Con il primo comma dell’art. 117 è stato realizzato, sul piano costituzionale, il coinvolgimento dello Stato italiano nel processo di integrazione dell’Unione europea. Nel nuovo sistema delineato dalla riforma costituzionale, “è necessario riconoscere che i rapporti tra l’ordinamento europeo e quello italiano sono ora disciplinati in modo tale da configurare qualcosa di molto vicino all’esistenza di un ordinamento complessivamente unitario”¹³. Dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, anche la Corte costituzionale, nell’abbandonare progressivamente la visione c.d. dualista degli ordinamenti, si è indirizzata verso una sempre maggiore condivisione della tesi c.d. monista sostenuta dalla CGUE, secondo cui sussiste un unico sistema giuridico ove diritto UE e diritto interno si integrano nel segno della prevalenza del primo sul secondo¹⁴.

Rispetto all’attività amministrativa, nell’ambito dell’ordinamento italiano, assume rilievo anche l’art. 1 della l. n. 241/1990, che impone il rispetto dei “principi dell’ordinamento comunitario”. Sul piano processuale, una disposizione di simile tenore si rinviene nell’art. 1 c.p.a., ai sensi del quale la giurisdizione amministrativa è tenuta ad assicurare una tutela effettiva e piena conforme (anche) ai principi “del diritto europeo”.

3. *Il provvedimento antieuropeo*

Con riferimento al contrasto tra provvedimento amministrativo e diritto UE, si possono configurare due ipotesi di antinomia, ossia diretta o indiretta.

¹² M. DOUGAN, *When Worlds Collide! Competing Visions of the Relationship between Direct Effect and Supremacy*, in *Common Market Law Review*, n. 4, 2007, pp. 960-963.

¹³ F. PIZZETTI, *I nuovi elementi “unificanti” del sistema italiano: il “posto” della Costituzione e delle leggi costituzionali ed il “ruolo” dei vincoli comunitari e degli obblighi internazionali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 2, 2002, pp. 221-257.

¹⁴ Sentenza della Corte costituzionale del 15 aprile 2008, n. 102.

Nel primo caso, l'atto amministrativo si pone in contrasto con una o più disposizioni di matrice dell'Unione europea. Nella seconda ipotesi, invece, il provvedimento risulta conforme ad una normativa interna che però viola, di per sé, una o più norme direttamente applicabili dell'Unione europea.

Per quanto riguarda il regime dell'atto amministrativo antieuropeo, la teoria maggiormente condivisa è quella che lo qualifica come atto illegittimo e perciò annullabile, giacché adottato in violazione delle norme dell'ordinamento UE – che si integra *ex artt.* 11 e 117 della Costituzione con l'ordinamento interno. Infatti, giurisprudenza e dottrina prevalenti sono orientati nel senso di ritenere che il vizio dell'atto antieuropeo è “quello tipico della illegittimità-annullabilità, da dedurre in giudizio entro l'ordinario termine decadenziale di sessanta giorni”¹⁵. Si tratta di vizio che ricorre sia nell'ipotesi di provvedimento direttamente contrastante con una fonte UE, sia nel caso di atto amministrativo compatibile con la normativa nazionale che tuttavia viola una disposizione del diritto dell'Unione direttamente applicabile.

In questa prospettiva, il provvedimento amministrativo antieuropeo sarà quindi annullabile, da parte del giudice amministrativo adito, previa disapplicazione della norma nazionale. Sul piano processuale, l'impugnazione e l'eventuale annullabilità del provvedimento soggiacciono quindi al termine di decadenza di sessanta giorni, essendo gli Stati membri liberi di individuare limiti e termini per il ricorso ai rimedi giudiziali¹⁶. L'assoggettamento dell'azione di impugnazione – anche di un provvedimento antieuropeo – ad un determinato termine decadenziale, ancorché breve, non è infatti incompatibile con il diritto dell'Unione né tantomeno con il principio del primato. Ciò discende dalla natura della fonte di diritto UE che, in quanto integrata nell'ordinamento giuridico interno, è interessata del medesimo regime di illegittimità-annullabilità

¹⁵ L. PASSARINI, *Gli effetti dell'incompatibilità con il diritto dell'Unione sui provvedimenti amministrativi*, in *Ildirittoamministrativo.it*, 2022.

¹⁶ Sentenza della Corte del 27 febbraio 2003, causa C-327/00, *Santex*. In tale pronuncia, la Corte UE ha osservato che “sebbene spetti all'ordinamento nazionale di ogni Stato membro definire le modalità relative al termine di ricorso destinate ad assicurare la salvaguardia dei diritti conferiti dal diritto comunitario ai candidati e agli offerenti lesi da decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici, tali modalità non devono mettere in pericolo l'effetto utile della direttiva, la quale è intesa a garantire che le decisioni illegittime di tali amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile” (punto 51).

degli atti amministrativi non conformi alle altre norme dell'ordinamento giuridico nazionale¹⁷. Ne consegue che, in linea di principio, un provvedimento amministrativo rimasto inoppugnato manterrà in ogni caso la sua validità ed efficacia¹⁸.

4. *La disapplicazione da parte della P.A. della normativa interna incompatibile con il diritto dell'Unione*

Sul piano generale, anche la pubblica amministrazione, al pari del legislatore e dei giudici, è tenuta al rispetto della normativa UE ad effetto diretto¹⁹, tra cui rientrano i regolamenti dell'Unione, le norme del Trattato immediatamente applicabili e le direttive *self-executing*²⁰. Nell'ambito delle fonti del diritto ad effetto diretto occorre considerare anche le sentenze dei giudici Lussemburgo, atteso che la Corte costituzionale ha da tempo riconosciuto il principio della immediata efficacia e vincolatività delle “statuizioni risultanti dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia”, al pari di quanto stabilito rispetto alle direttive c.d. autoesecutive²¹. In tale prospettiva, la disapplicazione della norma interna incompatibile è quindi “figlia” del primato del diritto UE, cui anche la P.A. deve attenersi²².

¹⁷ Cfr. sentenza del Consiglio di Stato del 31 marzo 2011, sez. VI, n. 1983, ove al punto 4.2.1 della motivazione si riconosce come “in via generale, il rispetto dei principi di parità di trattamento ed effettività non osta a che lo Stato membro assoggetti la tutela di una posizione giuridica di diritto comunitario derivato ad un termine di decadenza, a condizione che la fissazione di tale termine sia equivalente a quella prevista per posizioni giuridiche di diritto interno, e che il termine non sia di esiguità tale da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio effettivo della tutela delle posizioni giuridiche di matrice comunitaria”.

¹⁸ Cfr. sentenze del TAR Sardegna del 5 febbraio 2020, sez. II, n. 77 e del Consiglio di Stato del 18 novembre 2019, sez. VI, n. 7874.

¹⁹ Sentenza della Corte del 14 ottobre 2010, causa C-243/09, *Fuß*. Cfr. P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford, 2015, p. 207, ove si parla di *administrative direct effect*.

²⁰ Sull'efficacia delle direttive *self executing* si veda D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2019, p. 98.

²¹ Sentenza della Corte costituzionale del 18 gennaio 1990, n. 64 e del 1991, n. 161.

²² G. VITALE, *Considerazioni a margine della pronuncia del TAR Puglia sulla disapplicazione*

Dall'obbligo di conformarsi al diritto UE discende l'onere, in capo alle amministrazioni, di disapplicare norme interne eventualmente contrastanti con disposizioni dell'Unione europea²³, onde evitare l'adozione di provvedimenti antieuropei²⁴. Infatti, come *illo tempore* riconosciuto dalla Corte costituzionale sulla falsariga di quanto precedentemente affermato dalla Corte di giustizia²⁵, “tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi – tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi – sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili”²⁶. Si tratta di un principio di recente ribadito dalla Corte UE, a seguito del rinvio pregiudiziale disposto dal TAR Puglia, Lecce, Sez. I, n. 743 dell'11 maggio 2022²⁷ in merito alla legittimità degli atti di proroga delle concessioni

da parte dell'Amministrazione di una norma interna incompatibile con il diritto dell'Unione, in *Il diritto dell'Unione europea*, febbraio 2021, p. 1 ss.

²³ In proposito si veda, anche per gli ampi richiami bibliografici, A. ARENA, *Sul carattere “assoluto” del primato del diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 317 ss. In generale, sul tema della (il)legittimità dell'atto amministrativo antieuropeo, si vedano G. GRECO, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, p. 513 ss.; G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, p. 505 ss.; R. MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, Napoli, 2007; N. PIGNATELLI, *Illegittimità “comunitaria” dell'atto amministrativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 3635 ss.

²⁴ In proposito, tra la giurisprudenza interna più recente, si vedano le seguenti sentenze: TAR Lombardia dell'8 febbraio 2022, sez. I, n. 112, punto 4.2.3; del Consiglio di Stato dell'11 novembre 2019, sez. VI, n. 7874; del Consiglio di Stato del 28 febbraio 2018, sez. VI, n. 1219; del Consiglio di Stato del 5 marzo 2018, sez. V, n. 1342.

²⁵ Sentenza della Corte del 22 giugno 1989, causa C-103/88, *Fratelli Costanzo*. Cfr. anche le seguenti pronunce della Corte di giustizia che avevano già prefigurato l'obbligo della disapplicazione, oltre che in capo ai giudici, anche da parte di ogni autorità amministrativa: sentenza *Van Gend en Loos*, cit.; sentenza *Simmmenthal*, cit.

²⁶ Sentenza della Corte costituzionale del 1989, n. 389, cit.

²⁷ Per un commento sull'ordinanza del TAR Lecce, antecedente la pubblicazione della pronuncia della Corte di giustizia, si veda C. BURELLI, *Un nuovo (discutibile) capitolo della saga “concessioni balneari”: il TAR Lecce investe la Corte di giustizia di un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE*, in *BlogDUE*, 30 maggio 2022.

demaniali marittime. In particolare, i giudici di Lussemburgo hanno confermato come “l’amministrazione, anche comunale, è tenuta, al pari del giudice nazionale, ad applicare le disposizioni incondizionate e sufficientemente precise di una direttiva e a disapplicare le norme del diritto nazionale non conformi a tali disposizioni”²⁸. In questo quadro, va considerato illegittimo l’atto conforme ad una legge interna che, tuttavia, viola la normativa UE direttamente applicabile; di converso, risulta invece legittimo il provvedimento adottato in ossequio a quest’ultima, ancorché disapplicando la norma interna.

Anche l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sembra essere definitivamente approdata a tale conclusione²⁹, stante l’inequivoco giudizio espresso sull’incompatibilità tra gli atti di proroga delle concessioni demaniali marittime e le norme dell’Unione immediatamente applicabili³⁰. Secondo l’Adunanza Plenaria, “o si ammette che la legge non è disapplicabile nemmeno dal giudice (ma in questo modo il contrasto con il principio di primazia del diritto dell’Unione diventa stridente) oppure si ammette che l’Amministrazione è “costretta” ad adottare un atto illegittimo, destinato poi ad essere annullato dal giudice, che può fare ciò che la P.A. non ha

²⁸ Sentenza della Corte del 20 aprile 2023, causa C-348/22, punto 77, che richiama anche le sentenze del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa e a.*, punto 43 e del 10 ottobre 2017, causa C-413/15, *Farrell*, punto 33.

²⁹ Sentenze dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 17/2021 e 18/2021. Per un approfondimento su tali pronunce e sulla loro rilevanza rispetto ai temi inerenti al rapporto tra diritto UE e diritto interno, si veda G. GRECO, *Nuove regole di applicazione del diritto UE in sede nazionale?*, in *rivista.eurojus.it*, n. 1, 2022, pp. 168-218. Ulteriori commenti critici, di fondamentale importanza nella prospettiva del diritto UE, si rinvencono in G. MARCHEGANI, *Sull’eccesso di potere giurisdizionale quale vizio delle sentenze dell’Assemblea Plenaria del Consiglio di Stato in materia di concessioni demaniali marittime, nell’ottica del diritto dell’Unione europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, pp. 289-302; F. FERRARO, *Diritto dell’Unione e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell’Adunanza Plenaria?*, in *Diritto e Società*, n. 3, 2021, p. 359 ss.; R. MASTROIANNI, *Il Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?*, in *rivista.eurojus.it*, n. 1, 2022, pp. 105-117; E. CANIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *giustiziainsieme.it*, 30 dicembre 2021.

³⁰ Si tratta dell’art. 49 TFUE (che sancisce il principio di libertà di stabilimento) e dell’art. 12 della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre, c.d. direttiva Bolkestein, che impone l’espletamento di gare di rilievo UE per il rilascio e/o la rinnovazione di concessioni demaniali marittime.

potuto fare, cioè non applicare la legge nazionale anticomunitaria. Ma immaginare un'Amministrazione "costretta" ad adottare atti comunitariamente illegittimi e a farlo in nome di una esigenza di certezza del diritto (legata all'asserita difficoltà di individuare la direttiva *self-executing*) appare una contraddizione in termini³¹. In questo senso, la disapplicazione configura un'operazione logica che, nella misura in cui implica un accertamento a carattere incidentale³², può essere svolta da qualsiasi organo dell'amministrazione statale.

L'argomento principalmente sviluppato avverso il riconoscimento di un generale potere di disapplicazione in capo alla P.A. si fonda sulla non eguaglianza delle prerogative del Giudice e delle amministrazioni³³.

5. *La disapplicazione ex post in sede di autotutela decisoria*

Per completare l'analisi sin qui condotta, occorre soffermarsi anche sul regime di stabilità dell'atto amministrativo antieuropeo già adottato, rispetto

³¹ Sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 2021, cit., punto 34.3. Del resto, il ragionamento proposto di recente dall'Adunanza Plenaria corrisponde a quello proposto nel 1989, nella già citata sentenza Fratelli Costanzo, dalla Corte di giustizia, secondo cui "sarebbe [...] contraddittorio statuire che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una direttiva aventi i requisiti sopra menzionati, allo scopo di far censurare l'operato dell'amministrazione, e al contempo ritenere che l'amministrazione non è tenuta ad applicare le disposizioni della direttiva disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi. Ne segue che, qualora sussistano i presupposti necessari, secondo la giurisprudenza della Corte, affinché le disposizioni di una direttiva siano invocabili dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni, sono tenuti ad applicare le suddette disposizioni".

³² Per effetto del quale una norma interna non può essere applicata nel caso concreto, stante la preferenza che l'ordinamento – a prescindere dalla circostanza che si ritenga integrato o meno – accorda ad altra disposizione UE direttamente applicabile.

³³ Cfr. A. SIMONELLI, *Concessioni demaniali marittime, potere di disapplicazione della P.A. e affidamenti*, in *Amministrazione in Cammino*, 17 dicembre 2021; G. GRECO, *op. cit.*, pp. 188-191. In particolare, il giudice può servirsi del contraddittorio delle parti (da distinguere dagli istituti posti a garanzia della partecipazione procedimentale degli interessati) e, soprattutto, dispone di strumenti processuali preclusi al singolo organo amministrativo – tra cui per l'appunto i rinvii alla Corte costituzionale o alla Corte di giustizia UE.

al quale la P.A., d'ufficio o su istanza di una parte, ha riscontrato un'antinomia con il diritto UE³⁴.

Ferma restando l'annullabilità ovvero l'impugnabilità del provvedimento antieuropeo nell'ordinario termine di decadenza (di cui si è detto *supra* § 3), l'eventuale contrasto con la normativa UE può essere sanato *ex post* dall'Amministrazione, dopo l'adozione dell'atto, tramite l'esercizio del potere di autotutela³⁵. La c.d. autotutela decisoria³⁶ è espressione del potere riconosciuto all'Amministrazione di valutare la legittimità dei suoi atti ed eventualmente annullarli, anche in ragione di una riscontrata antinomia con il diritto dell'Unione³⁷.

Nell'ordinamento interno, l'autotutela decisoria si estrinseca negli istituti dell'annullamento d'ufficio *ex art. 21-nonies* l. n. 241/1990 e della revoca *ex art. 21-quinquies* l. n. 241/1990³⁸, che tuttavia incontrano un duplice limite

³⁴ Oggetto di indagine del presente paragrafo è l'esercizio del potere di autotutela da parte delle P.A. nazionale, a fronte di provvedimenti incompatibili con il diritto dell'Unione. Per un approfondimento sull'esercizio dell'autotutela da parte di organi UE sui propri provvedimenti, si veda, anche per la bibliografia ivi richiamata, P. OTRANTO, *Autotutela decisoria e certezza giuridica tra ordinamento nazionale e sovranazionale*, in *federalismi.it*, n. 14, 2020, pp. 247-250.

³⁵ L'autotutela è stata definita come la capacità dell'amministrazione pubblica di "provvedere essa stessa a risolvere i conflitti eventualmente insorgenti con gli altri soggetti" e di farlo "senza ricorrere alla sentenza di un giudice". Cfr. F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1959, pp. 147-148. Sull'invalidità degli atti amministrativi per violazione del diritto UE, anche in relazione all'atteggiarsi del potere nazionale di autotutela, si vedano F. SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria e interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi e istituzionali*, Milano, 2010; M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Contrasto di un atto con il diritto europeo*, in *Il libro dell'anno del diritto – 2012*, Roma, 2012; V. CERULLI IRELLI, *Violazione del diritto europeo e rimedi nazionali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2014, p. 657 ss.; P. OTRANTO, *op. cit.*, pp. 235-290.

³⁶ Da distinguere dall'autotutela c.d. esecutiva che, invece, discende dal potere attribuito all'Amministrazione dall'ordinamento di risolvere, in via autoritativa, l'eventuale conflitto che sorge con il privato con riferimento all'esecuzione di un provvedimento.

³⁷ Per un approfondimento sull'autotutela decisoria nel quadro del diritto europeo si veda D. U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, pp. 39-63.

³⁸ Per un inquadramento dell'istituto dell'autotutela, come rinnovato a seguito dell'approvazione della L. n. 214/2015, c.d. Legge Madia, si veda A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016.

nella stabilità dell'assetto delineato nel provvedimento³⁹ e nella protezione degli interessi privati potenzialmente attinti dall'autotutela⁴⁰. Ai fini dell'annullamento *ex officio* occorre che sia accertata l'illegittimità del provvedimento; l'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990 prevede inoltre, come limite massimo per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, il rispetto di un "termine ragionevole", ancorato al parametro di dodici mesi dall'emanazione del provvedimento di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici⁴¹. Differentemente dall'annullamento di ufficio, la revoca non presuppone vizi di legittimità, riguardando atti viziati nel merito giacché divenuti inopportuni per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, per mutamento della situazione di fatto, nonché per una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario⁴².

Con riferimento ad un provvedimento antieuropeo, l'autotutela svolge, *rectius* potrebbe svolgere, un ruolo importante rispetto all'adempimento degli obblighi derivanti dal già citato principio di leale collaborazione. D'altro canto, il principio di primazia "impone [...] a tutte le istituzioni degli Stati membri di dare pieno effetto alle varie norme dell'Unione, dato che il diritto degli Stati membri non può sminuire l'efficacia riconosciuta a tali differenti norme nel territorio dei suddetti Stati"⁴³. In tale prospettiva, l'autotutela consentirebbe di realizzare una disapplicazione *ex post* nei confronti di un atto già

³⁹ La stabilità dell'assetto ordinamentale costituisce espressione della certezza del diritto nel caso concreto, corrispondente alla soluzione di un determinato "problema amministrativo". La certezza del diritto postula quindi, sul piano interno, il regime di "definitività" di un provvedimento amministrativo, in guisa da costituire un limite all'esercizio dei poteri di ritiro fondati sulla cura dell'interesse pubblico. Sul punto, cfr. L. SALTARI, *La legalità comunitaria prevale sulla certezza (nazionale) del diritto*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, p. 480 ss.

⁴⁰ Si intende far riferimento sia al legittimo affidamento riposto dal destinatario del provvedimento, sia agli interessi di terzi, cioè a quegli eventuali interessi del soggetto controinteressato che potrebbero essere lesi dall'atto di primo grado e invece tutelati, indirettamente, dal provvedimento di secondo grado.

⁴¹ L'art. 63, comma 1, l. n. 108/2021, nel modificare l'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990, ha ridotto il termine per l'annullamento in autotutela del provvedimento amministrativo da diciotto a dodici mesi.

⁴² In caso di provvedimenti cc.dd. ampliativi o aventi un significativo impatto economico, l'art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990 esclude la revocabilità in ipotesi di "nuova valutazione dell'interesse pubblico originario".

⁴³ Sentenza della Corte del 24 giugno 2019, causa C-573/17, *Poplawski*, punto 54. Nello stesso senso, si veda anche la sentenza della Corte del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Meloni*, punto 59.

adottato, garantendo il rispetto di norme e principi del diritto dell'Unione anche richiamati dall'art. 1 della l. n. 241/1990.

Come già evidenziato, il contrasto del singolo atto amministrativo con la disciplina UE direttamente applicabile non si ripercuote però sul regime dell'annullabilità. Anche sul piano interno, infatti, è stato riconosciuto che “il principio della primazia del diritto U.E. di regola non incide sul regime di stabilità degli atti (amministrativi e giurisdizionali) nazionali che risultano comunitariamente illegittimi”. È dunque ormai indubbio l'assoggettamento (anche) dell'atto antieuropeo al corrispondente onere di impugnazione, al termine di decadenza e all'eventuale consolidamento dello stesso. Con riferimento al rimedio dell'autotutela disciplinato dalla l. n. 241/1990, la conferma del regime di stabilità degli atti antieuropei postula sostanzialmente l'inoppugnabilità di un provvedimento amministrativo, nell'ipotesi in cui non intervenga l'esercizio dell'autotutela.

In tale quadro, il principale problema attiene al carattere c.d. doveroso dell'intervento in autotutela dell'Amministrazione, occorrendo stabilire se, a fronte di un provvedimento antieuropeo, l'istanza di un privato possa imporre o meno alla P.A. di usare il proprio potere, avviando il procedimento e concludendolo con una decisione espressa.

Ai fini del presente lavoro, utilizzeremo quindi la formula “autotutela doverosa” per indicare la funzione che la P.A. potrebbe essere obbligata a esercitare al ricorrere di determinati presupposti⁴⁴, anche a seguito di un'istanza avanzata dal soggetto portatore di un interesse meritevole di tutela⁴⁵. Sul piano generale, si può riscontrare un graduale processo di emersione dei casi di doverosità dell'autotutela, pure giustificata dalla crescente importanza riconosciuta al privato, in termini di partecipazione-collaborazione procedimentale, rispetto al potere di riesame spettante alla P.A. Ciò trova conferma nelle molteplici ipotesi di autotutela doverosa che si rinvencono sia nella giurisprudenza sia in alcune disposizioni legislative, spesso modificate proprio alla luce dei

⁴⁴ Su una diversa qualificazione dell'autotutela, come risultato dell'esercizio di poteri di controllo che risultano vincolati sia nell'*an* del procedimento sia nelle sue possibili conclusioni, si veda E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2022, pp. 510-525.

⁴⁵ Tale categoria di soggetti si sta progressivamente ampliando, stante la necessità di favorire la tutela di interessi diffusi e collettivi sempre più rilevanti. Sul punto, cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2023, pp. 49-89 e pp. 197-210.

mutati indirizzi giurisprudenziali⁴⁶. Anche con riferimento agli atti amministrativi antieuropei, la Corte UE è oggi orientata nel senso di attribuire rilievo alla certezza dei rapporti giuridici e all'affidamento dei privati, in conformità con quanto previsto dalla disciplina nazionale in caso di violazione di norme interne⁴⁷. In questa prospettiva, l'interesse a tutelare l'affidamento e la stabilità degli atti retrocede a fronte della *necessità* di preservare la legittimità dell'azione pubblica⁴⁸.

6. *Riflessioni conclusive*

All'esito di questa disamina è possibile trarre alcune conclusioni.

Con riferimento alla configurabilità in capo alla P.A. di un potere di disapplicazione *ex ante* della normativa interna confliggente con il diritto UE, non sembra più condivisibile negare una simile *potestas*. È infatti indubbio che, alla luce dei principi di leale collaborazione e del primato del diritto UE, anche le amministrazioni possono, *rectius* devono, attribuire preminenza alle norme dell'Unione ed evitare, quindi, di applicare disposizioni interne inficiate da una violazione della normativa europea. Una simile conclusione, raggiunta *illo tempore* dai giudici di Lussemburgo e oggi largamente condivisa anche dalla giurisprudenza nazionale, è stata di recente ribadita nella già richiamata pronuncia della Corte di giustizia UE del 20 aprile 2023, a proposito degli atti di proroga delle concessioni demaniali marittime italiane. In questo quadro, anziché negare *tout court* qualsivoglia potere di disapplicazione in capo alla P.A., appare piuttosto ragionevole limitarne l'impiego ai casi in cui il contrasto con la normativa UE risulti acclarato dalla Corte di giustizia, da

⁴⁶ Per un approfondimento sulle ipotesi di autotutela doverosa ad oggi riconosciute nell'ordinamento interno, v. C. MICCICHÈ, *L'autotutela necessaria e i poteri sostitutivi su iniziativa degli interessati: tra partecipazione e organizzazione*, in *federalismi.it*, n. 13, 4 maggio 2022, pp. 174-181.

⁴⁷ Cfr. le seguenti sentenze della Corte del 12 febbraio 2008, causa C-2/06, *Willy Kempter*; del 19 settembre 2006, cause C-392/94 e 422/04, *i-21 Germany GmbH e Arcor AG & Co. KG*; del 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz*; del 7 gennaio 2004, causa C-201/02, *Wells*.

⁴⁸ Cfr. C. MICCICHÈ, *op. cit.*, pp. 176-177; M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio*, Napoli, 2018, p. 101; S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015, p. 16.

un consolidato orientamento giurisprudenziale o da un organo giurisdizionale dotato di funzione nomofilattica⁴⁹. Rispetto invece alle ipotesi più dubbie di incompatibilità della normativa nazionale con il diritto UE, l'ordinamento interno non sembra ad oggi offrire adeguate garanzie a supporto dell'agire amministrativo; il che rende fondate le preoccupazioni sulla possibile inadeguatezza della P.A. nel gestire, in concreto, un potere di disapplicazione disancorato da solide certezze giuridiche. In una prospettiva *de iure condendo*, sarebbe magari auspicabile un intervento del legislatore, al fine di fornire alle P.A. un canale di interlocuzione diretto con una struttura amministrativa centrale, competente a risolvere – nell'ambito del territorio nazionale – potenziali dubbi interpretativi riguardanti disposizioni interne in rapporto con la normativa dell'Unione.

In relazione all'ipotesi di un provvedimento amministrativo antieuropeo già adottato, l'esame condotto nel paragrafo precedente dimostra come sia in effetti possibile ricorrere ad un istituto da tempo conosciuto, quale l'autotutela doverosa nelle forme e nei limiti di cui all'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990. L'esercizio del potere di revoca *ex art. 21-quinquies* l. n. 241/1990, in quanto notoriamente connotato da un'ampia discrezionalità, appare invece incoercibile dall'esterno, spettando esclusivamente alla P.A. ogni valutazione sull'avvio del relativo procedimento.

Qualificare come attività vincolata l'avvio di un procedimento in autotutela, a seguito di un'istanza di un privato e quanto meno nelle già menzionate ipotesi enucleate dai giudici di Lussemburgo, significa favorire il rispetto della normativa UE senza pregiudicare la certezza del diritto. Del resto, è lo stesso art. 21-*nonies* l. n. 241/1990 a definire i limiti, anche sul piano temporale, per l'esercizio dello *ius poenitendi*, a garanzia della stabilità dell'assetto ordinamentale e della tutela dell'affidamento dei privati. D'altronde, la ricostruzione dello *ius poenitendi* quale attività *a priori* discrezionale, rischia di assoggettare il provvedimento antieuropeo ad un regime diverso e più sfavorevole rispetto a quello degli atti contrastanti con altre norme dell'ordinamento giuridico nazionale. Se, infatti, in alcuni casi – connessi alla violazione di norme interne – è ormai pacificamente riconosciuto il carattere doveroso dell'autotutela⁵⁰, a

⁴⁹ G. GRECO, *op. cit.*, p. 189.

⁵⁰ Si pensi alla casistica riguardante la doverosità per la P.A. di prendere in esame e riscontrare la segnalazione del cittadino (purché pertinente e non strumentale), sia in generale (per il caso di denunce c.d. qualificate) sia in determinati settori (come quello dei servizi pubblici, ove

maggior ragione siffatto regime deve valere per i provvedimenti antieuropei, stante gli obblighi derivanti dalla primazia del diritto UE e dal principio di leale collaborazione

L'esame sin qui condotto dimostra che, mentre è ormai impossibile negare il potere di disapplicazione della P.A. *ex ante* nel corso di un procedimento⁵¹, l'omesso riconoscimento della natura doverosa dell'autotutela – a fronte di un provvedimento antieuropeo già adottato – rischia di depotenziare il funzionamento e l'efficacia della disapplicazione *ex post*. In un rinnovato quadro giuridico, che tende alla valorizzazione dell'apporto collaborativo-procedimentale del privato, c'è spazio affinché la funzione giustiziale tradizionalmente rimessa alla P.A. si avvii ad un'ulteriore implementazione, funzionale a favorire la conformità dell'azione amministrativa in Italia alla normativa UE. La disapplicazione, quale strumento cui ricorrere in sede di autotutela, rappresenta un rimedio potente, che, oltre a favorire il rispetto del diritto dell'Unione, potrebbe agevolare la risoluzione di conflitti attuali e potenziali senza l'intervento dell'autorità giudiziaria. Sia consentito evidenziare che tutto quanto sin qui osservato vale con riferimento ad un provvedimento esistente e incompatibile con la normativa UE, la cui primazia rende maggiormente evidenti quelle ragioni di giustizia e di equità che hanno favorito la graduale emersione, in alcuni casi, del carattere doveroso dell'autotutela.

la disciplina di riferimento ammette un controllo diffuso sull'operato dei gestori). In proposito, cfr. l'approfondimento svolto da C. MICCICHÈ, *op. cit.*, pp. 174-181.

⁵¹ Laddove si riscontri un'acclarata incompatibilità con la normativa UE direttamente applicabile.

VERSO I CINQUANT'ANNI DELL'EFFETTO DIRETTO DELLE DIRETTIVE: QUESTIONI ANCORA APERTE

Lorenzo Cecchetti*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le direttive, una fonte del diritto che “intriga, disturba e divide”: cenni. – 3. È necessario declinare al plurale la dottrina dell’effetto diretto? Le peculiarità del *test* in relazione alle direttive. – 4. Sul divieto di “effetto diretto orizzontale” delle direttive e sulle sue eccezioni. – 4.1. Perché un *revirement* giurisprudenziale non è la migliore “*exit strategy*” dal divieto. – 4.2. Sviluppi in tema di effetto diretto incidentale. – 4.3. Sviluppi in merito alla interazione tra disposizioni delle direttive e diritto primario (c.d. “schema *Mangold*”). – 5. Sviluppi in merito allo strumento della disapplicazione quale conseguenza immediata, necessaria e imprescindibile dell’effetto diretto delle direttive. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Nel 2024, la sentenza *van Duyn*¹ compirà cinquant’anni, e, con essa, l’efficacia diretta delle direttive negli ordinamenti degli Stati membri². Come è

* Assegnista di ricerca in diritto dell’Unione europea presso l’Università Luiss Guido Carli.

¹ Sentenza della Corte del 4 dicembre 1974, causa 41/74.

² Si precisa che, ai fini del presente lavoro, per “efficacia diretta” o “effetto diretto” si farà riferimento alla capacità di una norma di diritto dell’Unione di essere applicata da un giudice nazionale – o da un’altra autorità amministrativa pubblica – nel caso concreto dinanzi a tale giudice o autorità. Questa nozione verrà pertanto intesa come sinonimo di “giustiziabilità” di una detta norma in un caso specifico. Per l’utilizzo di siffatta nozione v., *ex multis*, P. PESCATORE, *The Doctrine of “Direct Effect”: An Infant Disease of Community Law*, in *European Law Review*, 2015, pp. 135-153, spec. pp. 152 e 153 (originariamente pubblicato nella medesima Rivista, 1983, p. 155 ss.); B. DE WITTE, *Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2021, pp. 187-227, spec. pp. 194-195; R. SCHÜTZE, *European Union Law*, Oxford, 2021, p. 161; M. BOBEK, *The effects of EU law in the national legal systems*, in C. BARNARD, S. PEERS (eds.), *European Union Law*, Oxford, 2020, p. 154 ss., spec. pp. 159 e 160. Come è stato anche rilevato, detta giustiziabilità è il portato non già e soltanto di un esame tecnico-giuridico delle caratteristiche della norma quanto anche del contesto normativo nazionale nel quale deve essere applicata, v. ancora P.

noto, tale pronuncia, a fronte di un alto numero di direttive non trasposte nei termini previsti, ha contribuito in modo significativo a garantire l'effettività del diritto dell'Unione³, segnando un punto di svolta⁴ per quanto riguarda gli strumenti di *private enforcement* del diritto dell'Unione europea ("UE") a disposizione – e a tutela – dei privati.

Il decorso del tempo non determina, necessariamente, il venir meno dell'interesse scientifico rispetto a tematiche che incidono non solo sulla tutela dei diritti individuali e sull'esercizio del potere normativo dell'Unione, ma, più in generale, sull'architettura costituzionale dell'ordinamento UE⁵.

PESCATORE, *op. cit.*, p. 153. Della declinazione del tradizionale *test* alla categoria delle direttive si dirà tra poco, nel § 3. Anticipo, invece, che il presente contributo non intende né, da un lato, ripercorrere in dettaglio l'intera traiettoria dell'effetto diretto delle direttive, né, dall'altro lato, approfondire le questioni circa il rapporto tra "effetto diretto" ed "invocabilità" né quello tra "effetto diretto" ed "applicabilità diretta".

³ Si veda D. CURTIN, *Directives: The Effectiveness of Judicial Protection of Individual Rights*, in *Common Market Law Review*, 1990, p. 709 ss. Un invito a considerare l'oggetto di questo articolo nella più ampia prospettiva della effettività, non limitando l'analisi all'operato della Corte di giustizia, è evidente in F. SNYDER, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *The Modern Law Review*, 1993, pp. 19-54.

⁴ Ancorché le precedenti sentenze nei noti casi *Grad* e *SACE* lasciassero intravedere questo sviluppo, in tali pronunce – tuttavia – le norme contenute in direttive venivano in rilievo congiuntamente ad altre fonti del diritto comunitario. Si vedano sentenza della Corte del 17 dicembre 1970, causa 33/70, *SACE*, punti 15-18; e sentenza della Corte del 6 ottobre 1970, causa 9/70, *Grad*, punti 5-6. Già negli anni Sessanta, peraltro, questa tesi si era andata facendo strada nella riflessione dottrinale, v. per tutti B. CONFORTI, *Il problema degli "effetti diretti" delle decisioni e delle direttive comunitarie e il terzo colloquio della Federazione internazionale per il diritto europeo*, in *Annuario di diritto internazionale*, 1965, p. 362 ss. Come è altresì noto, l'*iter* logico-argomentativo in merito alla efficacia diretta delle direttive sviluppato in *van Duyn* venne ben presto completato dalla di poco successiva sentenza *Ratti*, si veda sentenza della Corte del 5 aprile 1979, causa 148/78, punto 22.

⁵ Come del resto dimostrano le sentenze cui si farà riferimento *infra* nei §§ 3, 4 e 5. A ciò si aggiunga che, anche per quanto concerne l'ordinamento giuridico italiano, le tematiche analizzate nel prosieguo sottendono alcune delle principali problematiche di diritto dell'Unione europea che hanno interrogato la dottrina e la giurisprudenza nazionale negli ultimi anni. Si pensi, a titolo esemplificativo, al c.d. caso *Lexitor* o alla nota vicenda delle concessioni balneari, in relazione ai quali v. *ex multis* e rispettivamente, da un lato, R. CAFARI PANICO, *UniCredit versus Lexitor. La saga senza fine della restituzione dei costi in caso di rimborso anticipato di un finanziamento*, in *rivista.eurojus.it*, n. 2, 2023, pp. 1-18; L. NENCINI, *Da Lexitor a UniCredit passando per la sent. n. 263/2022: un corto circuito giurisprudenziale?*, in *BlogDUE*, 19 aprile

Per quanto riguarda la dottrina dell'efficacia diretta, la direttiva rappresenta l'atto di diritto derivato dell'Unione che ha ingenerato – e continua a ingenerare⁶ – maggiori problematiche, in ragione della natura⁷ e delle peculiarità che caratterizzano tale strumento normativo⁸. La direttiva rappresenta il “più misterioso” atto vincolante dell'Unione⁹, essa “intriga, disturba e divide” (“*intrigue, déränge, divise*”)¹⁰. Come è stato anche recentemente sottolineato, in mancanza di questo atto, la stessa dottrina dell'effetto diretto apparirebbe oggi come una tematica marginale nella riflessione accademica di diritto dell'UE¹¹. Questa osservazione colpisce ancor più ove si consideri che, sotto il profilo quantitativo, l'adozione di questo atto abbia conosciuto una tendenza recessiva¹².

A conferma di quanto precede, è possibile notare come le recenti sentenze

2023; e, dall'altro lato, R. MASTROIANNI, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?*, in *rivista.eurojus.it*, n. 1, 2022, pp. 105-117; A. CIRCOLO, *L'epilogo della proroga ex lege delle concessioni balneari*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2021, pp. 573-590; C. BURELLI, *Le concessioni turistico-ricreative tra vincoli “comunitari” e normativa italiana: criticità e prospettive*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2021, pp. 247-283.

⁶ Mi riferisco ai casi menzionati nella nota precedente.

⁷ F. SNYDER, *op. cit.*, pp. 40-41.

⁸ Su cui vedi *infra* § 2.

⁹ R. SCHÜTZE, *European Union Law*, cit., p. 169.

¹⁰ R. KOVAR, *Observations sur l'intensité normative des directives*, in F. CAPOTORTI ET AL. (sous la direction de), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, 1987, p. 359 ss.

¹¹ M. BOBEK, *The effects of EU law in the national legal systems*, cit., p. 164.

¹² Nel quadriennio 2016-2019, ad esempio, sono state adottate 176 direttive a fronte di più di 4000 regolamenti (segnatamente, 4009), si veda R. SCHÜTZE, *European Union Law*, cit., p. 169. La tendenza in discorso risulta confermata dai dati relativi agli anni successivi, riportati in M. OVÁDEK, *Legislative Output of the European Union. An Automatically Updated Overview of the EU's Legislative Activity*, consultabile al seguente link: www.michalovadek.github.io/eulaw/ (ultimo accesso 20 giugno 2023). Ciononostante, appare opportuno sottolineare come, a fronte di questo dato quantitativo, la direttiva continui ad essere l'unico strumento normativo adottabile in settori particolarmente sensibili per gli ordinamenti nazionali. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla libertà di stabilimento (artt. 50, 52 e 53 TFUE), alla libera prestazione di servizi (artt. 59 e 60 TFUE), alla cooperazione giudiziaria in materia penale (v. ad es. gli artt. 82 e 83 TFUE), al ravvicinamento delle legislazioni al fine di favorire l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno (art. 115 TFUE, che, per esempio, ha permesso di adottare alcune direttive relative alla disciplina fiscale, ma v. anche l'art. 116 TFUE), ovvero, alla politica sociale (art. 153, par. 2, lett. b), TFUE).

dalla Corte di giustizia dell'Unione europea ("Corte di giustizia" o "Corte") che hanno maggiormente inciso sulla dottrina dell'efficacia diretta complessivamente considerata – sulle quali concentreremo la nostra attenzione nei prossimi §§ – hanno avuto per oggetto, esclusivo oppure primario, l'applicazione di tale dottrina alle direttive.

Ed è precisamente alla luce di questi sviluppi giurisprudenziali che il presente lavoro si propone di esaminare la questione dell'effetto diretto delle direttive. In particolare, dopo alcuni brevi cenni in merito alle peculiarità dello strumento normativo in discorso (§ 2) e all'impatto di tali peculiarità sull'applicazione del tradizionale *test* dell'effetto diretto alle direttive, che varia, come diremo, tanto "nel tempo" quanto "nello spazio" (§ 3), il contributo si concentrerà su tre principali questioni ancora "aperte" alla vigilia del cinquantesimo anniversario di *van Duyn*. Due di queste problematiche afferiscono all'articolato panorama di eccezioni al divieto di effetto diretto orizzontale delle direttive (§ 4.1). In particolare, da un lato, verrà esaminata l'estensione del c.d. effetto diretto incidentale al di là della situazione di mancata notifica di regole tecniche (§ 4.2). In secondo luogo, verrà analizzata l'estensione del c.d. "schema *Mangold*" – consistente nella interazione tra diritto primario e direttiva in controversie orizzontali – a norme diverse dal principio di non discriminazione (§ 4.3). La terza "questione ancora aperta" alla quale verrà dedicata attenzione concerne il nesso funzionale tra effetto diretto, primato ed obbligo di disapplicazione e la configurazione di quest'ultimo come "rimedio principe" alla incompatibilità tra diritto UE e ordinamento nazionale (§ 5). In relazione a ciascuna di queste tre questioni aperte sarà offerto un tentativo di razionalizzazione e sistematizzazione della problematica sulla base dell'analisi dei recenti sviluppi giurisprudenziali a tale riguardo. Il lavoro terminerà con alcune brevi notazioni conclusive, volte a collocare tali problematiche e sviluppi nel più ampio contesto dell'idea di "federalismo cooperativo" sotteso all'ordinamento giuridico dell'Unione¹³ (§ 6).

¹³ Secondo questa filosofia, che è stata applicata anche all'ordinamento UE, la sovranità è *condivisa* tra il livello "federale" e quello "nazionale" senza risultare confinata ermeticamente – in ragione del settore di volta in volta coinvolto – nella sfera di competenza esclusiva di uno dei due livelli di governo, v. R. SCHÜTZE, *From Dual to Cooperative Federalism*, Oxford, 2009, pp. 1-10, spec. p. 5. L'analisi di Schütze, peraltro, è ispirata alla riflessione accademica statunitense, v. ad es., E. S. CORWIN, *The Passing of Dual Federalism*, in *Virginia Law Review*, 1950, pp. 1-24.

2. *Le direttive, una fonte del diritto che “intriga, disturba e divide”: cenni*

Non è evidentemente necessario ripercorrere i caratteri essenziali di questo strumento per come definiti all'art. 288 TFUE¹⁴. Sia sufficiente, invece, spendere qualche parola in merito a tre caratteristiche della direttiva che direttamente rilevano ai fini della presente analisi.

Le ragioni del carattere peculiare di questo atto devono rinvenirsi, in primo luogo, nella natura di fonte “mediata”¹⁵ e “indiretta”¹⁶ del diritto dell'Unione. Le direttive, difatti, rispondono ad esigenze di decentramento del processo decisionale¹⁷, rappresentano uno strumento di sussidiarietà¹⁸, ovvero, come è stato anche detto, sono espressione del principio di proporzionalità¹⁹. Ne consegue che, di norma, l'effettività della direttiva negli ordinamenti nazionali è assicurata dall'attuazione della stessa mediante trasposizione nel diritto nazionale: sono in prima battuta le norme adottate dagli Stati membri in adempimento degli obblighi posti in capo agli stessi dalle direttive a garantirne l'effettività. Sotto questa prospettiva, esse sono la manifestazione dell'impronta internazionalistica caratterizzante le origini del processo di integrazione²⁰, ancorché il cordone ombelicale con tale origine sia stato presto in

¹⁴ Secondo cui, come è noto, “[l]a direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi”.

¹⁵ D. SIMON, *La directive européenne*, Paris, 1997, p. 58.

¹⁶ R. SCHÜTZE, *European Union Law*, cit., p. 169; N. CATALANO, *La Comunità Economica Europea e l'Euratom*, Milano, 1957, p. 59.

¹⁷ S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, Oxford, 2006, p. 5; P. MORI, *Commento all'Articolo 288 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014, p. 2249 ss., spec. p. 2258.

¹⁸ D. SIMON, *La directive européenne*, cit., p. 11.

¹⁹ G. DI FEDERICO, *Il recepimento delle direttive nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in C. ODONE, G. DI FEDERICO (a cura di), *Il recepimento delle direttive dell'Unione Europea nella prospettiva delle regioni italiane. Modelli e soluzioni*, Napoli, 2010, pp. 1-68, spec. p. 6.

²⁰ R. SCHÜTZE, *European Union Law*, cit., p. 169; D. GALLO, *La vexata quaestio dell'efficacia interna delle direttive: l'insostenibile leggerezza del divieto di effetti diretti orizzontali*, in E. MOAVERO MILANESI, G. PICCIRILLI (a cura di), *Attuare il diritto dell'Unione europea in Italia. Un bilancio a 5 anni dall'entrata in vigore della legge n. 234 del 2012*, Bari, 2018, pp. 17-36, spec. p. 17; L.-J. CONSTANTINESCO, *Das Recht der Europäischen Gemeinschaften*, Baden-Baden, 1977, p. 614. Cf. C. W. A. TIMMERMANS, *Directives: Their Effects within the National Legal Systems*, in *Common Market Law Review*, 1979, pp. 533-555. Del resto, l'atto denominato “direttiva”

parte “reciso”²¹. In altre parole, la tematica dell’effetto diretto di queste ultime viene in rilievo soltanto in situazioni “patologiche”²², essa costituisce una “eccezione”²³.

Un secondo aspetto che occorre tenere in considerazione riguarda le funzioni principali ricollegabili all’utilizzo della direttiva. In altri termini, quando appare utile il ricorso a questo strumento normativo?

Almeno in un primo momento, essa si è rivelata particolarmente utile laddove non risultasse possibile od opportuno perseguire l’unificazione dei sistemi normativi²⁴. È tuttavia generalmente accettato che la direttiva sia stata anche utilizzata, da un certo periodo in poi, come strumento di liberalizzazione, in altre parole per “ri-regolare” alcuni mercati, specie nel campo dei servizi pubblici, per agevolare la realizzazione di condizioni concorrenziali nel mercato interno e, così facendo, il suo funzionamento²⁵. A fronte di queste “macro-categorie” di funzioni, riveste ancora primario interesse la classificazione sistematica proposta da Capelli²⁶, che – in breve – ha ordinato la fonte del diritto in discorso in sei differenti categorie²⁷ sulla base di un criterio teleologico, vale a dire della loro precisa funzione nel sistema dei Trattati. A

nel trattato CEE trova un immediato precedente nella “raccomandazione” prevista all’art. 14, par. 3, del trattato CECA, il quale, a sua volta, affonda le proprie origini nello strumento della “raccomandazione” ben noto agli Studiosi del diritto delle organizzazioni internazionali. In questo senso, v. F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Milano, 1983, pp. 30-35, nonché P. GASPARRI, *Commento all’Art. 14*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell’acciaio*, Milano, 1970, pp. 193-205, spec. pp. 196-198.

²¹ Il riferimento è alla sentenza della Corte del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *van Gend en Loos*.

²² D. SIMON, *La directive européenne*, cit., p. 57.

²³ U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell’Unione Europea*, Bari, 2020, p. 317.

²⁴ C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015, pp. 57-58; S. PRECHAL, *op. cit.*, pp. 3-5.

²⁵ S. PRECHAL, *op. cit.*, pp. 3-5.

²⁶ F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, cit., pp. 70-97; e, ora, 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, pp. 77-82.

²⁷ Le sei categorie possono essere così brevemente riepilogate: 1) direttive di completamento e di integrazione delle norme contenute nel trattato (al tempo, il Trattato CEE); 2) direttive coadiutorie o di sostegno, volte a consentire alle norme del Trattato o nel diritto derivato di realizzare gli obiettivi ivi previsti; 3) direttive di liberalizzazione, volte a sopprimere le discriminazioni e le restrizioni alla libera circolazione dei fattori produttivi precedentemente alla scadenza del

titolo esemplificativo, mentre alcune direttive appaiono indispensabili per completare o integrare le norme dei Trattati, altre si limitano a ravvicinare le legislazioni degli Stati membri per assicurare condizioni di parità concorrenziale tra gli operatori economici.

Non è necessario soffermarsi ulteriormente in merito a questa classificazione. Occorre tuttavia sottolineare come il “collegamento funzionale” tra la direttiva di volta in volta in discorso e il diritto primario rappresenti un elemento centrale – benché troppo spesso ignorato – nella riflessione in merito alla idoneità di norme ivi contenute di avere effetto diretto. In altre parole, non tutte le direttive sono uguali: nell'esaminare l'idoneità di norme ivi contenute di avere effetto diretto, specialmente ma non solo in controversie orizzontali, non si dovrebbe prescindere dalla specifica funzione che la direttiva svolge nel sistema dei Trattati²⁸ e dal collegamento funzionale tra la stessa e altre norme di diritto dell'Unione²⁹.

Un terzo aspetto che assume rilievo, in parte connesso a quello che precede, concerne il contenuto normativo delle direttive. Lasciando da parte la questione delle cc.dd. direttive dettagliate, già da tempo esaminata dalla dottrina³⁰, è opportuno menzionare la distinzione tra “direttive di diritto privato”

periodo transitorio; 4) direttive di armonizzazione e di coordinamento con effetti liberalizzanti, volte a rendere concretamente operanti i principi di libera circolazione in settori fondamentali del mercato comune; 5) direttive di “mera armonizzazione”, destinate solo a creare condizioni di parità concorrenziale fra gli operatori; e 6) direttive di programmazione, macro-categoria che ricomprende una serie di direttive di riorganizzazione di determinate materie o di coordinamento accumulate dal fatto di non perseguire fini di armonizzazione delle legislazioni nazionali.

²⁸ Il profilo indicato nel testo ricorre frequentemente negli studi in tema di efficacia diretta delle direttive condotti negli anni Ottanta. In aggiunta all'Autore già citato alla nota a piè di pagina n. 26, v., ad es., A. J. EASSON, *EEC Directives for the Harmonisation of Laws: Some Problems of Validity, Implementation and Legal Effects*, in *Yearbook of European Law*, 1981, pp. 1-44; D. WYATT, *The Direct Effect of Community Social Law, Not Forgetting Directives*, in *European Law Review*, 1983, pp. 241-248, spec. p. 245 ss.

²⁹ V. *infra* § 4.

³⁰ B. CONFORTI, *Sulle direttive della Comunità Economica Europea*, in *Giurisprudenza italiana*, 1972, pp. 83-92. Si noti che la questione dell'effetto diretto delle disposizioni di una direttiva non può essere completamente sovrapposta all'ipotesi delle direttive dettagliate (anche dette “particolareggiate”), si veda, in questo senso, G. TESAURO (a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO), *Manuale di diritto dell'Unione europea*, vol. I, Napoli, 2021, pp. 254-259.

(“*Private law directives*”) e “direttive di diritto pubblico” (“*Public law directives*”)³¹. Mentre le prime riguardano rapporti giuridici normalmente, benché non esclusivamente, intercorrenti tra soggetti di diritto privato, le seconde concernono una disciplina che troverà esclusivamente applicazione all’esercizio del potere pubblico, primariamente da parte degli Stati membri³². Anche questa differenziazione riveste un particolare rilievo ai fini del presente lavoro. Infatti, da un lato, è precisamente in relazione alle direttive di diritto privato che il problema della efficacia diretta orizzontale si è posto e si pone con particolare insistenza. Un esempio classico di questa categoria di direttive sono quelle adottate dall’Unione nella materia del rapporto di impiego, l’efficacia interna delle quali ha difatti attirato l’attenzione degli studiosi sin dagli anni Ottanta³³. Dall’altro lato, il fenomeno dell’effetto diretto incidentale necessariamente concerne le direttive di diritto pubblico³⁴.

La peculiare natura giuridica della direttiva e le altre caratteristiche qui sopra brevemente delineate influenzano, anzitutto, l’applicazione del *test* dell’effetto diretto a questo strumento normativo.

3. È necessario declinare al plurale la dottrina dell’effetto diretto? Le peculiarità del *test* in relazione alle direttive

Come è noto, una norma di diritto dell’UE è tradizionalmente considerata capace di avere effetto diretto quando è chiara, precisa e incondizionata, ove è quest’ultimo criterio ad essere considerato il fattore determinante del *test*³⁵.

³¹ A. DASHWOOD, *From Van Duyn to Mangold via Marshall: Reducing Direct Effect to Absurdity?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2006-2007, pp. 81-109, spec p. 98. V. anche S. PRECHAL, *op. cit.*, p. 262 ss.

³² *Ibid.* V. anche S. PRECHAL, *op. cit.*, p. 262 ss. La distinzione tra le due ipotesi è stata tracciata in modo chiaro nella sentenza della Corte del 7 agosto 2018, causa C-122/17, *Smith*, punti 53-54.

³³ D. WYATT, *op. cit.*; A. TIZZANO, *Efficacia della normativa comunitaria in materia di lavoro*, in AA.VV., *Il lavoro nel diritto comunitario e l’ordinamento italiano*, Atti del Convegno di Parma: 30-31 ottobre 1985, Padova, 1988, pp. 63-75; F. CAPELLI, *Portata ed efficacia delle direttive comunitarie in materia di rapporti di lavoro*, in AA.VV., *Il lavoro nel diritto comunitario e l’ordinamento italiano*, Atti del Convegno di Parma: 30-31 ottobre 1985, *op. cit.*, pp. 77-82.

³⁴ V. *infra* § 4, ove verrà anche chiarito il concetto di “effetto diretto incidentale”.

³⁵ D. GALLO, *Rethinking direct effect and its evolution: a proposal*, in *European Law Open*, 2022, pp. 576-605, spec. p. 599.

Per “incondizionatezza” si intende il “carattere automatico” della norma, che non richiede ulteriori attuazioni per essere applicata³⁶.

Il presente § vuole porre in evidenza come il *test* dell'effetto diretto si atteggi diversamente quando esso viene applicato alle direttive. In altri termini, si potrebbe dire che tale *test* varia non solo “nel tempo” ma anche “nello spazio”, ossia in ragione dell'atto giuridico coinvolto.

Il fatto che esso vari nel tempo è un aspetto da anni oggetto della riflessione dottrinale. Per descrivere questo fenomeno, sono state utilizzate diverse espressioni, sottolineando che vi è stato un “rilassamento” nell'applicazione delle condizioni³⁷, un loro “ampliamento”³⁸, e, più in generale, evidenziando il “carattere cangiante”³⁹ della nozione di effetto diretto, considerata in costante evoluzione⁴⁰.

Il mutamento in ragione dell'atto giuridico coinvolto è evidente in relazione alle direttive⁴¹, rispetto alle quali l'effetto diretto, da un lato, sperimenta detto rilassamento ancora più marcato *vis-à-vis* le altre fonti del diritto UE, e, dall'altro lato, conosce “limiti” peculiari che non caratterizzano dette fonti.

Quanto al primo aspetto – *i.e.*, il marcato rilassamento –, è stato ben presto chiarito, innanzitutto, che è sufficiente che le disposizioni siano “sufficientemente precise”⁴². Il *test*, in altre parole, ha ad oggetto il contenuto precettivo della disposizione⁴³, e non già la sua mera formulazione.

Similmente, anche l'applicazione del criterio della “incondizionatezza” ha conosciuto un rilassamento.

³⁶ R. SCHÜTZE, *European Union Law*, cit., pp. 158-160.

³⁷ D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, 2019, p. 293 ss.; R. SCHÜTZE, *European Union Law*, cit., p. 161.

³⁸ R. SCHÜTZE, *European Union Law*, cit., p. 161; P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford, 2020, pp. 223-225.

³⁹ D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, p. 163 ss.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ M. BOBEK, *The effects of EU law in the national legal systems*, cit., p. 159.

⁴² Sentenza della Corte del 19 gennaio 1982, causa 8/81, *Becker*, punto 25. I principi illustrati nel testo sono ripresi nella successiva giurisprudenza della Corte, si vedano, tra le altre, sentenze della Corte del 26 febbraio 1986, *Marshall*, causa 152/84, punto 46; del 12 luglio 1990, causa C-188/89, *Foster e a.*, punto 16; del 20 marzo 2003, causa C-187/00, *Kutz-Bauer*, punto 69; del 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*, punto 56.

⁴³ *Ibid.* La versione in lingua italiana delle varie pronunce qui sopra menzionate utilizza l'espressione “dal punto di vista sostanziale”.

Considerati i caratteri propri della direttiva illustrati nel § precedente, è evidente che il “carattere automatico” della norma, tale da non richiedere ulteriori attuazioni per essere applicata, deve essere declinato in termini in parte peculiari.

La Corte ha difatti generalmente ammesso che la riserva di un margine di discrezionalità nell’attuazione della direttiva non osta alla incondizionatezza (e alla sufficiente precisione) di una disposizione della direttiva⁴⁴. Solo ove la discrezionalità riservata agli Stati membri nell’attuazione di una singola disposizione è stata considerata dalla Corte “ampia”, tale margine di manovra in favore degli Stati precluderà la diretta efficacia della norma⁴⁵.

Detto rilassamento nell’applicazione dei suddetti criteri, benché non sia una completa novità⁴⁶, appare ancora più marcato nella recente giurisprudenza della Corte.

Si pensi, più in particolare, a *RTS*, resa nel gennaio 2021 e concernente, tra l’altro, l’efficacia diretta del diritto al *self-cleaning* nel contesto delle direttive in materia di appalti. In questa pronuncia viene affermato che, laddove una disposizione di una direttiva sancisce un “obbligo non soggetto ad alcuna condizione né subordinato, per quanto riguarda la sua osservanza o i suoi effetti, all’emanazione di alcun atto da parte delle istituzioni dell’Unione o degli Stati membri”, l’effetto diretto di tale disposizione non è precluso dal fatto che “le [...] condizioni sostanziali e procedurali di applicazione [della medesima disposizione] debbano essere specificate dagli Stati membri”⁴⁷.

Una seconda recente pronuncia di primario rilievo è *NE II*⁴⁸, resa a seguito

⁴⁴ Sentenza *Becker*, cit., punti 27-30, specialmente punto 28. Tale principio era peraltro già desumibile dalla sentenza *van Duyn*, cit., punto 13.

⁴⁵ V., ad es., sentenza della Corte del 12 dicembre 1990, cause riunite C-100/89 e C-101/89, *Kaefer e Procacci*, punto 26; sentenza della Corte del 4 febbraio 2004, causa C-157/2002, *Rieser*, punto 40; e, più recentemente, sentenza della Corte del 4 ottobre 2018, causa C-384/17, *Link Logistic*, punti 47-56. Cfr. S. PRECHAL, *op. cit.*, pp. 247-249, spec. p. 248.

⁴⁶ Si veda, ad es., la sentenza della Corte del 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer*, punti 104-106.

⁴⁷ Sentenza della Corte del 14 gennaio 2021, causa C-387/19, *RTS*, punti 43-50, e, segnatamente, punto 48. Corsivo aggiunto. In merito a questa pronuncia sia consentito rinviare a D. GALLO, L. CECCHETTI, *La prassi regolatoria e giurisprudenziale italiana in materia di self-cleaning è compatibile con il diritto dell’Unione Europea?*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2021, pp. 244-292.

⁴⁸ Sentenza della Corte dell’8 marzo 2022, causa C-205/20, *NE II*.

di rinvio pregiudiziale di un tribunale amministrativo regionale austriaco in merito all'effetto diretto (verticale) del requisito di proporzionalità delle sanzioni di cui all'art. 20 della direttiva 2014/67⁴⁹.

La sentenza in discorso merita attenzione per una serie di profili⁵⁰, alcuni dei quali saranno richiamati nel prosieguo⁵¹. Per quanto qui interessa, tuttavia, essa viene in rilievo perché opera un esplicito *overruling* – che trova pochi precedenti nella pregressa giurisprudenza – del principio sancito solo pochi anni prima in *Link Logistic*.

Più in dettaglio, in *NE II*, la Corte ha sancito l'effetto diretto l'effetto diretto del predetto art. 20 della direttiva, ai sensi del quale “[g]li Stati membri stabiliscono le sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate in attuazione della presente direttiva e adottano tutte le misure necessarie per garantirne l'osservanza. Le sanzioni previste sono effettive, proporzionate e dissuasive”. In maniera diametralmente opposta, in *Link Logistic*, applicando i – pur laschi – criteri qui sopra brevemente ricordati, l'effetto diretto (verticale) del principio di proporzionalità delle sanzioni sancito in una disposizione di una direttiva completamente assimilabile a quella ricordata⁵² era stato escluso in maniera netta⁵³.

⁴⁹ Direttiva 2014/67/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi e recante modifica del regolamento (UE) n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno (“regolamento IMI”).

⁵⁰ Tra i commenti alla sentenza, si vedano X. GROUSSOT, A. LOXA, *Of the Practicability of Direct Effect and the 'Doctrine of Change'*, in *EU Law Live*, 29 March 2022, consultabile online; F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *Sistema Penale*, 26 aprile 2022, consultabile online; M. LANOTTE, *La proporzionalità della sanzione: un principio ritrovato? Note a margine della sentenza NE*, in *I Post di AISDUE*, n. 17, 2 maggio 2023, pp. 367-397.

⁵¹ Come si vedrà *infra* nel § 5, la sentenza in discorso interviene sul delicato rapporto tra effetto diretto, primato e disapplicazione.

⁵² Si trattava dell'art. 9 *bis* della direttiva 1999/62/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 1999, relativa alla tassazione a carico di autoveicoli pesanti adibiti al trasporto di merci su strada per l'uso di alcune infrastrutture, che così dispone: “Gli Stati membri pongono in essere gli adeguati controlli e determinano il regime sanzionatorio applicabile alle violazioni delle disposizioni nazionali adottate in applicazione della presente direttiva; adottano tutte le misure necessarie per garantirne l'attuazione. Le sanzioni previste devono essere effettive, proporzionate e dissuasive”.

⁵³ Sentenza *Link Logistic*, cit., punti 47-56.

Qual è l'*iter* logico-argomentativo che sorregge questo repentino *overruling*? L'applicazione dei due summenzionati criteri è caratterizzata non già e non solo dal rilassamento cui si è già fatto riferimento. È possibile notare una vera commistione e sovrapposizione tra gli stessi criteri. Da un alto, il carattere incondizionato dell'art. 20 della direttiva è ricollegato al tenore letterale di questa disposizione, che sarebbe incondizionata in quanto è formulata "in termini assoluti"⁵⁴. Tale carattere non è messo in discussione dal "fatto che [...] debba essere oggetto di trasposizione"⁵⁵. A sostegno di questa affermazione, viene posto il – di certo non nuovo – argomento incentrato sull'effetto utile dell'art. 288 TFUE⁵⁶. Dall'altro lato, la sufficiente precisione discenderebbe dal fatto che benché "tale disposizione concede agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nel definire il regime sanzionatorio [...], un siffatto margine di discrezionalità trova i propri limiti nel *divieto, enunciato in termini generali e inequivocabili* da detta disposizione, di prevedere sanzioni sproporzionate"⁵⁷.

Veniamo quindi a quelli che, qui sopra, sono stati definiti i "limiti" dell'effetto diretto delle direttive. Essi sono, a ben vedere, vere e proprie condizioni aggiuntive, intrinseche al *test* dell'effetto diretto allorquando esso è applicato a questa tipologia di atto.

Una prima, ulteriore condizione è, come noto, di ordine temporale: in ragione dei caratteri propri di questo strumento normativo⁵⁸, la questione dell'effetto diretto della disposizione di una direttiva può sorgere solo successivamente alla scadenza del termine per il recepimento della stessa nell'ordinamento nazionale in questione. Entro tale termine, pertanto, lo Stato membro non deve aver trasposto la direttiva ovvero non deve averla trasposta correttamente od integralmente⁵⁹.

⁵⁴ Sentenza *NE II*, cit., punto 23.

⁵⁵ *Ibidem*, punto 25.

⁵⁶ *Ibidem*, punto 26. In particolare, la Corte sostiene che ciò "equivarrebbe ad impedire ai singoli interessati di invocare, se del caso, il divieto di adottare sanzioni sproporzionate imposto da tale requisito. Orbene, sarebbe incompatibile con il carattere vincolante che l'articolo 288 TFUE riconosce alla direttiva di escludere, in linea di principio, che un siffatto divieto possa essere invocato dalle persone interessate".

⁵⁷ Sentenza *NE II*, cit., punto 27. Corsivo aggiunto.

⁵⁸ V. *supra* § 2.

⁵⁹ Si vedano, *ex multis*, sentenza *Becker*, cit., punto 25; sentenza della Corte dell'8 ottobre 1987, causa 80/86, *Kolpinghuis*, punto 7; sentenza *Pfeiffer*, cit., punto 103.

Ciò non toglie che, anche in pendenza del suddetto termine, le direttive producano degli effetti giuridici negli ordinamenti degli Stati membri, essendo stato ravvisato dalla Corte, in capo a questi ultimi, un obbligo di *standstill*⁶⁰, strettamente connesso al principio di leale cooperazione oggi sancito all'art. 4, par. 3, TUE⁶¹.

Infine, anche laddove le condizioni sin qui ricordate fossero soddisfatte nella loro interezza, come è noto, l'effetto diretto delle direttive potrà operare esclusivamente nei confronti dello Stato membro, in modo "unidirezionale" o "unilaterale".

Secondo una giurisprudenza costante della Corte, difatti, è escluso che le direttive possano imporre obblighi in capo ai singoli, tanto in controversie *inter privatos* (cc.dd. orizzontali)⁶² quanto in controversie nelle quali è il potere pubblico a fare affidamento sulla disposizione di una direttiva non correttamente trasposta determinando – in questo modo – un pregiudizio al patrimonio giuridico del singolo (c.d. effetto diretto rovesciato)⁶³. Quanto precede vale, a maggior ragione, ove l'efficacia diretta della direttiva determinasse o aggravasse la responsabilità penale di un individuo⁶⁴.

Il divieto di effetto diretto in controversie orizzontali delle direttive, avente ad oggetto l'ambito di applicazione *ratione personae* di tale effetto, è di gran lunga la questione aperta più problematica e discussa. Occorre dunque passare ad esaminare siffatto divieto e le sue consolidate – ed ormai variegata – eccezioni, prestando particolare attenzione – come anticipato – agli sviluppi giurisprudenziali recentemente intervenuti a questo riguardo.

⁶⁰ Vale a dire l'obbligo di astenersi dall'adottare disposizioni che possano compromettere gravemente il risultato prescritto dalla direttiva stessa, si veda la sentenza della Corte del 18 dicembre febbraio 1997, causa C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie*, punti 35-50.

⁶¹ In merito a questo principio, v. *amplius* F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione Europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, Napoli, 2020.

⁶² Sentenza *Marshall*, cit., punto 48; sentenza *Kolpinghuis*, cit., punto 9; sentenza della Corte del 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, punti 22-25; sentenza della Corte del 7 marzo 1996, causa C-192/94, *El Corte Inglés*, punti 15-17; sentenza *Pfeiffer*, cit., punto 108; sentenza del 24 gennaio 2012, causa C-282/10, *Dominguez*, punto 37.

⁶³ Sentenza *Marshall*, cit., punti 48-49; sentenza *Faccini Dori*, cit., punto 22; sentenza *El Corte Inglés*, cit., punto 16; sentenza della Corte del 21 ottobre 2010, causa C-227/09, *Accardo e a.*, punto 46.

⁶⁴ Sentenza della Corte dell'11 giugno 1987, causa 14/86, *Pretore di Salò*, punti 17-20; del 26 settembre 1996, causa C-168/95, *Arcaro*, punti 35-38; del 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*, punti 70-78.

4. *Sul divieto di “effetto diretto orizzontale” delle direttive e sulle sue eccezioni*

Il divieto in discorso trova ancor oggi fondamento in una giurisprudenza costante della Corte di giustizia, che poggia su diversi argomenti⁶⁵, almeno in parte superabili⁶⁶. Tra questi consolidati argomenti, può essere utile ricordare le esigenze di certezza del diritto e la diversa natura delle direttive rispetto ai regolamenti.

Secondo questo filone giurisprudenziale, in sintesi, “una direttiva non può di per sé creare *obblighi* a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere *in quanto tale* nei suoi confronti dinanzi a un giudice nazionale”⁶⁷. Con la conseguenza che, “anche se chiara, precisa e incondizionata, una disposizione di una direttiva non consente al giudice nazionale di *disapplicare* una disposizione del suo diritto interno ad essa contraria se, in tal modo, venisse imposto *un obbligo aggiuntivo* a un singolo”⁶⁸.

4.1. *Perché un revirement giurisprudenziale non è la migliore “exit strategy” dal divieto*

La perimetrazione di questo divieto e le eccezioni allo stesso si sono sviluppate nella giurisprudenza della Corte secondo percorsi non sempre lineari,

⁶⁵ In breve: (i) un argomento testuale, basato sulla formulazione dell’odierno art. 288 TFUE, ai sensi del quale “[l]a direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta [...]”; (ii) il principio dell’*estoppel*, secondo cui l’effetto diretto delle direttive è volto ad impedire che uno Stato membro tragga vantaggio dal proprio mancato rispetto del diritto dell’Unione (v. sentenza *Ratti*, cit., punto 22), con la conseguenza che gli individui non possono essere ritenuti responsabili della mancata attuazione di una direttiva da parte dello Stato; (iii) un argomento di carattere sistematico, secondo cui, qualora venisse riconosciuto detto effetto diretto orizzontale, la distinzione tra atti di diritto derivato sancita dall’art. 288 TFUE – segnatamente, la distinzione tra “direttive” e “regolamenti” – verrebbe meno; e (iv) la certezza del diritto, considerato che – diversamente da quanto oggi in generale imposto dall’art. 297 TFUE – esse non erano originariamente oggetto di pubblicazione (v. sentenza della Corte del 7 gennaio 2004, causa C-201/02, *Wells*, punto 56).

⁶⁶ Per una critica di queste argomentazioni, si veda R. SCHÜTZE, *Direct Effects and Indirect Effects of Union Law*, in R. SCHÜTZE, T. TRIDIMAS (eds.), *Oxford Principles Of European Union Law: Volume I The European Union Legal Order: Volume I*, Oxford, 2018, pp. 265-299, spec. pp. 279-280; J. COPPEL, *Rights, Duties and the End of Marshall*, in *The Modern Law Review*, 1994, pp. 859-879.

⁶⁷ Sentenza della Corte del 24 giugno 2019, causa C-573/17, *Popławski II*, punto 65. Corsivo aggiunto.

⁶⁸ *Ibidem*, punto 67. Corsivo aggiunto.

definiti “creativi” e anche “imprevedibili”⁶⁹. L'intento di questo filone giurisprudenziale è evidente ed in larga misura apprezzabile, e può essere ravvisato nel garantire l'effettività dei diritti conferiti agli individui dall'ordinamento dell'Unione, evitando disparità di trattamento legate alla natura verticale od orizzontale del rapporto giuridico⁷⁰.

Dall'analisi di tale giurisprudenza emerge che le limitazioni ed eccezioni al divieto sono a tal punto numerose da potersi sostenere che il divieto di effetto diretto orizzontale delle direttive appaia oggi come l'eccezione, e non già il contrario⁷¹.

Ne discende che, in breve, gli obiettivi e argomenti sottesi al divieto appaiono oggi disattesi e finanche traditi. Le eccezioni giurisprudenziali nel tempo elaborate dalla Corte generano una non trascurabile incertezza giuridica⁷², che – a questo riguardo – sembra porre gli individui in una posizione peggiore rispetto alla incertezza che conseguirebbe al superamento del divieto⁷³.

È sulla base di queste considerazioni che parte della dottrina ha suggerito

⁶⁹ F. CAPELLI, *Evoluzione, splendori, e decadenza delle direttive comunitarie.*, cit., p. 19; F. CAPELLI, *L'efficacia orizzontale delle direttive secondo una giurisprudenza incompiuta*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1994, p. 51 ss.; F. EMMERT, M. PEREIRA DE AZEVEDO, *L'effet horizontal des directives - La jurisprudence de la CJCE: un bateau ivre?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1993, pp. 503-524.

⁷⁰ Disparità che, come è stato argomentato, per quanto riguarda l'ordinamento italiano potrebbe essere rimediata mediante l'intervento della Corte costituzionale italiana, si veda R. MASTROIANNI, *Direttive non attuate, rimedi alternativi e principio di eguaglianza*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1998, p. 43 ss.; ID., *On the Distinction Between Vertical and Horizontal Direct Effects of Community Directives: What Role for the Principle of Equality?*, in *European Public Law*, 1999, pp. 417-435.

⁷¹ M. BOBEK, *Why Is It Better to Treat Every Provision of EU Directives as Having Horizontal Direct Effect?*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2023, pp. 211-220; T. TRIDIMAS, *Black, White, and Shades of Grey: Horizontality of Directives Revisited*, in *Yearbook of European Law*, 2001, pp. 327-354.

⁷² P. V. FIGUEROA REGUEIRO, *Invocability of Substitution and Invocability of Exclusion: Bringing Legal Realism to the Current Developments of the Case-Law of “Horizontal” Direct Effect of Directives*, in *Jean Monnet Working Paper*, n. 7, 2002.

⁷³ EDITORIAL COMMENTS, *Horizontal Direct Effect – A Law of Diminishing Coherence?*, in *Common Market Law Review*, 2006, pp. 1-8; P. CRAIG, *The Legal Effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions*, in *European Law Review*, 2009, p. 349 ss., spec. p. 376.

il definitivo abbandono dello stesso⁷⁴. Pur comprendendo le perplessità evidenziate da questi Autori, occorre innanzitutto ricordare che la Corte di giustizia non è il solo attore che, tramite la sua azione, garantisce l'effettività del diritto dell'Unione. La giurisprudenza della Corte è stata capace di traghettare l'effettività delle direttive fino a un certo punto, ponendo un argine al diffuso fenomeno della incorretta, incompleta, o tardiva trasposizione delle direttive negli ordinamenti nazionali⁷⁵, ma altre istituzioni possono giocare un ruolo parimenti importante. Tra queste, assume particolare rilievo l'azione della Commissione europea⁷⁶.

In secondo luogo, l'effettività assicurata dalla Corte in uno specifico caso portato alla sua attenzione non è né l'unico interesse meritevole di tutela esistente né – in modo interconnesso – l'unica dimensione della effettività esistente. Il contributo di ogni tecnica o strategia volta ad assicurare detta effettività dovrebbe tenere in considerazione il suo impatto prospettico, nel medio-lungo periodo⁷⁷.

Ora, anche ove si volesse sostenere che il disposto dell'art. 288 TFUE non osta *per sé* al superamento del divieto di effetto diretto orizzontale delle direttive⁷⁸, coniugando tale effetto diretto con il ricorso alla tecnica delle direttive

⁷⁴ M. BOBEK, *Why Is It Better to Treat Every Provision of EU Directives as Having Horizontal Direct Effect?*, cit.; D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali.*, cit., pp. 290-346; O. POLLICINO, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta – La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in *MediaLaws - Rivista di diritto dei media*, 2018, p. 138 ss.; P. CRAIG, *The Legal Effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions*, cit.; F. BECKER, A. CAMPBELL, *The Direct Effect of European Directives: Towards the Final Act?*, in *Columbia Journal of European Law*, 2007, p. 401 ss.; C. A. VARNER, *The Effectiveness of European Community Law with Specific Regard to Directives: The Critical Step Not Taken by the European Court of Justice*, in *Michigan Journal of International Law*, 2001, pp. 457-488; T. TRIDIMAS, *Horizontal effect of directives: a missed opportunity?*, in *European Law Review*, 1994, pp. 621-636; F. EMMERT, *Horizontale Drittwirkung von Richtlinien? Lieber ein Ende mit Schrecken als ein Schrecken ohne Ende!*, in *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 1992, pp. 56-67; J. COPPEL, *op. cit.*; A. ARNULL, *The Direct Effect of Directives: Grasping the Nettle*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1986, pp. 939-946.

⁷⁵ P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU Law.*, cit., pp. 235-236.

⁷⁶ F. SNYDER, *op. cit.*, p. 54; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, 1997, pp. 394-402 e pp. 437-450.

⁷⁷ Cfr. F. SNYDER, *op. cit.*, p. 54.

⁷⁸ In questo senso, si veda, ad es., R. SCHÜTZE, *Direct Effects and Indirect Effects of Union*

dettagliate e con il rilassamento del *test* dell'effetto diretto⁷⁹, la specifica natura e la funzione di questo strumento normativo⁸⁰ verrebbero definitivamente meno, ad avviso di chi scrive.

Più in particolare, ove le istituzioni politiche UE abbiano optato per una direttiva benché l'adozione di un regolamento fosse in astratto possibile, un generalizzato effetto diretto orizzontale delle disposizioni della direttiva mal si concilierebbe con l'allocatione "orizzontale" delle competenze tra istituzioni, e, segnatamente, tra potere legislativo e potere giudiziario. Nel caso in cui, invece, la base giuridica utilizzata per l'adozione della direttiva escludesse il ricorso al regolamento⁸¹, è il riparto "verticale" di competenze tra Unione e Stati membri che verrebbe significativamente pregiudicato.

A fianco di queste perplessità teoriche, il "ripensamento" della Corte in merito al divieto, auspicato da parte della dottrina, mi pare ponga delle perplessità anche da un punto di vista pragmatico. Infatti, a fronte di una giurisprudenza quasi quarantennale che sancisce il divieto, soltanto un *revirement* giurisprudenziale esplicito (per così dire, "stile *NE II*"⁸²) sembrerebbe in grado di superare lo stesso⁸³. Non ritengo tuttavia che tale tecnica sia una strada percorribile in relazione al divieto di effetto diretto orizzontale delle direttive – visto che non si tratterebbe di chiarire una "questione aperta" ma di rinnegare una giurisprudenza consolidata. Né che essa sia opportuna, dovendo per l'appunto sconfessare un indirizzo consolidato senza che siano intervenuti modifiche sostanziali alla disciplina dell'atto in discorso⁸⁴.

Anche per questi motivi, risulta invece maggiormente in linea con il *modus*

Law, cit., p. 280; R. MASTROIANNI, *On the Distinction Between Vertical and Horizontal Direct Effects of Community Directives*, cit.

⁷⁹ V. *supra* § 3.

⁸⁰ Atto normativo espressione di sussidiarietà e funzionale al decentramento del processo decisionale, come ricordato *supra* nel § 2.

⁸¹ Per alcuni esempi, v. *supra* nota n. 12.

⁸² V. *supra* § 3.

⁸³ Differentemente dal chiarimento operato dalla Grande Sezione in merito al rapporto tra principio del primato, effetto diretto e disapplicazione nella sentenza *Popławski II*, cit., questione rispetto alla quale non vi era un indirizzo univoco precedentemente esplicitato nella giurisprudenza della Corte.

⁸⁴ Eccezione fatta per l'estensione allo stesso (ove rivolto alla totalità degli Stati membri), con il Trattato di Maastricht, dell'obbligo di pubblicazione nella GUUE, oggi sancito dall'art. 297 TFUE.

operandi della Corte, come dimostra la recente giurisprudenza in relazione all'art. 267, par. 3, TFUE⁸⁵, una “strategia dei piccoli passi”⁸⁶ che apporti gli accorgimenti ed i chiarimenti necessari con un tratto di penna delicato e “circospezione”, ossia avendo attenzione al potenziale impatto di tali sviluppi⁸⁷.

Per quanto rileva ai fini del presente lavoro, questi chiarimenti dovranno avere ad oggetto non tanto il divieto, ma le numerose eccezioni allo stesso. Dopo aver brevemente riepilogato le stesse⁸⁸, come anticipato nel § introduttivo, ci si concentrerà sugli sviluppi intervenuti in relazione a due di queste eccezioni, segnatamente l'effetto diretto incidentale e l'interazione tra disposizioni di una direttiva ed il diritto primario (il c.d. schema *Mangold*).

In breve, le eccezioni sviluppate nella giurisprudenza della Corte incidono su quattro principali passaggi del divieto di effetto orizzontale, per come illustrato *supra*⁸⁹.

Primo aspetto o eccezione: la creazione di “obblighi aggiuntivi” in capo ai privati – vietata – viene tenuta distinta dalle “mere ripercussioni negative” in capo agli stessi, consentite⁹⁰ e riscontrabili in relazione a quelle che abbiamo

⁸⁵ Il riferimento è alla sentenza della Corte del 6 ottobre 2021, causa C-561/19, *Consorzio Italian Management II*, in relazione alla quale, si veda M. BROBERG, N. FENGER, *If You Love Somebody Set Them Free: On the Court Of Justice's Revision of The Acte Clair Doctrine*, in *Common Market Law Review*, 2022, pp. 711-738; L. CECCHETTI, D. GALLO, *The Unwritten Exceptions to the Duty to Refer After Consorzio Italian Management II: 'CILFIT Strategy' 2.0 and its Loopholes*, in *Review of European Administrative Law*, 2022, pp. 29-61; F.-X. MILLET, *Cilfit Still Fits*, in *European Constitutional Law Review*, 2022, pp. 533-555.

⁸⁶ G. GENTILE, M. BONELLI, *La jurisprudence des petits pas: C-561/19, Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi and Catania Multiservizi*, in *REALaw.blog*, 30 November 2021, consultabile *online*.

⁸⁷ L. CECCHETTI, *CILFIT 'motionless Titan' has moved, albeit softly and with circumspection: Consorzio Italian Management II*, in *REALaw.blog*, 21 January 2022, consultabile *online*.

⁸⁸ Un compiuto esame delle varie eccezioni esula dall'ambito di indagine della presente analisi. A questo riguardo, v. *amplius* R. MASTROIANNI, *Direttive non attuate, rimedi alternativi e principio di eguaglianza*, cit.; R. MASTROIANNI, *On the Distinction Between Vertical and Horizontal Direct Effects of Community Directives*, cit.; P. CRAIG, *The Legal Effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions*, cit.

⁸⁹ V. *supra* § 4.1.

⁹⁰ In merito alla distinzione tra questi due concetti, si veda la proposta di L. SQUINTANI, J. LINDENBOOM, *The Normative Impact of Invoking Directives: Casting Light on Direct Effect and the Elusive Distinction between Obligations and Mere Adverse Repercussions*, in *Yearbook of European Law*, 2019, pp. 18-72.

definito “*Public law directives*”⁹¹. In seno a questa macrocategoria, è possibile distinguere due diversi scenari⁹². Da un lato, i cc.dd. rapporti triangolari, rappresentati da controversie tra un individuo ed uno Stato membro gli esiti delle quali avranno ripercussioni anche su altri soggetti privati⁹³. Gli esempi più ricorrenti di questo primo scenario sono riscontrabili nel settore degli appalti pubblici e delle direttive in materia ambientale, come dimostrano i noti casi *Fratelli Costanzo*⁹⁴ e *Wells*⁹⁵.

Dall'altro lato, vengono in rilievo quelli che sono stati definiti “effetti diretti incidentali”⁹⁶. Essi ricorrono in controversie tra parti private in cui una di esse invoca un obbligo procedurale di notifica di regole tecniche, sancito in una direttiva, per escludere l'applicabilità di una regola tecnica nazionale non notificata. Questa ipotesi è stata elaborata in relazione agli obblighi imposti dalla direttiva 83/189/⁹⁷ – oggi direttiva 2015/1535⁹⁸ – nelle sentenze *CIA Security*⁹⁹ e *Unilever*¹⁰⁰. In ragione delle incertezze relative al rapporto tra effetto diretto, primato e disapplicazione, questi casi sono stati spesso ricollegati¹⁰¹ alla più ampia questione dell’“effetto oggettivo/oppositivo” dell’effetto diretto

⁹¹ V. *supra* § 2.

⁹² Diversi esercizi di classificazione sono certamente possibili, v., ad es., S. PRECHAL, *op. cit.*, pp. 262-269, ove l'A. utilizza le espressioni “multi- angular relationships” e “collateral challenge in private litigation”; K. LACKHOFF, H. NYSENS, *Direct effect of Directives in triangular situations*, in *European Law Review*, 1998, pp. 397-413, spec. pp. 401-402, dove sono individuati tre differenti gruppi di “situazioni triangolari”.

⁹³ Sul punto, v. D. COLGAN, *Triangular Situations: The Coup de Grâce for the Denial of Horizontal Direct Effect of Community Directives*, in *European Public Law*, 2002, pp. 545-568.

⁹⁴ Sentenza della Corte del 22 giugno 1989, causa 103/88, *Fratelli Costanzo*.

⁹⁵ Sentenza *Wells*, *cit.*, punti 56-58.

⁹⁶ P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU Law*, *cit.*, pp. 251-255.

⁹⁷ Direttiva 83/189/CEE del Consiglio, del 28 marzo 1983, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche.

⁹⁸ Direttiva 2015/1535 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 settembre 2015, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione.

⁹⁹ Sentenza della Corte del 30 aprile 1996, causa C-194/94, *CIA Security International*.

¹⁰⁰ Sentenza della Corte del 26 settembre 2000, causa C-443/98, *Unilever*.

¹⁰¹ V., ad es., P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU Law*, *cit.*, pp. 253-254; S. PRECHAL, *op. cit.*, pp. 266-269.

(c.d. *invocabilité d'exclusion*)¹⁰², per decenni considerato da parte della dottrina come qualcosa di diverso e distinto dall'effetto diretto "in senso stretto", pertanto ammissibile anche in controversie orizzontali¹⁰³. A seguito del chiarimento operato dalla Grande Sezione in *Popławski II*¹⁰⁴, sulla quale torneremo nel prosieguo, l'assimilazione di *CIA Security* ed *Unilever* con l'*invocabilité d'exclusion* non appare più sostenibile¹⁰⁵. Come anticipato, uno degli sviluppi di cui verrà dato conto tra poco concerne precisamente la questione degli effetti diretti incidentali.

Seconda eccezione: la nozione di "singolo" viene opposta ad un'ampia concezione di "Stato membro", da intendersi come qualsivoglia organismo o ente soggetto all'autorità o al controllo dello Stato o che, indipendentemente dalla sua forma giuridica, dispone di poteri che eccedono i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra singoli¹⁰⁶.

Terza eccezione: ancorché la direttiva "di per sé" o "in quanto tale" non possa imporre obblighi aggiuntivi in capo ai singoli, diverso è invece il caso in cui essa risulti funzionalmente connessa ad una fonte di diritto primario o ad altra norma dell'Unione capace di dispiegare effetti diretti anche in controversie orizzontali. L'interazione tra disposizioni di una direttiva e altre norme

¹⁰² Y. GALMOT, J.-C. BONICHOT, *La Cour de Justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national*, in *Revue française de droit administrative*, 1988, pp. 15-25.

¹⁰³ S. PRECHAL, *op. cit.*, pp. 268-269; K. LENAERTS, T. CORTHAUT, *Of birds and hedges: The role of primacy in invoking norms of EU law*, in *European Law Review*, 2006, pp. 287-315, spec. p. 310; D. SIMON, *La directive européenne*, cit., pp. 94-99; J.-V. LOUIS, G. VANDERSANDEN, D. WAELBROECK, M. WAELBROECK, *Commentaire Mégret, Vol. 10. La Cour de justice; Les actes des institutions*, Bruxelles, 1993, p. 512; C. W. A. TIMMERMANS, *op. cit.*, pp. 543-551.

¹⁰⁴ Sentenza *Popławski II*, cit.

¹⁰⁵ Ciò, ad avviso di chi scrive, risultava anche dalla precedente giurisprudenza, v., ad es., la sentenza *Smith*, cit., punti 53 e 54, ove viene esclusa l'estensione dell'effetto diretto incidentale alle disposizioni di una direttiva in materia di ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli. Peraltro, la giurisprudenza citata da alcuni Autori a fondamento di una lettura ampia della eccezione al divieto di effetto diretto orizzontale in discorso – come ad esempio le sentenze della Corte del 18 giugno 1991, causa C-369/89, *Peters I*, e del 12 ottobre 1995, causa C-85/94, *Peters II* – non affrontano direttamente la questione dell'effetto diretto, limitandosi ad utilizzare la trita formula "osta"/"non osta".

¹⁰⁶ Sentenza della Corte del 12 luglio 1990, causa C-188/89, *Foster*, punti 18-20; sentenza della Corte del 10 ottobre 2017, causa C-413/15, *Farrel*, punti 33-35.

dell'ordinamento UE si è posta tanto con riguardo a norme di diritto secondario, e, segnatamente, di disposizioni di un regolamento che operavano un espresso rinvio alle disposizioni di una direttiva¹⁰⁷, quanto a norme di diritto primario. In relazione a queste ultime, benché il fenomeno non sia nuovo¹⁰⁸, è stato l'utilizzo congiunto delle disposizioni di una direttiva e di diritti fondamentali protetti dall'Unione – tanto in quanto principi generali ovvero in quanto sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE (la “Carta”) – ad attirare maggiormente l'attenzione degli studiosi¹⁰⁹. Anche a questo riguardo sono intervenuti degli sviluppi che saranno illustrati nel prosieguo.

Infine, un quarto elemento di ridimensionamento del divieto consiste nell'obbligo di interpretazione conforme (c.d. effetto indiretto)¹¹⁰. Questo più duttile strumento per riallineare in via interpretativa le disposizioni nazionali con il diritto UE, che viene in soccorso anche laddove l'effetto diretto appaia precluso¹¹¹, è stato da tempo valorizzato dalla Corte¹¹². Infatti, da un lato, le

¹⁰⁷ Sentenza della Corte del 17 gennaio 2008, cause riunite C-37/06 e C-58/06, *Viamex*. Per un'analisi di questo scenario, v. P. CRAIG, *The Legal Effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions*, cit., pp. 369-372.

¹⁰⁸ Nella stessa sentenza *Van Duyn*, il collegamento funzionale tra l'obbligo *ex art. 3*, n. 1, della direttiva 221/64 ed il diritto alla libera circolazione dei lavoratori sancito dall'allora art. 48 del Trattato CEE assume primario rilievo nell'*iter* logico-argomentativo della Corte, v. sentenza *Van Duyn*, cit., punto 13.

¹⁰⁹ Si considerino le sentenze della Corte del 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*; del 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Kücükdeveci*; del 15 gennaio 2014, causa C-176/12, *AMS*; del 19 aprile 2016, causa C-441/14, *Dansk Industri*; del 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*; dell'11 settembre 2018, causa C-68/17, *IR*; del 6 novembre 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Bauer*; del 6 novembre 2018, causa C-684/16, *Max-Planck*; del 22 gennaio 2019, causa C-193/17, *Cresco Investigation*. Sulle prime battute di questo percorso, nella prospettiva che interessa in questa sede, v. A. DASHWOOD, *From Van Duyn to Mangold via Marshall: Reducing Direct Effect to Absurdity?*, cit.

¹¹⁰ Come è noto, affermato nelle sentenze della Corte del 10 aprile 1984, causa 14/83, *von Colson*, punti 26-28; del 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*.

¹¹¹ Ad esso si aggiunge l'azione per il risarcimento danni, esperibile in conformità alle condizioni fissate dalla giurisprudenza della Corte.

¹¹² G. DE BÚRCA, *Giving Effect to European Community Directives*, in *The Modern Law Review*, 1992, pp. 215-240; G. BETLEM, *The Doctrine of Consistent Interpretation – Managing Legal Uncertainty*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2002, pp. 397-418.

“maglie” di questo strumento sono state progressivamente ampliate¹¹³, dall’altro lato, almeno nei casi in cui venga in rilievo l’effetto diretto orizzontale di diritti fondamentali, l’interpretazione conforme sembra assumere precedenza logico-giuridica rispetto al *test* dell’effetto diretto e alla disapplicazione¹¹⁴.

4.2. *Sviluppi in tema di effetto diretto incidentale*

Veniamo dunque ai recenti sviluppi in tema di effetto diretto incidentale e di interazione tra diritti fondamentali e direttive in controversie orizzontali.

In relazione al primo profilo, viene in rilievo la sentenza della Corte nella causa *Airbnb Ireland*¹¹⁵, pronunciata nel dicembre del 2019. Il caso, in breve, aveva ad oggetto, da un lato, la possibilità di sussumere l’attività svolta da *Airbnb* nella nozione di “servizio della società della informazione” ai sensi della direttiva 2000/31¹¹⁶, e, dall’altro lato, la compatibilità con il diritto dell’Unione – e segnatamente con l’art. 3, par. 4, lett. b), secondo trattino, della stessa direttiva – della c.d. legge Hoguet. Quest’ultima consiste in una legge francese, adottata negli anni ’70, volta a disciplinare l’esercizio delle attività dei professionisti nel settore immobiliare, prescrivendo la titolarità di una licenza a tal fine e prevedendo un apparato sanzionatorio di natura penale applicabile a chiunque eserciti tali attività, tra l’altro, pur essendo privo di tale licenza.

Più in particolare, ai sensi dell’art. 3 della direttiva 2000/31, uno Stato membro non può adottare un provvedimento volto a limitare la libera circolazione dei servizi della società dell’informazione provenienti da un altro Stato membro, a meno che esso non risulti necessario per tutelare uno degli obiettivi tassativamente indicati alla lettera b) del paragrafo 4 dello stesso articolo e pur sempre nel rispetto del principio di proporzionalità. Prima di adottare tali

¹¹³ Secondo Niglia lo stesso limite del *contra legem* sarebbe stato, in sostanza, ridimensionato se non addirittura superato, v. L. NIGLIA, *Conforming Interpretation*, in *European Review of Private Law*, 2022, pp. 635-658.

¹¹⁴ Faccio riferimento al filone giurisprudenziale relativo al combinato disposto direttiva-Carta in controversie orizzontali, v. *supra* nota n. 109. Si ritornerà sul punto nel § conclusivo.

¹¹⁵ Sentenza della Corte del 19 dicembre 2019, causa C-390/18, *Airbnb Ireland*.

¹¹⁶ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (“direttiva sul commercio elettronico”).

provvedimenti, peraltro, l'intenzione di procedere in tal senso deve essere notificata, oltre allo Stato membro da cui provengono i servizi, alla Commissione europea, incaricata di verificarne la compatibilità con il diritto UE. Inutile dire che la Francia non avesse notificato la legge Hoguet né alla Commissione né all'Irlanda, Stato membro di stabilimento della *Airbnb Ireland*¹¹⁷.

A prescindere dal caso di specie – un procedimento penale a carico di *Airbnb Ireland* nell'ambito del quale quest'ultima sosteneva l'inopponibilità della legge Hoguet nei propri confronti –, la sentenza in esame è di primario interesse in quanto sancisce che il principio stabilito nelle sentenze *CIA Security* e *Unilever* può essere esteso alle misure restrittive che costituiscono un ostacolo alla libera circolazione dei servizi non notificate¹¹⁸, ossia al di là della mancata notifica di mere “regole tecniche”. In particolare, la Corte afferma che “analogamente a quanto avviene di solito nel caso delle regole tecniche non notificate dallo Stato membro [...], l'inopponibilità di un provvedimento non notificato che limiti la libera prestazione dei servizi della società dell'informazione può essere invocata in occasione non solo di un procedimento penale [...], ma anche in una controversia tra privati”¹¹⁹.

Così facendo, la Corte ha ampliato il campo di applicazione del filone giurisprudenziale relativo agli obblighi procedurali sostanziali e alle conseguenze della loro inosservanza – qui sopra richiamato –, applicando “per analogia”¹²⁰ i principi sanciti in *CIA Security* e *Unilever* a misure restrittive in deroga alla libera circolazione dei servizi.

Se l'intento della Corte e la rilevanza di questa pronuncia per quanto riguarda la tematica degli effetti diretti incidentali appaiono evidenti, non sono altrettanto chiare le premesse tecniche di una siffatta applicazione analogica né le implicazioni sistemiche di questa operazione¹²¹.

Questa “apertura” della Corte impone di tornare a riflettere con maggiore attenzione sulla dicotomia tra “creazione di un obbligo” e “mere ripercussioni negative”. Tra le varie spiegazioni del fenomeno degli effetti diretti incidentali

¹¹⁷ Sentenza *Airbnb Ireland*, cit., punto 86.

¹¹⁸ Come anticipato, l'obbligo di notifica è imposto dall'art. 3, par. 4, lett. b), secondo trattino, della direttiva 2000/31, cit.

¹¹⁹ Sentenza *Airbnb Ireland*, cit., punto 97. Corsivo aggiunto.

¹²⁰ *Ibidem*, punti 94, 96, e 97.

¹²¹ Come è stato rilevato da G. FEDELE, *Sugli effetti della violazione di obblighi procedurali sostanziali: in margine alla sentenza Airbnb*, in *europeanpapers.eu*, 2020, pp. 433-446.

proposte dalla dottrina¹²², merita attenzione la “teoria dell’impatto normativo” (“*normative impact theory*”), elaborata da Squintani e Lindeboom. In sintesi, la teoria in discorso si basa sulla distinzione tra, da un lato, norme nazionali che governano direttamente la controversia dinnanzi al giudice nazionale, e, dall’altro lato, il “quadro fattuale” (“*Factual framework*”) nel quale dette norme trovano applicazione, inteso come l’insieme delle circostanze di diritto e di fatto che vengono in rilievo nella controversia¹²³. Secondo gli autori, l’imposizione di un nuovo “obbligo” – vietata in controversie orizzontali – ricorrebbe soltanto qualora l’effetto diretto di una norma UE incida sulle norme nazionali che governano *direttamente* la controversia orizzontale¹²⁴. Diversamente, ove l’effetto diretto incida sulla applicabilità di una diversa norma dell’ordinamento giuridico nazionale, che viene in rilievo come una sorta di “antecedente” di fatto o di diritto in tale controversia, saremmo in presenza di mere ripercussioni negative.

La posizione di questi Autori mi pare in linea con quella tracciata nella sentenza *Smith* tra “norm[e] giuridic[he] sulla base della quale il giudice nazionale doveva risolvere la controversia dinanzi ad esso pendente” e altre norme adottate dallo Stato membro¹²⁵. Questa ricostruzione, peraltro, conferma l’importanza che il contesto concreto e la “sintassi normativa nazionale” rivestono nel contesto della dottrina dell’effetto diretto¹²⁶.

Se tale teoria appare in grado di spiegare la giurisprudenza della Corte sino ad oggi, tuttavia, non sono altrettanto certo che lo stesso valga nel caso in cui il principio sancito in *Airbnb Ireland* trovi effettivamente seguito in controversie *inter privatos*. A differenza delle “mere regole tecniche”, la categoria delle misure nazionali restrittive che costituiscono un ostacolo alla libera circolazione dei servizi ricomprende una fattispecie variegata di ipotesi, ivi incluse norme non notificate che vengano *direttamente* in rilievo in controversie orizzontali. Ne consegue che, ove tali norme dovessero essere disapplicate in quanto non notificate anche in controversie orizzontali, si verrebbe a verificare

¹²² Per un efficace riepilogo di tali teorie, si veda L. SQUINTANI, J. LINDENBOOM, *op. cit.*, pp. 42-53.

¹²³ L. SQUINTANI, J. LINDENBOOM, *op. cit.*, p. 55.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ Sentenza *Smith*, *cit.*, punti 53-54.

¹²⁶ L. SQUINTANI, J. LINDENBOOM, *op. cit.*, p. 55. In generale nel senso indicato nel testo, v. S. PRECHAL, *op. cit.*, pp. 249-253; P. PESCATORE, *op. cit.*, p. 153.

un disallineamento rispetto alla predetta distinzione tra “obbligo” e “mere ripercussioni negative” posta a fondamento di questa eccezione.

4.3. *Sviluppi in merito alla interazione tra disposizioni delle direttive e diritto primario (c.d. “schema Mangold”)*

Procediamo ora con il secondo recente sviluppo in merito alle eccezioni al divieto di effetti diretti in controversie orizzontali, relativo alla interazione tra disposizioni di una direttiva e fonti di diritto primario¹²⁷. Il tema più delicato a questo riguardo è rappresentato dal “collegamento funzionale” tra le due fonti necessario e sufficiente per integrare l'eccezione in discorso. Per quanto interessa in questa sede, la problematica in esame ha registrato, dapprima, uno sviluppo in senso estensivo mediante l'applicazione per analogia dello schema *Mangold*. Si tratta del filone giurisprudenziale relativo al diritto fondamentale alle ferie annuali retribuite, oggi sancito all'art. 31, par. 2, della Carta¹²⁸ inaugurato dalle sentenze *Bauer*¹²⁹ e *Max-Planck*¹³⁰. Più recentemente, tuttavia, l'estensione dello schema *Mangold* – e quindi dell'eccezione in discorso – ha conosciuto una “battuta di arresto” nella sentenza *Thelen Technopark*¹³¹, nella quale veniva in rilievo l'utilizzo congiunto della c.d. direttiva servizi¹³² e dell'art. 49 TFUE, nonché dell'art. 16 della Carta.

Si noti che, nelle pronunce della Corte cui si farà riferimento, la disapplicazione di una disposizione nazionale in controversie tra privati è *formalmente* ricollegata all'effetto diretto orizzontale della norma di diritto primario. Ciononostante, non vi è dubbio che il parametro normativo sulla base viene valu-

¹²⁷ Si tratta della terza eccezione introdotta *supra* nel § 4.1.

¹²⁸ Non si tratta dell'unico filone giurisprudenziale della Corte che riveste interesse per lo studio della interazione in discorso. Benché riguardasse una controversia verticale, e non sia chiaro il ruolo effettivamente svolto dalla Carta – richiamata *en passant* – il tema della interazione tra quest'ultima (e segnatamente tra l'art. 49, par. 3, della stessa) e disposizioni di direttive strettamente connesse a un diritto fondamentale viene parzialmente in rilievo anche in *NE II*, v. nella sentenza *NE II*, cit., punto 31.

¹²⁹ Sentenza *Bauer*, cit.

¹³⁰ Sentenza *Max-Planck*, cit.

¹³¹ Sentenza della Corte del 18 gennaio 2022, causa C-261/20, *Thelen Technopark*.

¹³² Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno.

tata la compatibilità del diritto nazionale con il diritto dell'Unione è rappresentato dalle disposizioni della direttiva che dà espressione a tale norma di diritto primario¹³³, in assenza della quale non si potrebbe pervenire al medesimo risultato¹³⁴. È in questa prospettiva che, in luogo della espressione normalmente utilizzata in questo scritto (schema *Mangold*), si è anche parlato di estensione di “*Mangold trick*”¹³⁵.

Quanto a *Bauer e Max-Planck*, come è noto, le cause principali concernevano il pagamento di una indennità in sostituzione delle ferie non godute dal dipendente prima della fine del rapporto di lavoro. Nel caso *Bauer*, il rifiuto del datore di lavoro di pagare l'indennità in questione agli eredi dei dipendenti era motivato da disposizioni della legge federale sulle ferie e del codice civile tedesco che escludevano il diritto alle ferie retribuite dall'inclusione nell'eredità. Disposizioni nazionali la cui incompatibilità con il diritto dell'Unione, e, segnatamente, con l'art. 7 della direttiva 2003/88¹³⁶, era stata dichiarata in precedenza¹³⁷. Il problema centrale riguardava pertanto le conseguenze giuridiche di tale incompatibilità in una controversia orizzontale. La domanda sulle conseguenze giuridiche della – eventuale – incompatibilità veniva sollevata anche nel rinvio pregiudiziale operato nella causa *Max-Planck*, nella quale veniva in rilievo una legge nazionale secondo la quale i lavoratori venivano privati automaticamente del loro diritto alle ferie annuali retribuite – ovvero, a seguito della fine del contratto di lavoro, del diritto all'indennità – qualora non avessero richiesto di esercitare i loro diritti durante il pertinente periodo di riferimento.

Nel rispondere alle questioni pregiudiziali sollevate dalla Corte Federale

¹³³ M. DE MOL, *Kučukdeveci: Mangold Revisited – Horizontal Direct Effect of a General Principle of EU Law*, in *European Constitutional Law Review*, 2010, pp. 293-308, spec. p. 300; K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZ-FONS, *The Constitutional Allocation of Powers*, in *Common Market Law Review*, 2010, pp. 1629-1669, spec. p. 1647.

¹³⁴ Per una riflessione in merito all'approccio della Corte – per cui è il diritto secondario a determinare il contenuto normativo e l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali UE, e non già il contrario – v. E. MUIR, *The Fundamental Rights Implications of EU Legislation: Some Constitutional Challenges*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 219 ss.

¹³⁵ Cfr. F. FONTANELLI, *You can teach a new court Mangold tricks – the horizontal effect of the Charter right to paid annual leave*, in *EU Law Analysis*, 11 November 2018.

¹³⁶ Direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro.

¹³⁷ Sentenza della Corte del 12 giugno 2014, causa C-118/13, *Bollacke*.

del Lavoro tedesca, la Corte stessa dichiara di applicare “per analogia” la giurisprudenza *Mangold-Egenberger*¹³⁸, operando un *distinguishing* rispetto ad *AMS*¹³⁹.

La continuità professata nella motivazione circa l'effetto diretto orizzontale del diritto fondamentale alle ferie annuali retribuite utilizzando un *iter* logico-argomentativo sviluppato in relazione al principio di non discriminazione è più apparente che reale¹⁴⁰. A questo riguardo, per quanto interessa in questa sede, occorre spendere qualche parola in merito al ragionamento della Corte sul rapporto tra diritti fondamentali e disposizioni di diritto secondario che tutelano il medesimo diritto, e, segnatamente, di direttive che ne danno espressione.

Viene tracciata una dicotomia. Da un lato, vi sarebbero diritti fondamentali che necessitano di “*espressione concreta*” ad opera delle disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale al fine di avere effetti diretti in controversie orizzontali¹⁴¹. Esempio di questa categoria è il diritto fondamentale dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa, sancito all'art. 27 della Carta e oggetto della sentenza *AMS*¹⁴².

Dall'altro lato, vi sono diritti fondamentali – come, per l'appunto, il diritto alle ferie annuali retribuite *ex art. 31, par. 2, della Carta* – direttamente efficaci anche in controversie *inter privatos* essendo a tal fine necessaria una mera “*specificazione di alcuni aspetti*” da parte del diritto secondario. Nel caso dell'art. 31, par. 2, ad esempio, è l'art. 7, par. 1, della direttiva 2003/88 a specificare che il diritto fondamentale in discorso deve essere garantito per un periodo di almeno quattro settimane¹⁴³.

¹³⁸ Sentenza *Bauer*, cit., punti 53, 83, 85, e 91; sentenza *Max-Planck*, cit., punti 50, 72, 74, e 80.

¹³⁹ Sentenza *Bauer*, cit., punto 84; sentenza *Max-Planck*, cit., punto 73.

¹⁴⁰ A titolo esemplificativo, non viene utilizzata la consolidata categoria dei “principi generali del diritto dell'Unione”, favorendo a questa la nozione di “principio essenziale del diritto sociale dell'Unione”; il concetto di “natura imperativa” conosce un cambio di paradigma semantico; e l'effetto diretto orizzontale del diritto fondamentale alle ferie annuali retribuite è riconosciuto esclusivamente con riguardo “alla sua stessa esistenza”.

¹⁴¹ Sentenza *Bauer*, cit., punti 84-85; sentenza *Max-Planck*, cit., punti 73-74.

¹⁴² *Ibid.* Ciò in quanto, in sostanza, l'art. 27 della Carta opera un riferimento ai “casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali”.

¹⁴³ L'art. 7, par. 1, della direttiva recita: “Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché ogni lavoratore benefici di ferie annuali retribuite di almeno 4 settimane, *secondo le*

In entrambe le situazioni le disposizioni della direttiva “completano” il contenuto normativo della disposizione della Carta, il *discrimen* tra esse è rappresentato dal *quantum*, dal modo, in cui questa interazione tra fonti avviene. Quando un diritto fondamentale è stato tutelato nell’ordinamento UE sia dalla Carta sia da una disposizione di una direttiva, la distinzione tra “espressione concreta” e “specificazione di alcuni aspetti” non è certo agevole da tracciare. In questi casi, una certa concretizzazione o specificazione normativa ad opera del diritto secondario di fatto vi è stata, è stata considerata necessaria dal legislatore dell’Unione¹⁴⁴.

Il fatto che, per quanto concerne la Carta, sia esclusivamente la formulazione delle sue disposizioni a definire come opera *in concreto* tale interazione tra fonti non appare convincente per due ordini di ragioni. Anzitutto, considerare i riferimenti operati da disposizioni della Carta al diritto secondario e nazionale come indice di una necessaria e indispensabile concretizzazione non appare in linea con l’approccio adottato in relazione alle disposizioni dei Trattati¹⁴⁵.

In secondo luogo – anche ove si sostenesse, contrariamente all’avviso della Corte¹⁴⁶, che le disposizioni dei Trattati siano in qualche modo diverse quanto

condizioni di ottenimento e di concessione previste dalle legislazioni e/o prassi nazionali”. Corsivo aggiunto.

¹⁴⁴ In alcuni casi tale “concretizzazione” precede l’adozione della Carta stessa, v. E. MUIR, *The Fundamental Rights Implications of EU Legislation*, cit.

¹⁴⁵ Il fatto che la soppressione delle restrizioni alla libera circolazione dei lavoratori fosse da attuarsi mediante direttive non ha precluso il riconoscimento dell’effetto diretto all’art. 59 TCEE (oggi art. 45 TFUE), v. sentenza della Corte del 3 dicembre 1974, causa 33/74, *van Binsbergen*, punti 18-27. Lo stesso dicasi in relazione all’effetto diretto del diritto di stabilimento, oggi sancito dagli articoli da 49 a 55 del TFUE, v. sentenza della Corte del 21 giugno 1974, causa 2/74, *Reyners*, punti 15-32. Più recentemente, in relazione al diritto dei cittadini dell’Unione di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri *ex art. 21, par. 1, del TFUE* – il quale “[a] salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi” – v. sentenza della Corte del 5 giugno 2018, causa C-673/16, *Coman*, punti 52-56.

¹⁴⁶ In *Egenberger*, infatti, ha affermato che – per quanto concerne la possibilità di avere effetto diretto in controversie tra privati – “l’articolo 21 della Carta non si distingue, in linea di principio, dalle diverse disposizioni dei Trattati istitutivi che vietano le discriminazioni fondate su vari motivi, anche quando tali discriminazioni derivino da contratti conclusi tra privati”, v. sentenza *Egenberger*, cit., punto 77.

al loro carattere precettivo rispetto a quelle della Carta¹⁴⁷ – è la stessa giurisprudenza relativa ai diritti fondamentali oggi sanciti dalla Carta a non apparire coerente con la distinzione qui sopra menzionata. Difatti, il termine “concretizzazione”, utilizzato in *Bauer e Max-Planck*¹⁴⁸ per sottolineare la necessità di un atto di diritto secondario che completi il contenuto normativo del diritto fondamentale, è stato invece normalmente utilizzato con riguardo al principio di non discriminazione¹⁴⁹. Come è noto, quest'ultimo, oggi sancito dall'art. 21, par. 1, della Carta, è stato invece considerato capace di avere effetti diretti orizzontali, benché sia stato “concretizzato” dalla direttiva 2000/78¹⁵⁰.

È alla luce di quanto precede che la sentenza *Thelen Technopark* può essere meglio apprezzata. In questa pronuncia, infatti, per quanto viene in rilievo nel presente §¹⁵¹, la Corte ha “negato” una ulteriore estensione dello schema *Mangold*, discostandosi significativamente dalla posizione dell'AG Szpunar nelle conclusioni presentate nel caso¹⁵².

I dubbi espressi dalla Corte federale di giustizia tedesca, in sostanza, concernevano le conseguenze giuridiche della incompatibilità con l'art. 15 della direttiva servizi¹⁵³ di una normativa nazionale che fissava tariffe minime per le prestazioni di architetti e ingegneri stabilendo la nullità dei contratti in deroga

¹⁴⁷ Nel senso indicato nel testo, v. E. J. LOHSE, *Fundamental Freedoms and Private Actors – Towards an 'Indirect Horizontal Effect'*, in *European Public Law*, 2007, pp. 159-190, spec. pp. 172-174; L. F. M. BESSELINK, *The protection of fundamental rights post-Lisbon: the interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and national constitutions*, in *Reports of the XXV FIDE Congress-Tallinn 2012*, Tartu University Press, vol. 1, 2012, p. 63 ss.; E. MUIR, *The Horizontal Effects of Charter Rights given expression to in EU Legislation, from Mangold to Bauer*, in *Review of European Administrative Law*, 2020, pp. 185-215, spec. pp. 189-190.

¹⁴⁸ Sentenza *Bauer*, cit., punti 84-85.

¹⁴⁹ Sentenze *Mangold*, cit., punti 55-60; sentenza *Dansk Industri*, cit., punto 26; sentenza *Egenberger*, cit., punti 60-69.

¹⁵⁰ Direttiva 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.

¹⁵¹ Un secondo profilo di interesse della pronuncia, relativo al dovere di disapplicazione del giudice nazionale, sarà invece esaminato infra nel § 5.

¹⁵² Conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar, del 15 luglio 2021, causa C-261/20, *Thelen Technopark*.

¹⁵³ Veniva in rilievo, segnatamente, la previsione di cui all'art. 15, par. 1, par. 2, lett. g), e par. 3, della direttiva 2006/123, cit.

a tali tariffe minime¹⁵⁴. Come è noto, tariffe minime e/o massime previste per l'accesso o l'esercizio di un servizio possono essere conformi al diritto UE soltanto ove non integrino una discriminazione diretta o indiretta, siano giustificate da un motivo imperativo di interesse generale, e siano conformi al principio di proporzionalità¹⁵⁵. In particolare, veniva chiesto se le disposizioni nazionali dovessero essere disapplicate in una controversia esclusivamente tra privati, e, in via subordinata, se esse violassero l'art. 49 TFUE o "altri principi generali del diritto dell'Unione"¹⁵⁶.

In estrema sintesi, la Corte si concentra sulla prima questione pregiudiziale, confermando il divieto di effetti diretti orizzontali delle direttive¹⁵⁷. Viene invece considerata non ricevibile la seconda questione, relativa all'art. 49, non essendo indicato nell'ordinanza di rinvio alcun elemento dal quale si potesse evincere il carattere transfrontaliero della controversia¹⁵⁸. La disapplicazione sulla base dell'art. 16 della Carta – e neppure la Carta stessa – non viene mai menzionata nella sentenza.

Appare pertanto più interessante richiamare le considerazioni svolte dall'AG. Le conclusioni presentate nel caso, difatti, si intrattengono a lungo sul rapporto tra direttiva servizi e libertà di stabilimento così come sull'applicabilità della Carta, concludendo nel senso che il giudice nazionale è tenuto a disapplicare la disposizione in questione sia sulla base della libertà di stabilimento *ex art. 49 TFUE*¹⁵⁹, come "concretizzata" nell'art. 15 della direttiva¹⁶⁰, sia in virtù della libertà contrattuale¹⁶¹, ricompresa nel diritto fondamentale

¹⁵⁴ L'incompatibilità tra la normativa nazionale in discorso e diritto UE era difatti stata già stata rilevata dalla Corte in due precedenti pronunce, v. sentenza della Corte del 4 luglio 2019, causa C-377/17, *Commissione c. Germania*; ordinanza della Corte del 6 febbraio 2020, causa C-137/18, *hapeg dresden*.

¹⁵⁵ Art. 15, par. 3, direttiva 2006/123, cit.

¹⁵⁶ Sentenza *Thelen Technopark*, cit., punto 23.

¹⁵⁷ *Ibidem*, punto 48.

¹⁵⁸ *Ibidem*, punti 49-55.

¹⁵⁹ L'effetto diretto di tale norma è stato riconosciuto da tempo dalla Corte di giustizia, anche in controversie orizzontali, v., rispettivamente, sentenza *Reyners*, cit., e sentenza della Corte dell'11 dicembre 2007, causa 438/05, *Viking*.

¹⁶⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar, alla causa *Thelen Technopark*, cit., punti 34, 36, 42, e 47.

¹⁶¹ *Ibidem*, punto 114.

oggi sancito dall'art. 16 della Carta¹⁶². Le argomentazioni svolte – benché non risultino totalmente condivisibili nel merito – sono suggestive, e, ove raffrontate con la decisione della Corte, offrono degli spunti di interesse per la presente analisi.

In relazione al primo profilo, l'AG rileva che l'art. 15 – così come le altre disposizioni del Capo III della direttiva 2006/123 – *concretizza* la libertà di stabilimento derivante dall'art. 49 TFUE¹⁶³, “specifica[ndo] il trattato stesso”¹⁶⁴ con il preciso scopo di “estendere la portata della libertà di stabilimento anche ai rapporti puramente interni”¹⁶⁵. È sulla base di tale concretizzazione che “se un determinato stato di fatto rientra nell'ambito di applicazione del capo III della direttiva 2006/123, si deve escludere la possibilità di invocare la libertà di stabilimento ai sensi dell'articolo 49 TFUE al fine di contestare una normativa di uno Stato membro in una controversia contro una persona”¹⁶⁶. Ne consegue che “occorre[rebbe] considerare in modo particolare il problema dell'applicazione orizzontale di tale direttiva”¹⁶⁷: ammettendo che “il giudice nazionale in concreto, [non debba] tener conto della giurisprudenza che esclude l'efficacia diretta orizzontale delle direttive”¹⁶⁸.

Quanto al secondo profilo, avanzato dalla Commissione nelle proprie osservazioni scritte¹⁶⁹ e relativo alla disapplicazione della normativa nazionale

¹⁶² Si veda, ad es., la sentenza della Corte del 18 luglio 2013, causa C-426/11, *Alemo-Herron*, punti 30-36.

¹⁶³ Conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar, alla causa *Thelen Technopark*, cit., punti 34, 36, e 42.

¹⁶⁴ *Ibidem*, punto 38.

¹⁶⁵ *Ibidem*, punto 41, v. anche punto 45. Questa affermazione è quantomeno discutibile, anche considerato la base giuridica utilizzata (F. CAPELLI, *Evoluzione, splendori, e decadenza delle direttive comunitarie*, cit., p. 11). Per di più, diversamente da quanto argomentato dall'AG, l'applicabilità della direttiva servizi alle situazioni puramente interne non solo non può essere retrospettivamente inteso come lo scopo *principale* della direttiva, ma essa rappresentava finanche una questione aperta e controversa a valle dell'azione della stessa, come si evince dalla più attenta dottrina, v. C. BARNARD, *Unravelling the Services Directive*, in *Common Market Law Review*, 2008, pp. 323-394, pp. 351-352.

¹⁶⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar, alla causa *Thelen Technopark*, cit., punto 43.

¹⁶⁷ *Ibidem*, punto 42.

¹⁶⁸ *Ibidem*, punto 46.

¹⁶⁹ *Ibidem*, punto 64.

per contrasto con l'art. 16 della Carta, esso è esaminato a lungo dall'Avvocato generale Szpunar¹⁷⁰, benché – come detto – non sia neppure menzionato nella sentenza¹⁷¹. Ad avviso di chi scrive, l'estensione dello schema *Mangold* nel caso di specie non appariva né opportuna, avendo di fatto reso direttamente efficaci nei rapporti *inter privatos* la maggior parte delle direttive ricollegabili alla realizzazione o al completamento del mercato interno¹⁷². Questa sì che sarebbe risultata una elegante *exit strategy* dal divieto analizzato *supra*¹⁷³. Né tale estensione risultava convincente per due ordini di ragioni.

Primo motivo di ordine tecnico-giuridico: il “collegamento funzionale” tra l'art. 16 della Carta e la direttiva servizi è significativamente più tenue e “remoto”¹⁷⁴ rispetto alla tipologia di interazione tra fonti che caratterizza le sentenze della Corte nelle quali viene applicato lo schema *Mangold*. In particolare, diversamente da tali pronunce, anzitutto, non si riscontra una corrispondenza o sovrapposizione perfetta tra il divieto di tariffe minime e/o massime (discriminatorie, non giustificate da un motivo imperativo di interesse generale, e non conformi al principio di proporzionalità) ed il diritto fondamentale alla libertà di impresa oggi tutelato dall'art. 16 della Carta, al punto da poter essere considerata una medesima norma riaffermata in disposizioni diverse¹⁷⁵. In secondo luogo, non vi è una corrispondenza immediata ed essenziale tra, da un lato, il diritto fondamentale alla libertà di impresa e, dall'altro

¹⁷⁰ Dei 127 punti di cui le conclusioni sono composte, 51 riguardano specificatamente questa problematica (dal punto 64 al punto 114).

¹⁷¹ Mi domando se ciò possa primariamente dipendere dalla circostanza per cui la Corte federale di giustizia tedesca non abbia operato un esplicito riferimento alla libertà di impresa (*sub specie* di libertà contrattuale) né a (l'art. 16 de) la Carta nelle questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte, essendosi invece limitata – come ricordato *supra* in questo § – a menzionare “altri principi generali del diritto dell'Unione”, v. sentenza *Thelen Technopark*, cit., punto 23.

¹⁷² B. DE WITTE, *The Thelen Technopark Berlin judgment: the Court of Justice sticks to its guns on the horizontal effect of directives*, in *REALaw.blog*, 6 May 2022.

¹⁷³ Si vedano §§ 4 e 4.1.

¹⁷⁴ B. DE WITTE, *The Thelen Technopark Berlin judgment*, cit.

¹⁷⁵ Come è noto, tra le argomentazioni offerte dalla Corte in tali sentenze, vi era quello secondo cui, a seconda dei casi, il diritto fondamentale alla parità di trattamento o il diritto fondamentale alle ferie annuali retribuite non è stato istituito direttamente dalla direttiva ma trova la propria “fonte” od “origine” in una serie di strumenti di diritto internazionale (e, se del caso, nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri), si vedano, ad es., le sentenze *Mangold*, cit., punto 74; *Egenberger*, cit., punto 75, e *Bauer*, cit., punto 83.

lato, la base giuridica della direttiva servizi¹⁷⁶ e l'obiettivo ad essa sotteso¹⁷⁷⁻¹⁷⁸. La ricostruzione operata dall'AG non offre alcuna motivazione o specifico apprezzamento in relazione a questi aspetti. Questo profilo mi pare quindi rappresentare il *punctum dolens* della sua proposta¹⁷⁹.

È possibile, tuttavia, individuare un secondo motivo di ordine teorico-ricostruttivo, che coinvolge riflessioni di carattere costituzionale in merito alla dottrina dell'effetto diretto orizzontale e che rende necessario fornire qualche ulteriore dato circa la vicenda sostanziale e processuale nella causa *Theelen Technopark*.

Nel caso di specie, il professionista, ingegnere titolare di uno studio professionale, agiva in giudizio al fine di ottenere il pagamento di una somma dovuta in virtù dell'applicazione della tariffa minima (tariffa *ex lege*) prescritta dalla summenzionata legge tedesca già dichiarata in contrasto con il diritto UE¹⁸⁰, in luogo dell'onorario forfettario convenuto nel contratto concluso con *Theelen Technopark Berlin GmbH*, società immobiliare a responsabilità limitata con sede in Germania (tariffa *ex contractu*). La tariffa *ex lege*, difatti, era nettamente superiore a quella convenuta nel contratto.

¹⁷⁶ Gli artt. 47, par. 2, prima e terza frase, e 55 del TCE, che corrispondono agli odierni artt. 53 e 62 TFUE.

¹⁷⁷ Ai sensi dell'art. 1, par. 1, della direttiva servizi, essa mira ad “agevolare l'esercizio della libertà di stabilimento dei prestatori [e] la libera circolazione dei servizi, assicurando nel contempo un elevato livello di qualità dei servizi stessi”.

¹⁷⁸ Nel senso indicato nel testo, si veda ancora B. DE WITTE, *The Theelen Technopark Berlin judgment*, cit.

¹⁷⁹ Una precisazione: concordo invece con l'analisi dell'AG Spzunar in merito all'applicabilità della Carta nel caso di specie alla luce dell'art. 51, par. 1, della stessa e, pur con qualche precisazione che esula dallo scopo della presente indagine, sulla possibilità dell'art. 16 della Carta di avere effetto diretto. Ciononostante, in ragione della pervasività che tale diritto fondamentale ha dimostrato di poter avere nell'ordinamento UE, portando a sentenze della Corte di giustizia definite – anche da commentatori normalmente “moderati” – “*so downright odd that it deserves to be locked into a secure container, plunged into the icy waters of a deep lake and forgotten about*”, v. in questo senso S. WEATHERILL, *Use and Abuse of the EU's Charter of Fundamental Rights: on the improper veneration of 'freedom of contract'*, in *European Review of Contract Law*, 2014, pp. 167-182, benché non si possa completamente condividere l'approccio della Corte di rimanere completamente “silente” in relazione ad una prospettata violazione di un diritto fondamentale tutelato dal diritto UE (neppure ove si volesse condividere la prospettiva illustrata nella nota a piè di pagina n. 171), forse questo silenzio appare quantomai oculato.

¹⁸⁰ V. *supra* nota a piè di pagina n. 154.

La domanda del ricorrente veniva accolta dal giudice di prime cure e confermata in appello. La conseguenza pratica di queste pronunce è in sostanza la seguente: in Germania, in una controversia tra un professionista ed una impresa privata – che appariva priva di carattere transfrontaliero –, la legge tedesca in vigore avrebbe trovato applicazione. Avverso la decisione della Corte d'appello, *Thelen Technopark* proponeva tuttavia ricorso per cassazione (“*Revision*”) dinnanzi alla Corte federale di giustizia, giudice del rinvio nella causa in esame. È dinnanzi a questa Corte che il diritto dell’Unione europea è invocato dinnanzi al giudice nazionale da una società per vedere non applicata la normativa nazionale che fissava tariffe minime per le prestazioni di architetti e ingegneri, e – conseguentemente –, corrispondere al professionista un compenso inferiore rispetto a quello stabilito per legge.

Da questo breve riepilogo emerge chiaramente che il rapporto giuridico tra un professionista ed una impresa privata non conosca alcun elemento di “asimmetria contrattuale”, normalmente riscontrabile nel rapporto di lavoro subordinato¹⁸¹⁻¹⁸² – e che difatti caratterizza l’intero filone giurisprudenziale nel quale viene utilizzato lo schema *Mangold*. Pertanto, la sentenza potrebbe essere letta come un avallo alla dottrina che ha identificato in tale asimmetria una delle possibili spiegazioni del filone giurisprudenziale in discorso¹⁸³. Detto con una battuta: adottando questa prospettiva d’indagine, la controversia sottesa a *Thelen Technopark* è *troppo* orizzontale, per integrare una eccezione al divieto di effetto di effetti orizzontali delle direttive.

¹⁸¹ In questo senso, v., *ex multis*, A. BAILLEUX, *L’effet direct horizontal des droits fondamentaux. Le critère du pouvoir-savoir, ligne claire de la jurisprudence?*, in *Revue des Affaires Européennes*, 2019, pp. 329-334; A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, Paris, 2015, p. 111 ss.; D. LECZYKIEWICZ, *Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights*, in *European Law Review*, 2013, p. 479 ss.; O. DE SCHUTTER, *Human Rights in Employment Relationships: Contracts as Power*, in *CRIDHO Working 2012/03*, 2012, consultabile *online*.

¹⁸² Un altro esempio di squilibrio contrattuale normalmente considerato è quello tra “consumatore” e “professionista”.

¹⁸³ Ancorché la posizione indicata nel testo sia stata declinata in vari modi dagli Autori, è possibile ricordare A. BAILLEUX, *L’effet direct horizontal des droits fondamentaux.*, cit.; D. LECZYKIEWICZ, *op. cit.*; E. FRANTZIOU, *The Horizontal Effect of the EU Charter of Fundamental Rights: Rediscovering the Reasons for Horizontality*, in *European Law Journal*, 2015, pp. 657-679; e, *amplius*, E. FRANTZIOU, *The Horizontal Effect of Fundamental Rights in the European Union: A Constitutional Analysis*, Oxford, 2019.

A mo' di conclusione dell'analisi condotta in questo §, rilevo che, comunque si vogliano considerare i recenti sviluppi qui sopra illustrati¹⁸⁴, essi indubbiamente dimostrano la necessità di tornare a riflettere sulla interazione tra fonti di diritto primario e fonti di diritto secondario nell'ordinamento UE, con specifico riguardo alle direttive¹⁸⁵.

Benché, a prima vista, vi possa essere la (non nuova) impressione di una giurisprudenza che – pur con alcune cautele – “navighi a vista”¹⁸⁶, è possibile tentare di ricondurre a sistema gli sviluppi descritti, come in parte anticipato. A tal fine, ad avviso di chi scrive, viene in soccorso la teorizzazione avanzata dall'AG Cruz Villalón – ormai dieci anni fa – in AMS¹⁸⁷. Benché essa riguardasse – nella riflessione dell'AG – esclusivamente la categoria dei “principi” sanciti dalla Carta, tracciata all'art. 52, par. 5, della stessa¹⁸⁸, parte della dottrina ha in sostanza adottato tale impostazione, specificandone alcuni aspetti,

¹⁸⁴ Tanto la giurisprudenza *Bauer-Max-Planck* (capace di rafforzare, in qualche misura, la tutela dei diritti sociali fondamentali) quanto la pronuncia in *Thelen Technopark* (per avere evitato una indebita estensione del campo di applicazione della eccezione in discorso) sono state generalmente accolte positivamente (sotto questo aspetto) dalla dottrina. Mi limito a rinviare ai commenti relativi al secondo, più recente caso, dato che gran parte della letteratura su *Bauer-Max-Planck* affronta la questione – correttamente – dalla prospettiva degli effetti diretti della Carta. In particolare, v. J. LINDEBOOM, *Thelen Technopark and the Legal Effects of the Services Directive in Purely Internal and Horizontal Disputes*, in *European Papers*, 2022, p. 305 ss.; B. DE WITTE, *The Thelen Technopark Berlin judgment*, cit.

¹⁸⁵ Dopo un periodo di relativo “disinteresse”, questa tematica ha recentemente riattirato l'attenzione della dottrina, con specifico, ma non esclusivo, riguardo alla Carta. Si veda, ad es., E. MUIR, *The Fundamental Rights Implications of EU Legislation*, cit., pp. 219-246; P. SYRPIS, *The relationship between primary and secondary law in the EU*, in *Common Market Law Review*, 2015, pp. 461-488; L. S. ROSSI, *The relationship between the EU Charter of Fundamental Rights and Directives in horizontal situations*, in *EU Law Analysis*, 25 February 2019; E. HANCOX, *The Relationship Between the Charter and General Principles: Looking Back and Looking Forward*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2020, pp. 233-257; L. GUILLOUD-COLLIAT, *La Charte des droits fondamentaux et les actes législatifs de l'Union européenne: de la subordination à la concrétisation*, in R. TINIÈRE, C. VIAL (sous la direction de), *Les dix ans de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Bilan et perspectives*, Bruxelles, 2020, pp. 203-216.

¹⁸⁶ Cfr. F. EMMERT, M. PEREIRA DE AZEVEDO, *op. cit.*

¹⁸⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón, del 18 luglio 2013, causa C-176/12, AMS, punto 60 ss. La posizione dell'AG è stata recentemente ripresa ed elaborata da Bailleux, v. A. BAILLEUX, *Article 52.2. – Portée et interprétation des droits et principes*, in F. PICOD, C. RIZCALLAH, S. VAN DROOGHENBROECK (sous la direction de), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, 2019, pp. 1287-1319, spec. pp. 1314 e 1315.

¹⁸⁸ La disposizione indicata nel testo, come è noto, è stata inserita nella versione della Carta

in relazione ai diritti fondamentali protetti dalla Carta *sic et simpliciter*, spiegando su tali basi il filone giurisprudenziale *Mangold-Egenberger-Bauer*¹⁸⁹.

Dato che di tali teorizzazioni non si riscontra alcuna traccia nella giurisprudenza di Lussemburgo sopra richiamata, è possibile tratteggiarne i caratteri essenziali. Quanto alla posizione dell'AG Cruz Villalón, egli suggeriva di circoscrivere l'applicazione della eccezione in discorso (*i.e.*, dello schema *Mangold*) ai casi in cui le norme della direttiva concretizzassero “in modo *essenziale* ed *immediato* il contenuto di un «principio»”¹⁹⁰.

Per quanto concerne la riflessione dottrinale, deve essere invece ricordata l'impostazione di Muir, la quale, partendo dall'analisi della giurisprudenza relativa al principio generale di non discriminazione e alla direttiva 2000/78, ha posto l'accento a) sul carattere *eccezionale* dello schema *Mangold*, in parte legato alla centralità e all'importanza dei diritti fondamentali che venivano in rilievo; e b) sul collegamento funzionale “caratterizzato” tra le disposizioni della direttiva e il diritto fondamentale in discorso. In particolare, viene sottolineata la corrispondenza *immediata* ed *essenziale* tra le due fonti per come emerge dalla base giuridica utilizzata (l'art. 19 TFUE) e dall'obiettivo indicato all'art. 1 della direttiva 2000/78, segnatamente “rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento”¹⁹¹.

proclamata a Strasburgo il 12 dicembre 2007. Altre disposizioni della Carta operano un riferimento alla categoria dei “principi”, come l'ultimo capoverso del Preambolo e l'art. 51, par. 1, della Carta. La distinzione ha assunto finora un peso molto modesto nella giurisprudenza della Corte esaminata in questo scritto e non sarà pertanto analizzata. In relazione alla stessa, si vedano S. PEERS, S. PRECHAL, *Article 52*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, Oxford, 2021, pp. 1611-1674; T. LOCK, *Rights and Principles in the EU Charter of Fundamental Rights*, in *Common Market Law Review*, 2019, pp. 1201-1226; F. FERRARO, N. LAZZERINI, *Commento all'articolo 52*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, pp. 1058-1085.

¹⁸⁹ B. DE WITTE, *The Thelen Technopark Berlin judgment*, cit.; E. MUIR, *The Horizontal Effects of Charter Rights given expression to in EU Legislation*, cit.; E. MUIR, *The Fundamental Rights Implications of EU Legislation*, cit.; E. MUIR, *Of Ages - and Edges of – EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2011 pp. 39-62, spec. pp. 60-62.

¹⁹⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón, alla causa *AMS*, cit., punto 60 ss., spec. punti 63 e 76.

¹⁹¹ E. MUIR, *Of Ages - and Edges of – EU Law*, cit., pp. 60-62; E. MUIR, *The Fundamental Rights Implications of EU Legislation*, cit. L'impostazione è riproposta e “aggiornata” in E.

Adottando queste categorie, sulla base dell'analisi della giurisprudenza della Corte, mi pare potersi sostenere, da un lato, a) che per concretizzazione *essenziale* debba intendersi la corrispondenza o sovrapposizione perfetta tra il diritto fondamentale ed il diritto sancito dalla direttiva, al punto da poter essere considerata una medesima norma riaffermata in disposizioni diverse; e, dall'altro lato, b) che una concretizzazione *immediata* ricorra quando lo scopo primario della direttiva è specificamente quello di concretizzare tale diritto fondamentale, per come risultante dalla base giuridica utilizzata e dagli obiettivi della direttiva medesima.

In altri termini, quando il diritto fondamentale rappresenta una “retta tangente” rispetto alla direttiva, toccando – vale a dire, venendo in qualche modo in rilievo ne – le sue previsioni ma senza rappresentare quel collegamento funzionale caratterizzato così descritto, l'eccezione in discorso non dovrebbe ricorrere. Ciò posto, rimane tuttavia ancora aperta la questione di come poter distinguere – in seno a tale interazione – situazioni in cui le disposizioni di una direttiva danno “espressione concreta” ad un diritto fondamentale già *per sé* completo e direttamente efficace e, dall'altro lato, ipotesi in cui dette disposizioni di diritto secondario si limitano a “specificare alcuni aspetti”.

Allargando gradualmente lo spettro di indagine, è tuttavia evidente che problematiche di interazione possano porsi, non soltanto con riguardo alla tutela dei diritti fondamentali oggi sanciti dalla Carta, ma anche con riguardo a norme dei Trattati¹⁹², come *Thelen Technopark* dimostra. Come calibrare la riflessione sul “collegamento funzionale” alle ipotesi in discorso? Benché la giurisprudenza della Corte qui sopra richiamata non offra spunti al riguardo, è possibile brevemente ricordare le ricostruzioni proposte dalla dottrina, principalmente anglosassone, sin dai primi anni Ottanta.

In sintesi, in relazione ad una prima categoria di direttive – qualificate

MUIR, *The Horizontal Effects of Charter Rights given expression to in EU Legislation*, cit., e condivisa da B. DE WITTE, *The Thelen Technopark Berlin judgment*, cit.

¹⁹² In senso contrario mi pare si ponga B. DE WITTE, *The Thelen Technopark Berlin judgment*, cit., secondo il quale “[t]he Mangold-Bauer line of cases had seriously unbinged the coherence of the Court's case-law on the effect of directives, but at least it could be restricted to the application of directives whose main aim was to ‘implement’ a fundamental right, as is the case with the non-discrimination directives (as in Mangold) and with the working time directive (as in Bauer)”.

“definitorie” (“*Definitional Directives*”)¹⁹³, ossia direttive precisamente volte a definire con maggiore precisione le disposizioni dei Trattati ovvero a specificarne l’ambito di applicazione – la loro efficacia diretta anche orizzontale veniva considerata difficilmente negabile¹⁹⁴. Il problema si spostava quindi sulla determinazione dei criteri che consentissero di distinguere queste direttive dalle altre. Secondo Easson, occorre domandarsi se la Corte fosse in grado di pervenire al medesimo risultato senza l’ausilio della direttiva¹⁹⁵.

Maggiori problematiche erano invece state riscontrate nel riconoscere effetti diretti orizzontali a direttive che completano ed integrano le disposizioni dei Trattati (“*Supplemental effects of Directives*”)¹⁹⁶, rispetto alle quali gli Autori auspicavano l’adozione di un approccio casistico¹⁹⁷.

Anche in ragione di queste ultime considerazioni, appare ingenuo pensare che i giudici del *Kirchberg* possano risolvere e fare chiarezza, una volta per tutte, in relazione a disquisizioni di ordine teorico circa la sistematizzazione della dottrina dell’effetto diretto¹⁹⁸, pur con rilevanti implicazioni pratiche. Non solo non deve essere semplice procedere in tal senso per una istituzione collegiale come la Corte di giustizia¹⁹⁹, ma, a monte di tale dato, ci si potrebbe anche chiedere se ciò sia opportuno in ragione della sua natura di organo giurisdizionale.

Quale che sia la sensibilità del Lettore al riguardo, la Corte ha recentemente dimostrato che, ove ritenga necessario, si sente legittimata a intervenire in modo deciso al fine di porre termine a discussioni di ordine teorico relative a principi costituzionali dell’ordinamento UE. Si consideri, da ultimo, la pronuncia della Grande Sezione in *Popławski II*²⁰⁰, che ha sciolto il nodo gordiano

¹⁹³ A. J. EASSON, *op. cit.*, p. 40.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 40; D. WYATT, *op. cit.*, pp. 245-248.

¹⁹⁵ A. J. EASSON, *op. cit.*, p. 40.

¹⁹⁶ Assimilabili, in sostanza, alle prime due sottocategorie individuate da Capelli, vale a dire, rispettivamente, le direttive di completamento e di integrazione delle norme contenute nel trattato e le direttive coadiutorie o di sostegno, volte a consentire alle norme del trattato di realizzare gli obiettivi ivi previsti; cui si è fatto riferimento *supra*. Si veda § 2 che precede, nonché F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, cit., p. 70 ss.

¹⁹⁷ A. J. EASSON, *op. cit.*, p. 40; D. WYATT, *op. cit.*, p. 246.

¹⁹⁸ Cfr. D. GALLO, *Rethinking direct effect and its evolution: a proposal*, cit., p. 604.

¹⁹⁹ Cf. P. V. FIGUEROA REGUEIRO, *op. cit.*, pp. 36-37.

²⁰⁰ Sentenza *Popławski II*, cit.

circa il rapporto tra “effetto diretto”, “primato” e “disapplicazione”; già menzionata e al centro dell'analisi condotta nel prossimo §.

5. *Sviluppi in merito allo strumento della disapplicazione quale conseguenza immediata, necessaria e imprescindibile dell'effetto diretto delle direttive*

Nei §§ che precedono abbiamo sinteticamente ripercorso condizioni e limiti dell'effetto diretto delle direttive negli ordinamenti nazionali, prestando particolare attenzione al divieto di effetti diretti orizzontali, alle eccezioni a tale divieto e ad alcuni recenti sviluppi di primario rilievo a questo riguardo.

Volgiamo ora l'attenzione ad una terza problematica, ossia alle conseguenze giuridiche dell'effetto diretto di una norma contenuta in una direttiva. Quanto agli sviluppi intercorsi negli ultimi anni, il punto di partenza non può che essere, per l'appunto, la sentenza della Corte in *Popławski II*. Difatti, ancorché le questioni pregiudiziali sollevate in tale caso avessero primariamente ad oggetto una decisione quadro, l'“interpretazione del principio del primato”²⁰¹ fornita dalla Corte di giustizia trascende evidentemente detto atto giuridico, fissando alcuni punti fermi validi per l'intero ordinamento dell'Unione.

Più in dettaglio, *Popławski II* ha il merito di aver finalmente risolto la *vexata quaestio* del rapporto tra “effetto diretto”, “primato” e “disapplicazione” in favore del modello qualificato come “*trigger model*”²⁰². In sostanza, la disapplicazione “è sempre figlia” dell'effetto diretto in combinato disposto con il primato²⁰³, quest'ultimo, da solo, non è sufficiente neppure per integrare

²⁰¹ Si tratta della formulazione utilizzata dalla stessa Corte di giustizia, v. sentenza *Popławski II*, cit., punto 1, ove si legge che “[l]a domanda di pronuncia pregiudiziale verte *sull'interpretazione del principio del primato del diritto dell'Unione* e dell'articolo 28, paragrafo 2, della decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio [...]” (corsivo aggiunto).

²⁰² M. DOUGAN, *When worlds collide! Competing visions of the relationship between direct effect and supremacy*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 931 ss. *Contra*, v. K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZ-FONS, *op. cit.*

²⁰³ Sentenza *Popławski II*, cit., punti 59-68, spec. punto 62. Nel senso indicato nel testo, si veda D. GALLO, *La disapplicazione è sempre figlia dell'effetto diretto, non solo del primato*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, 2020, pp. 81-87. Per un commento della sentenza, v.

il c.d. effetto diretto di esclusione²⁰⁴. In ragione dell'analisi svolta nel § 4, tale chiarimento risulta di particolare importanza nel contesto del presente lavoro.

Il punto fermo relativo al *trigger model* segnato da *Popławski II* è difatti stato confermato dalla successiva giurisprudenza della Corte di giustizia. Anche le sentenze nei – di poco successivi – casi *NE II* e *Thelen Technopark*, qui sopra brevemente illustrati, si fondano su tale sistematizzazione, in questo modo contribuendo alla risoluzione di incertezze rimaste “aperte” per decenni. Non può tuttavia non sottolinearsi come, allo stesso tempo, le medesime pronunce (*NE II* e *Thelen Technopark*) gettino le basi per l'apertura di almeno due “nuovi dubbi” in merito al rapporto effetto diretto-primato-disapplicazione, al quale se ne aggiunge un terzo. Offriremo una carrellata di queste problematiche.

Una “prima questione” risulta dalla lettura della sentenza *NE II*, ove la Corte – dopo aver riconosciuto che il requisito di proporzionalità delle sanzioni di cui all'art. 20 della direttiva 2014/67 ha effetto diretto – si trova a dover rispondere al seguente quesito: nel caso di specie, cosa deve intendersi per “disapplicazione della norma nazionale incompatibile con il diritto UE”? In termini più concreti, la questione è se il principio del primato “impon[ga] alle autorità nazionali l'obbligo di disapplicare, *nella sua interezza*, una normativa nazionale contraria al requisito di proporzionalità delle sanzioni [oppure] se implichi che dette autorità nazionali escludano l'applicazione di una normativa siffatta *nei soli limiti necessari a* consentire l'irrogazione di sanzioni proporzionate”²⁰⁵.

Seguendo il sentiero tracciato dall'AG Bobek²⁰⁶, la Grande Sezione ha concluso nel senso che – al fine di garantire la piena efficacia del requisito di proporzionalità delle sanzioni – il giudice nazionale è chiamato a “*disapplicare la parte* della normativa nazionale da cui deriva il carattere sproporzionato delle sanzioni, in modo da giungere all'irrogazione di sanzioni proporzionate,

D. MIASIK, M. SZWARC, *Primacy and direct effect – still together: Popławski II*, in *Common Market Law Review*, 2021, pp. 571-590.

²⁰⁴ Si veda D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, cit., pp. 437-450.

²⁰⁵ Sentenza *NE II*, cit., punto 34. Corsivo aggiunto.

²⁰⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Bobek, del 23 settembre 2021, causa C-205/20, *NE II*, punto 86 ss. Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Bobek, del 25 luglio 2018, causa C-193/17, *Cresco Investigation*, punto 147.

che permangano, nel contempo, effettive e dissuasive²⁰⁷. Benché la Corte precisi che la conclusione alla quale perviene non sia messa in discussione dai principi della certezza del diritto, della legalità dei reati e delle pene nonché della parità di trattamento²⁰⁸, è evidente che una siffatta “disapplicazione chirurgica”²⁰⁹ possa inverare delicati problemi di contemperamento tra detti principi e l’effettività del diritto dell’Unione.

Una seconda nuova “questione aperta” emerge dalla sentenza *Thelen Technopark*, dove la Grande Sezione – valorizzando e sviluppando un passaggio già presente in *Popławski II*²¹⁰, e ancor prima in *Smith*²¹¹ – afferma che, anche ove confrontato con una disposizione del diritto UE priva di efficacia diretta, resta ferma la possibilità per il giudice nazionale, “nonché per qualsiasi autorità amministrativa nazionale competente, di *disapplicare, sulla base del diritto interno*, qualsiasi disposizione del diritto nazionale contraria a una disposizione del diritto dell’Unione *priva di tale efficacia*”²¹².

Come è stato correttamente rilevato, si tratta di una affermazione, da un lato, che non trova precedenti nella giurisprudenza della Corte di giustizia, e, dall’altro lato, le cui implicazioni giuridiche appaiono tutt’altro che chiare²¹³.

A mio modo di vedere, il passaggio motivazionale in esame non rappresenta un cambio di paradigma e neppure un reale “sviluppo” della dottrina dell’effetto diretto delle direttive. Esso, ad oggi, potrebbe forse essere considerato un truismo o, al più, una rassicurazione nei confronti dei giudici nazionali, specialmente di alcuni Stati membri²¹⁴. Una siffatta “rassicurazione” ap-

²⁰⁷ Sentenza *NE II*, cit., punto 42. Corsivo aggiunto.

²⁰⁸ Sentenza *NE II*, cit., punto 45 ss. A questo riguardo, v. F. VIGANÒ, *op. cit.*

²⁰⁹ Cfr. conclusioni dell’Avvocato generale Bobek, alla causa *NE II*, cit., punto 97.

²¹⁰ V. sentenza *Popławski II*, cit., punto 68, ove si legge quanto segue: “un giudice nazionale non è tenuto, sulla sola base del diritto dell’Unione, a disapplicare una disposizione del suo diritto nazionale contraria a una disposizione del diritto dell’Unione, qualora quest’ultima disposizione sia priva di efficacia diretta”.

²¹¹ Sentenza *Smith*, cit., punto 49.

²¹² Sentenza *Thelen Technopark*, cit., punto 33. Corsivo aggiunto.

²¹³ E. CANNIZZARO, *Editorial: Convulsive Direct Effect?*, in *europeanpapers.eu*, 2022, pp. 409-411.

²¹⁴ Mi riferisco alle note situazioni in cui versano i giudici nazionali di alcuni Stati membri, i quali stanno sperimentando limitazioni, dirette e/o indirette, allo svolgimento del proprio “mandato europeo”.

parirebbe utile, ad esempio, qualora un ordinamento nazionale prevedesse altri strumenti che consentissero la non applicazione di un atto nazionale in contrasto con il diritto UE. Per quanto qui interessa, immaginiamo il caso in cui innanzi ad un giudice nazionale, in una controversia tra privati, venga riscontrato un contrasto tra una disposizione di una direttiva riconosciuta dalla Corte come direttamente efficace e un atto normativo *sub*-legislativo, come un regolamento governativo o ministeriale²¹⁵.

Infine, è possibile individuare una terza problematica – ancora “aperta” ed incisa da alcune recenti pronunce – relativa al rimedio della disapplicazione come conseguenza di primato ed effetto diretto. Si tratta delle situazioni in cui la Corte ha riconosciuto delle “eccezioni” all’obbligo di disapplicazione di una disposizione nazionale incompatibile con una norma di una direttiva direttamente efficace. Più in dettaglio, sono riscontrabili tre principali categorie o manifestazioni di “eccezione alla disapplicazione”²¹⁶.

Una prima ipotesi si è registrata allorquando, nonostante la natura direttamente efficace di una disposizione di una direttiva, la Corte di giustizia ha

²¹⁵ Per quanto riguarda l’ordinamento italiano, l’esemplificazione può essere ulteriormente sviluppata. Si pensi alla situazione in cui, innanzi a un giudice ordinario sia stata incardinata una controversia vertente in materia di tutela di diritti soggettivi tra due soggetti privati, il cui esercizio, tuttavia, viene inciso dall’adozione di un atto amministrativo. Ora, immaginiamo che tale atto amministrativo si basi sull’assetto normativo italiano vigente, in assenza di recepimento di una data direttiva nei termini previsti. Poniamo altresì che una disposizione della predetta direttiva non recepita sia stata riconosciuta come avente efficacia diretta dalla Corte di giustizia e che l’atto amministrativo, pur conforme alla disciplina legislativa nazionale, si ponga così in contrasto con la disposizione di una direttiva direttamente efficace. Ora, la teoria dell’impatto normativo, illustrata *supra* nel § 4.2 non penso possa “coprire” una siffatta ipotesi e determinare la disapplicazione, in una controversia orizzontale, dello specifico atto che – stante il mancato recepimento della direttiva – viene in rilievo dinnanzi al giudice. Mi chiedo pertanto se, in questa peculiare e forse remota ipotesi, il giudice ordinario italiano possa tuttavia disapplicare il provvedimento amministrativo incompatibile con il diritto dell’Unione (direttiva direttamente efficace) in una lite *inter privatos* sulla base dell’art. 5 della legge n. 2248 del 1865, All. E. (c.d. legge sul contenzioso amministrativo); propenderei per una prognosi positiva. Su questa ipotesi di disapplicazione, si veda, in generale, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2013, pp. 23-24 e pp. 125-128.

²¹⁶ La classificazione utilizzata nel testo corrisponde a quella proposta da D. GALLO, *Rethinking direct effect and its evolution: a proposal*, cit., p. 593 ss. In generale sulle situazioni in esame, v. M. DOUGAN, *Primacy and the Remedy of Disapplication*, in *Common Market Law Review*, 2019, pp. 1459-1508.

rimesso al giudice nazionale la valutazione circa l'opportunità di disapplicare, stante la necessità di operare un equo bilanciamento tra contrapposti interessi. Un esempio è *Österreichischer Rundfunk*²¹⁷.

Una seconda eccezione ricorre quando, a fronte di norme direttamente efficaci, la Corte impone in capo alle autorità nazionali – in luogo della disapplicazione – l'obbligo di estendere, in via temporanea, prerogative attribuite nell'ordinamento interno ad alcune categorie di persone fisiche e giuridiche anche ad altri soggetti di diritto. Questa eccezione ricorre segnatamente in materia di non discriminazione e rappresenta un'ipotesi particolare di applicazione dello strumento denominato “livellamento verso l'alto” (*levelling up*)²¹⁸. Si noti che l'eccezione rispetto alla disapplicazione è disposta, per l'appunto, in via temporanea, ossia sino all'adozione di una norma nazionale *ad hoc* che ponga rimedio alla incompatibilità con il diritto UE.

Un esempio di questa ipotesi è rappresentato dalla recente sentenza *Cresco Investigation*, ove la “mera disapplicazione” della disposizione nazionale che prevedeva un giorno festivo supplementare in favore dei lavoratori appartenenti ad alcune minoranze religiose, ritenuta dalla Corte in contrasto con il divieto di ogni discriminazione fondata sulla religione²¹⁹, avrebbe determinato una compressione, generalizzata, delle garanzie di tutela dei diritti di alcuni soggetti dell'ordinamento senza attribuire, al contempo, alcun beneficio al gruppo di soggetti svantaggiato da tale disposizione. Ciò dipendeva dalla particolare “sintassi normativa nazionale” e, precisamente, dal fatto che la norma incompatibile con il diritto dell'Unione – e quindi destinata in principio a dover essere disapplicata – consisteva in una norma attributiva di un vantaggio ad un certo gruppo di soggetti²²⁰.

Una terza ipotesi di sospensione del rimedio della disapplicazione a fronte

²¹⁷ Sentenza della Corte del 20 maggio 2003, cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, *Österreichischer Rundfunk*.

²¹⁸ Conclusioni dell'AG Bobek, alla causa *Cresco Investigation*, cit., punti 148 e 155-171.

²¹⁹ Oggi sancito dall'art. 21, par. 1, della Carta, e concretizzato dalla direttiva 2000/78, cit.

²²⁰ Come ho cercato di argomentare in L. CECCHETTI, *Gli strumenti del giudizio di eguaglianza della Corte di giustizia alla prova del divieto di discriminazione sulla base della religione: il caso Cresco Investigation*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2020, pp. 317-360, spec. p. 345 ss.

di norme di direttive direttamente efficaci è basata sull'applicazione per analogia dell'art. 264 TFUE nel contesto del rinvio pregiudiziale²²¹. Questa ulteriore eccezione si riscontra, al ricorrere di determinate condizioni, in specifici settori del diritto dell'Unione²²², come il monopolio pubblico delle scommesse sportive²²³, l'ambiente²²⁴ e l'approvvigionamento elettrico²²⁵. Più in particolare, in *Inter-Environnement Wallonie I*, la Corte ha sancito quattro condizioni cumulative. In primo luogo, benché si ravvisi una incompatibilità tra norma nazionale e una determinata disposizione di una direttiva, è necessario che quest'ultima sia stata per il resto correttamente trasposta nell'ordinamento nazionale. In secondo luogo, deve ravvisarsi l'impossibilità di porre tempestivamente rimedio ai pregiudizi derivanti dalla disapplicazione della norma interna incompatibile con il diritto UE. Terza condizione: il vuoto giuridico che deriverebbe dalla disapplicazione della norma interna arrecherebbe un pregiudizio agli obiettivi perseguiti dalla direttiva maggiore rispetto alla sospensione della disapplicazione. Infine, la quarta condizione consiste nella circostanza per cui la sospensione della disapplicazione deve essere temporanea e limitata nel tempo²²⁶.

In conclusione, ancorché le premesse normative, i settori in cui vengono in rilievo, e le modalità applicative di queste tre ipotesi siano differenti, è possibile individuare un *fil rouge* che sottende la giurisprudenza della Corte in discorso, declinabile in due "punti fermi".

Anzitutto, le tre ipotesi illustrate qui sopra sono accumulate dalla loro natura di "eccezione", e pertanto dalla necessità di essere interpretate ed ap-

²²¹ M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, 2018, p. 816.

²²² Su questa categoria di eccezioni, v. A. CIRCOLO, *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 *Il diritto dell'Unione europea*, 11 novembre 2019.

²²³ Sentenza della Corte dell'8 settembre 2010, causa C-409/06, *Winner Wetten*, seppur come mera prospettazione.

²²⁴ Sentenze della Corte del 28 febbraio 2012, causa C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie I*; e del 28 luglio 2016, causa C-379/15, *Association France Nature Environnement*. V. L. CLEMENT-WILZ, *L'office du juge interne pour moduler les effets de l'annulation d'un acte contraire au droit de l'Union. Réflexions sur l'arrêt Association France Nature Environnement du Conseil d'Etat français*, in *europeanpapers.eu*, 2017, pp. 259-270.

²²⁵ Sentenza della Corte del 29 luglio 2019, causa C-411/17, *Inter-Environnement Wallonie II*.

²²⁶ Sentenza *Inter-Environnement Wallonie I*, cit., punti 58-62.

plicabile in maniera restrittiva. In altri termini: la disapplicazione rimane ancora oggi la regola. La natura di “eccezione” risulta in modo evidente, a seconda dei casi, dal loro carattere “settoriale”, dalla loro delimitazione temporale definita dalla Corte stessa (*i.e.*, il tempo strettamente necessario al legislatore nazionale per porre rimedio in modo strutturale alla incompatibilità), e, infine, dalla valutazione squisitamente casistica che i giudici del *Kirchberg* compiono.

Un secondo punto fermo, di primaria importanza, consiste nel fatto che – nelle predette ipotesi – la disapplicazione della norma nazionale in contrasto con il diritto UE risulterebbe “controproducente”. Il risultato raggiunto sarebbe diametralmente opposto a quello perseguito dall’effetto diretto, la disapplicazione in tali casi pregiudicherebbe l’effettività della direttiva invece di esserne strumento. Questa conseguenza risulta in maniera immediata nel secondo e terzo scenario, ma dovrebbe altresì essere scorso tra le righe della prima ipotesi, nella quale – come si è ricordato – la Corte, in casi eccezionali, rimette al giudice nazionale la valutazione circa l’opportunità o meno di disapplicare al fine di operare un equo bilanciamento tra contrapposti interessi. Come ho sostenuto *supra*²²⁷, l’effettività “in uno specifico caso” portato all’attenzione della Corte non è né l’unico interesse meritevole di tutela esistente né l’unica dimensione della “effettività” del diritto UE, della quale esiste anche una dimensione “prospettica”: l’effettività del diritto UE, per essere effettivamente perseguita e realizzata, deve risultare sostenibile nel medio-lungo periodo²²⁸, ciò richiede di accomodare in alcuni e limitati casi altri interessi parimenti meritevoli di considerazione. A tal fine, è necessario riconoscere che il rimedio della disapplicazione non è necessariamente, imprescindibilmente e in tutti i casi la conseguenza immediata dell’effetto diretto delle direttive. Torneremo su questo aspetto nelle considerazioni conclusive che seguono.

6. Considerazioni conclusive

Alla luce dell’analisi sin qui condotta, appare evidente che, quasi cinquant’anni dopo *van Duyn*, la questione dell’effetto diretto delle direttive

²²⁷ Si veda § 4.1.

²²⁸ Cfr. F. SNYDER, *op. cit.*, p. 54.

quale strumento di *private enforcement* del diritto dell'Unione a disposizione e a tutela dei privati appare ancora una questione *in divenire*, caratterizzata da una serie di problematiche ancora aperte. Lungi dall'essere una patologia caratterizzante "l'infanzia" dell'ordinamento giuridico dell'Unione²²⁹, queste problematiche continuano a porsi con specifico riferimento alle direttive, incidendo, come si è detto, non solo sulla tutela dei diritti individuali e sull'esercizio del potere normativo dell'Unione, ma, più in generale, sull'architettura costituzionale dell'ordinamento UE²³⁰.

Infatti, non vi è dubbio che queste problematiche siano legate, da un lato, alla natura "camaleontica" e "cangiante" dell'effetto diretto stesso²³¹, e, dall'altro lato, alla natura e alle peculiarità della fonte del diritto in discorso²³². Il bilanciamento tra effettività del diritto dell'Unione e rispetto del riparto verticale di poteri e competenze – tra Stati membri e Unione – benché sempre delicato – è toccato nella sua essenza quando si discute dello strumento della direttiva.

Soltanto ove si tengano a mente queste premesse, è possibile comprendere il significato "costituzionale" e "federale" della tematica oggetto di questa analisi²³³ e degli sviluppi illustrati nei §§ 3, 4 e 5, come il sempre più marcato rilassamento nell'applicazione del *test* dell'effetto diretto, l'ampliamento – pur "controllato" – delle eccezioni al divieto di effetti diretti orizzontali delle direttive, e i limitati casi in cui il nesso tra effetto diretto, primato e disapplicazione può essere temporaneamente sospeso.

Questi sviluppi giurisprudenziali rispondono tutti alle predette esigenze e a una logica di necessario bilanciamento, casistico, tra le stesse²³⁴. È precisamente in quest'ottica che la tematica in esame deve essere collocata nel più

²²⁹ P. PESCATORE, *op. cit.*

²³⁰ Si vedano §§ 1 e 2.

²³¹ J. STEINER, *Direct applicability in EEC Law – A chameleon concept*, in *Law Quarterly Review*, 1982, p. 229 ss.; D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, cit., p. 163 ss.

²³² V. *supra* § 2.

²³³ A. DASHWOOD, *The Principle of Direct Effect in European Community Law*, in *Journal of Common Market Studies*, 1977, pp. 229-245, spec. p. 245; P. CRAIG, *Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1992, p. 453 ss.

²³⁴ P. V. FIGUEROA REGUEIRO, *op. cit.*, pp. 36-37.

ampio contesto dell'idea di federalismo cooperativo o collaborativo (“*cooperative federalism*” o “*dual federalism*”) che sottende l'ordinamento UE²³⁵. Con tale espressione viene fatto riferimento ad un ordinamento in cui la sovranità – e quindi anche la potestà normativa – in relazione ad una varietà di settori di azione dell'Unione è *condivisa* tra il livello “federale” e quello nazionale, e non già confinata ermeticamente nella sfera di competenza esclusiva di uno dei due livelli di governo²³⁶.

Questa filosofia e la flessibilità ad essa inerente emerge di tutta evidenza dalla natura e dalle peculiarità dello strumento normativo rappresentato dalle direttive²³⁷, e inevitabilmente si riflette sulla giurisprudenza analizzata in questo lavoro che – come detto – deve necessariamente accomodare diversi interessi e prerogative.

Alla luce di quanto precede, i rilievi – in parte anticipati – per cui l'opera giurisprudenziale della Corte non “brilla” per coerenza²³⁸ e sarebbe altresì priva di solidi argomenti giuridici capaci di spiegare anche snodi principali delle problematiche analizzate²³⁹ devono essere ridimensionati. Peraltro, la considerazione per cui la “storia” della dottrina dell'effetto diretto – anche – delle direttive non rappresenti il portato di meri tecnicismi ma sia stata – e sia ancora – anche influenzata da considerazioni di più ampio respiro, di “politica giudiziaria” ed inerenti dal processo di integrazione europea e dalla fase dello stesso in cui una determina pronuncia si colloca, non può del tutto sorprendere²⁴⁰.

²³⁵ R. SCHÜTZE, *From Dual to Cooperative Federalism*, cit., pp. 1-10, spec. p. 5. Sul contenuto nella riflessione accademica statunitense, v., ad es., E. S. CORWIN, *op. cit.*

²³⁶ V. *amplius* R. SCHÜTZE, *From Dual to Cooperative Federalism*, cit.

²³⁷ V. *supra* § 2.

²³⁸ F. CAPELLI, *Evoluzione, splendori, e decadenza delle direttive comunitarie*, cit., p. 88; F. EMMERT, M. PEREIRA DE AZEVEDO, *op. cit.* L'incertezza giuridica che ne consegue è, tra l'altro, alla base delle proposte di superamento del divieto di effetti diretti orizzontali delle direttive. Al riguardo, si veda *supra* § 4.1, e, per ulteriori riferimenti alla letteratura, i contributi menzionati nelle note a piè di pagina nn. 72, 73, 74.

²³⁹ Secondo Capelli, sin dagli anni Settanta, “l'indirizzo giurisprudenziale seguito dalla Corte in materia di efficacia delle direttive, appar[e] più influenzato da considerazioni di ordine politico che non da argomenti di carattere giuridico”, v. F. CAPELLI, *Evoluzione, splendori, e decadenza delle direttive comunitarie*, cit., p. 19; F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, cit. Cfr. R. SCHÜTZE, *European Union Law*, cit., pp. 170-178.

²⁴⁰ Come sottolineava Pescatore, sin da *van Gend and Loos*, la dottrina dell'effetto diretto

Quanto precede non impedisce di individuare profili la cui razionalizzazione e sistematizzazione appare necessaria e, almeno in parte, possa essere svolta dalla Corte di giustizia. Tra questi profili, pare opportuno richiamare, in conclusione, i tre aspetti relativi alla efficacia diretta delle direttive sui quali si è concentrata l'analisi.

Viene in rilievo, in primo luogo, la distinzione tra creazione di un obbligo (vietato) e la determinazione di “mere ripercussioni negative” (consentita) in controversie orizzontali, che è al centro del filone giurisprudenziale della Corte in tema di effetto diretto incidentale delle direttive. Come sostenuto nel § 4.1, sebbene i chiarimenti apportati nella sentenza *Smith* e la teoria dell'impatto normativo appaiano in grado di spiegare la giurisprudenza sino ad oggi, l'estensione di questa eccezione al di là della situazione di mancata notifica di regole tecniche – prefigurata dalla Corte nella sentenza *Airbnb Ireland* – appare idonea a determinare la disapplicazione di norme nazionali (non notificate) che vengono *direttamente* in rilievo in controversie *inter privatos*. Una tale conseguenza mi pare porsi in netto contrasto con la predetta distinzione tra “obbligo” e “mere ripercussioni negative” posta a fondamento di questa eccezione.

Un secondo aspetto concerne l'eccezione al divieto di effetti diretti orizzontali delle direttive definita – sin dalle prime battute di questo scritto – “schema *Mangold*”, poi analizzata nel § 4.2. Si tratta dell'eccezione basata sulla interazione tra disposizioni di una direttiva e diritto primario – principi generali del diritto, diritti fondamentali della Carta, o Trattati – che consentono a una data norma giuridica sancita ad entrambi i livelli (diritto primario e secondario) di avere efficacia diretta e portare alla disapplicazione di una misura con essa in contrasto anche in controversie orizzontali. A questo riguardo, sulla base della giurisprudenza della Corte, emerge, da un lato, il carattere – per l'appunto – eccezionale dello schema *Mangold*, in parte legato alla centralità e all'importanza dei diritti fondamentali che venivano in rilievo; e, dall'altro lato, la necessità di riscontrare un collegamento funzionale “caratterizzato” tra le disposizioni della direttiva e il diritto fondamentale in discorso, che ri-

ha poggiato in parte su di “*une certaine idée d'Europe*” condivisa dai membri della Corte, v. P. PESCATORE, *op. cit.*, p. 137. In tema di “politica giudiziaria” della Corte di giustizia, si veda, da ultimo, L. CLÉMENT-WILZ (sous la direction de), *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, 2019.

corda – con i distinguo svolti *supra* – quel requisito di concretizzazione *immediata* ed *essenziale* avanzato dall'AG Cruz Villalón nelle proprie conclusioni presentate in *AMS*.

Nei §§ che precedono, è stato altresì svolto un tentativo definitorio di queste due aggettivazioni. In particolare, per concretizzazione *essenziale* dovrebbe intendersi una corrispondenza o sovrapposizione perfetta tra il diritto fondamentale ed il diritto sancito dalla direttiva, al punto da poter essere considerata una medesima norma riaffermata in disposizioni diverse. Una concretizzazione *immediata* ricorrerebbe, invece, quando lo scopo primario della direttiva è specificamente quello di concretizzare tale diritto fondamentale, per come risultante dalla base giuridica utilizzata e dagli obiettivi della direttiva medesima.

Come anticipato, rimane tuttavia ancora aperta la questione di come poter distinguere – in seno a tale interazione – situazioni in cui le disposizioni di una direttiva danno “espressione concreta” ad un diritto fondamentale già *per sé* completo e direttamente efficace e, dall'altro lato, ipotesi in cui dette disposizioni di diritto secondario si limitano a “specificare alcuni aspetti”²⁴¹.

Infine, il terzo aspetto concerne il nesso funzionale tra effetto diretto, primato ed obbligo di disapplicazione, ossia la configurazione di quest'ultimo come “rimedio principe” alla incompatibilità tra diritto UE e ordinamento nazionale. L'analisi svolta nel § 5 dimostra, da un lato, che la disapplicazione deve anch'essa essere “declinata al plurale”, essendo recentemente emerse nella giurisprudenza della Corte ipotesi di “disapplicazione chirurgica” e di “disapplicazione sulla base del diritto nazionale”. Dall'altro lato, senza con ciò rinnegare o sminuire il ruolo di tale rimedio nel processo di integrazione europea²⁴², i casi esaminati segnalano che, in alcune situazioni, l'effettività del diritto dell'Unione – inclusa l'effettività dei diritti sanciti da direttive – non possa essere garantita dalla disapplicazione. Come ho sostenuto²⁴³, a fianco di una “effettività *in uno specifico caso*” portato all'attenzione della Corte esiste

²⁴¹ V. *supra* § 4.3.

²⁴² La disapplicazione come rimedio fisiologico conseguente alla combinazione della dottrina dell'effetto diretto e del principio del primato ha plasmato la natura stessa dell'ordinamento giuridico UE, completando – come ricorda la stessa sentenza *van Gend and Loos*, cit., – lo strumento di *public enforcement* del diritto UE per eccellenza (vale a dire, l'azione di infrazione), mediante “[l]a vigilanza dei singoli, interessati alla salvaguardia dei loro diritti”.

²⁴³ Si vedano §§ 4.1 e 5.

anche una dimensione “prospettica” di questa categoria: l’effettività del diritto UE, per essere effettivamente perseguita e realizzata, deve risultare sostenibile nel medio-lungo periodo²⁴⁴, ciò richiedendo di accomodare in alcuni e limitati casi altri interessi parimenti meritevoli di considerazione.

Ora, nella medesima prospettiva, è possibile sostenere che, in alcuni casi, l’interpretazione conforme²⁴⁵ appaia preferibile al consolidato binomio effetto diretto-disapplicazione e finanche più rispondente alla filosofia di federalismo cooperativo sottesa all’ordinamento UE. L’utilizzo di questo duttile strumento è altresì idoneo a ridimensionare il divieto di effetto diretto delle direttive in controversie tra soggetti privati²⁴⁶.

A prescindere da queste ricostruzioni teoriche, ma in linea con esse, emerge chiaramente dalla giurisprudenza della Corte relativa allo schema *Mangold* che essa già considera – ad oggi – l’obbligo di interpretazione conforme come un passaggio preliminare e necessario di ogni valutazione circa l’efficacia diretta dei diritti fondamentali UE in controversie orizzontali, contribuendo così alla loro effettività non mediante il rimedio della disapplicazione²⁴⁷ e a prescindere dai suddetti limiti. A ciò si aggiunga che il chiarimento operato nella sentenza *Popławski II* circa la necessità di limitare la disapplicazione alla contrarietà a norme del diritto UE dotate di effetto diretto (*trigger model*) sembra idoneo ad accrescere, nel prossimo futuro, le occasioni di ricorso allo strumento dell’effetto indiretto, in luogo dell’effetto diretto, aumentando di conseguenza le aspettative riposte sul giudice nazionale in sede di obbligo interpretazione conforme²⁴⁸.

A cinquant’anni da *van Duyn*, pertanto, le “questioni aperte” in merito all’effetto diretto delle direttive con cui la Corte sarà chiamata a confrontarsi sono ancora numerose, anche considerando che, se alcune di esse sono state risolte, nuove problematiche sono anche emerse.

²⁴⁴ Cfr. F. SNYDER, *op. cit.*, p. 54.

²⁴⁵ L. NIGLIA, *Conforming Interpretation*, *op. cit.*; G. BETLEM, *op. cit.*

²⁴⁶ Come illustrato nel § 4.1.

²⁴⁷ Sottolinea l’importanza di questa ampia concezione di “effettività” nel contesto del sistema di tutela dei diritti fondamentali, ad es., Frantziou, si veda E. FRANTZIOU, *The Horizontal Effect of the Charter: Towards an Understanding of Horizontality as a Structural Constitutional Principle*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2020, pp. 224-226.

²⁴⁸ D. MIASIK, M. SZWARC, *op. cit.*

IL RUOLO DELL'EFFETTIVITÀ NELLA GIURISPRUDENZA
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA IN MATERIA DI DIRITTO
ALLE FERIE: L'EMERSIONE DI NUOVI OBBLIGHI (POSITIVI?)

Valeria Salese*

SOMMARIO: 1. Rilievi introduttivi. – 2. Le lacune dell'art. 7 della direttiva 2003/88: introduzione ai problemi di effettività del diritto alle ferie. – 3. L'effettività nel *judicial reasoning* della CGUE in materia di diritto alle ferie. – 3.1. Il rapporto del diritto alle ferie con gli altri congedi. – 3.2. La componente retributiva del congedo per ferie. – 3.3. Le condizioni di riconoscimento dell'indennità *in lieu*. – 4. Considerazioni conclusive sulla funzione del principio di effettività e sulla natura degli obblighi a garanzia del diritto alle ferie.

1. *Rilievi introduttivi*

Il principio di effettività ha avuto un ruolo di capitale importanza nello sviluppo del diritto dell'Unione per come oggi lo conosciamo¹. Infatti, se l'effettività è un attributo necessario di qualsiasi ordinamento giuridico, lo è ancora di più riferito all'ordinamento dell'Unione il cui funzionamento è caratterizzato da un sistema di *enforcement* decentralizzato² che poggia sull'attività delle autorità nazionali. Non si tratta di una caratteristica imposta, ma di un tratto fisiologico del sistema UE le cui norme sono destinate ad operare all'interno degli ordinamenti nazionali.

Per queste ragioni il principio di effettività rappresenta un elemento chiave per il corretto funzionamento del sistema servendo in prima battuta ad assicurare che l'operatività dei precetti di fonte UE sia garantita a livello nazionale³.

Nonostante l'indubbio rilievo che esso possiede nella giurisprudenza

* Dottoranda di ricerca in Public, European and International Law presso Università degli Studi di Milano-Bicocca.

¹ Per una ricostruzione accurata dell'elaborazione e dell'evoluzione del principio si veda, per tutti, T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006, p. 418.

² Per tutti, si veda F. BECKER, *Application of Community Law by Member States' Public Authorities: Between Autonomy and Effectiveness*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 1035.

³ M. ACCETTO, S. ZLEPTNIG, *The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law*, in *European Public Law*, 2005, p. 375.

della Corte di giustizia (“Corte” o “CGUE”), nei Trattati non è presente né una sua menzione, né alcuna definizione.

L’assenza di indicazioni e la sua difficile concettualizzazione hanno contribuito a stimolare l’interesse a indagare sul significato e la portata di questo principio⁴. Nel vasto panorama delle ricostruzioni del concetto di effettività in cui non è possibile addentrarsi⁵, il presente contributo si concentra sull’effettività intesa come un sinonimo/declinazione del concetto di *effet utile*⁶ e, dunque, nella sua veste di criterio di interpretazione⁷ utilizzato per monitorare l’attuazione e il rispetto⁸ del diritto UE a livello nazionale.

In quest’ultima accezione l’effettività non solo appare come argomento fondante di molte delle decisioni della Corte di “impatto costituzionale”⁹, ma

⁴ Sull’effettività come limite all’autonomia procedurale degli Stati membri, ad esempio, A. ADINOLFI, *The “Procedural Autonomy” of the Member States and the Constraints Stemming from the ECJ’s Case Law: is Judicial Activism still Necessary?*, in H.-W. MICKLITZ, B. DE WITTE (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012, p. 281. Sull’effettività come attributo della tutela giurisdizionale, *ex plurimis*, G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *federalismi.it*, n. 5, 28 febbraio 2018; S. PRECHAL, *Redefining the Relationship between ‘Rewe-effectiveness’ and Effective Judicial Protection*, in *Review of European Administrative Law*, 2011, p. 31; A. M. ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell’Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015. Per altri studi riguardo ai vari possibili significati di effettività si vedano, ad esempio, P. NEBBIA, *Double Life of Effectiveness*, in *Cambridge Yearbook of European legal Studies*, 2008, p. 287 ss.; M. ROSS, *Effectiveness in the European Legal Order(s): beyond Supremacy to Constitutional Proportionality?*, in *European Law Review*, 2006, p. 1.

⁵ Per una ricostruzione dei diversi approcci dottrinali al tema dell’effettività si rinvia a M. E. MENDEZ-PINEDO, *The Principle of Effectiveness of EU Law: a Difficult Concept in Legal Scholarship*, in *Juridical Tribune*, 2021, p. 5.

⁶ U. SADL, *National Courts and the Effectiveness of EU Law*, in B. DE WITTE, J. MAYORAL, U. JAREMBA, M. WIND, K. PODSTAWA (eds.), *National Courts and EU Law*, Cheltenham, 2016, p. 68, che chiama l’effettività intesa come effetto utile “Type 1 effectiveness” opponendola alla “Type 2 effectiveness” della giurisprudenza *Rewe-Comet*.

⁷ Così A. ADINOLFI, *La Corte di giustizia dell’Unione europea dinanzi ai principi generali codificati*, in A. ANNONI, S. FORLATI, F. SALERNO (a cura di), *La codificazione nell’ordinamento internazionale e dell’Unione europea. XXIII Convegno SIDI Ferrara 6-8 giugno 2018*, Napoli, 2018, p. 553.

⁸ F. SNYDER, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *Modern Law Review*, 1993, p. 26, secondo cui il parametro dell’effettività si riferisce a quattro distinti profili: “implementation, enforcement, impact and compliance”.

⁹ Così G. CONWAY, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, New York, 2012, spec. p. 26 ss.

il suo utilizzo è talmente diffuso che si condivide l'opinione di chi la definisce un "dominant *leitmotiv* in judicial reasoning"¹⁰.

Infatti, l'approccio marcatamente funzionalistico che connota il mandato interpretativo della CGUE favorisce l'utilizzo di una tecnica interpretativa di tipo teleologico¹¹ e fa sì che tra le possibili interpretazioni di una medesima disposizione sia prediletta quella tesa a garantirne l'*effet utile*¹².

Con questa premessa sullo sfondo, lo scritto tenta di affrontare lo studio dell'effettività in funzione di parametro interpretativo della normativa UE in materia di diritto alle ferie disciplinato all'art. 7 della direttiva 2003/88 concernente taluni aspetti dell'orario di lavoro¹³ e sancito all'art. 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ("Carta" o "CDFUE").

L'indagine è stimolata dal fatto che il diritto alle ferie ha assunto un valore particolarmente importante nell'ordinamento dell'Unione tanto da essere definito la *grundnorm* dei diritti sociali¹⁴. Infatti, identificato sin da tempi ormai risalenti come "principio particolarmente importante del diritto sociale comunitario"¹⁵, esso è oggi considerato – grazie all'avvento della Carta – un diritto sociale fondamentale¹⁶ capace di dispiegare effetti diretti¹⁷.

¹⁰ M. ROSS, *op. cit.*

¹¹ Per tutti, cfr. A. ALBORS-LLORENS, *European Court of Justice, More than a Teleological Court*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 1999, p. 373; K. LENAERTS, J. GUTIÉRREZ-FONS, *To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice*, in *Working Paper AEL*, 2013.

¹² Cfr. S. MAYR, *Putting a Leash on the Court of Justice? Preconceptions in National Methodology v Effet Utile as a Meta-Rule*, in *European Journal of Legal Studies*, 2012, p. 8.

¹³ Direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro.

¹⁴ A. BOGG, M. FORD, *Article 31*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, London, 2021, p. 875.

¹⁵ Espressione utilizzata per la prima volta nella sentenza della Corte del 26 giugno 2001, causa C-173/99, *BECTU*, punto 43, poi ribadita in plurime occasioni tra cui: sentenza della Corte del 29 novembre 2017, causa C-214/16, *King*, punto 32; sentenza della Corte dell'8 novembre 2012, cause riunite C-229/11 e C-230/11, *Heimann e Toltschin*, punto 22; del 21 giugno 2012, causa C-78/11, *ANGED*, punto 16; del 22 novembre 2011, causa C-214/10, *KHS*, punto 23.

¹⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano, dell'8 febbraio 2001, causa C-173/99, *BECTU*, punti 28 e 36.

¹⁷ Cfr. 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 sull'effetto*

Nonostante l'indiscusso rilievo riconosciutogli, il diritto alle ferie non va esente dalle problematiche applicative legate al suo essere disciplinato da una direttiva e, quindi, subordinato al recepimento da parte delle legislazioni nazionali per poter operare negli ordinamenti degli Stati membri¹⁸.

E infatti, i problemi di effettività, in generale connessi alle direttive, si manifestano anche rispetto all'implementazione della previsione legislativa sul diritto alle ferie. Quest'ultimo postulato è provato dal ricco contenzioso sorto in materia che ha portato all'attenzione dei giudici di Lussemburgo molti quesiti relativi alla portata di tale diritto¹⁹.

Alla luce di queste criticità, dopo aver esaminato alcuni profili problematici, *rectius* di effettività, del diritto alle ferie annuali a cui il testo della direttiva dà origine (§ 2), saranno prese in considerazione alcune pronunce della Corte marcatamente caratterizzate da un approccio esegetico improntato all'effettività (§ 3). L'esame degli esiti cui quest'approccio ha condotto tende a suggerire che, in diverse occasioni, la Corte (eventualmente alla luce di una lettura congiunta della direttiva col precetto della Carta) ha massimizzato l'ampiezza delle garanzie poste a tutela del diritto alle ferie fino a, di fatto, enunciare profili della disciplina delle ferie non affrontati dalla disciplina legislativa. Anche se nel contesto di questo studio il rapporto tra la Carta e la direttiva non costituirà oggetto di specifiche riflessioni, si cercherà di dare atto dei casi in cui il risultato interpretativo è influenzato anche dall'utilizzo della Carta²⁰.

diretto. Il caso della giurisprudenza "sulle ferie", in federalismi.it, n. 10, 22 maggio 2019; M. CONDINANZI, L'invocabilità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nei rapporti orizzontali, in C. AMALFITANO, M. D'AMICO, S. LEONE (a cura di), La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela. Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Milano a venti anni dalla sua proclamazione, Torino, 2022, p. 125; R. PALLADINO, Diritti, principi ed effetto diretto orizzontale delle disposizioni (in materia sociale) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in Il diritto dell'Unione europea, 2019, p. 175.

¹⁸ Per tutti, si veda S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, Oxford, 2005, in particolare si vedano i capitoli 3 e 5 dove l'autrice esamina alcune caratteristiche necessarie per la corretta implementazione delle direttive e, dunque, individua alcuni dei limiti alla discrezionalità nazionale ricavati dalla giurisprudenza in materia di direttive.

¹⁹ Basti menzionare che inserendo l'art. 7 della direttiva 2003/88 come voce sul modulo di ricerca della giurisprudenza della Corte (www.curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it) compare un elenco di 66 cause concluse.

²⁰ Per alcune riflessioni sul rapporto tra Carta e direttive nella tutela dei diritti

Infine, si svolgeranno alcune riflessioni conclusive sul significato di questa giurisprudenza (§ 4).

2. *Le lacune dell'art. 7 della direttiva 2003/88: introduzione ai problemi di effettività del diritto alle ferie*

La direttiva 2003/88 persegue l'obiettivo di migliorare le condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori per garantirne la salute e la sicurezza²¹. A tal fine – su espressa previsione del vincolo posto dalla sua base giuridica, l'attuale art. 153, par. 2, TFUE – essa stabilisce alcune prescrizioni minime in materia di orario di lavoro lasciando agli Stati la facoltà di applicare o introdurre misure più favorevoli alla protezione dei lavoratori²².

Tra le sue disposizioni, col più specifico obiettivo di consentire al lavoratore di riposarsi e di beneficiare di un periodo di distensione e di ricreazione, si inserisce l'obbligo per gli Stati membri di garantire un periodo minimo di ferie annuali retribuite.

L'art. 7, par. 1, della direttiva recita: “Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché ogni lavoratore benefici delle ferie annuali retribuite di almeno 4 settimane, *secondo le condizioni di ottenimento o di concessione previste dalle legislazioni e/o prassi nazionali* (corsivo aggiunto)”.

Il paragrafo 2 reca poi la previsione secondo cui, solo nell'ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro, il lavoratore ha diritto ad un'indennità sostitutiva. Tale indennità finanziaria ed il diritto alle ferie sono stati definiti come due componenti dello stesso diritto²³ con l'effetto che i due paragrafi dell'art. 7 devono essere letti in rapporto di complementarità.

Il diritto alle ferie annuali così definito ha poi natura inderogabile. Ciò si deduce *a contrario* dal testo della direttiva che non menziona il diritto alle ferie tra le disposizioni a cui gli Stati membri hanno facoltà derogare²⁴.

fondamentali si rinvia a L. S. ROSSI, *La relazione fra Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali*, in *federalismi.it*, n. 10, 22 maggio 2019.

²¹ Si veda il Preambolo della direttiva, in particolare i considerando nn. 2-4; 7-11 e 15.

²² Si veda l'art. 16 della direttiva intitolato “Disposizioni più favorevoli”.

²³ *Ex plurimis*, sentenza della Corte del 25 novembre 2021, causa C-233/20, *WD*, punto 29.

²⁴ Si veda l'art. 17 della direttiva intitolato “Deroghe” nonché la conferma della Corte sul

Alla luce di quanto sin qui illustrato è possibile sintetizzare gli elementi che compongono la disciplina – dichiaratamente minima – in materia di diritto alle ferie: una durata minima di quattro settimane; la necessità di corrispondere un pagamento a titolo di retribuzione per tale congedo; la natura inderogabile del diritto; la cadenza annuale; l'esistenza di un'indennità sostitutiva subordinata alla duplice condizione della mancata fruizione e della cessazione del rapporto di lavoro. Viceversa, ogni altro aspetto connesso all'esercizio di tale diritto non è fissato dalla direttiva ed è perciò inevitabilmente delegato a quanto stabilito dalle legislazioni e prassi nazionali espressamente richiamate al paragrafo 1 dell'art. 7.

Per integrare i contorni della disciplina di questo diritto non è di aiuto nemmeno una sua interpretazione in combinato disposto con la corrispondente disposizione della Carta. Infatti, l'art. 31, par. 2, si limita a menzionare il diritto alle ferie annuali retribuite insieme ad altri due diritti connessi alla durata dell'orario di lavoro, mentre la sua spiegazione recita che tale previsione “si basa sulla direttiva 93/104/CE”, ossia la precedente versione della direttiva 2003/88. Perciò, nonostante la Carta abbia permesso di estendere i confini della tutela di questo diritto²⁵, la concisione del testo dell'art. 31, par. 2, e la formulazione della relativa spiegazione suggeriscono semmai che sia la più dettagliata disciplina della direttiva a dover guidare l'interpretazione della Carta²⁶.

Ad ogni modo, poiché anche la direttiva contiene solo prescrizioni minime, l'operatività delle sue regole è affidata ad un'attività di recepimento considerevolmente discrezionale. Per tale ragione si è andato consolidando un filone giurisprudenziale teso a definire (e a restringere) i contorni dell'autonomia di implementazione.

Così, ad esempio, mentre è ammesso che “le modalità di esecuzione e di applicazione necessarie per attuare le prescrizioni della direttiva [...] possono differire quanto alle condizioni di esercizio del diritto alle ferie annuali

punto in, *inter alia*, sentenza della Corte del 12 giugno 2014, causa C-118/13, *Bollacke*, punto 15.

²⁵ Si rinvia alle note 17 e 20 e, *infra*, § 3.3.

²⁶ Sul rapporto tra la direttiva 2003/88 e l'art. 31, par. 2 della Carta alla luce della sua spiegazione si rinvia integralmente a E. MUIR, *The Horizontal Effects of Charter Rights Given Expression to in EU Legislation, from Mangold to Bauer*, in *Review of European Administrative Law*, 2019, p. 185.

retribuite²⁷”, la Corte ha chiarito che “tale direttiva non consente agli Stati membri di escludere la nascita stessa di un diritto espressamente conferito a tutti i lavoratori²⁸”. Similmente, si legge che la definizione dei concetti preliminari al godimento dei diritti sanciti dalla direttiva, come quello di “orario di lavoro” e “periodo di riposo”, non può essere esercitata in piena autonomia a discapito dell’*effet utile* della direttiva²⁹.

Questi chiarimenti, nel delimitare i margini di discrezionalità entro cui le prassi e legislazioni nazionali devono muoversi, preparano il terreno per ulteriori interventi della Corte volti a monitorare l’attuazione della direttiva.

Sebbene, a giudizio della Commissione, la disposizione sul diritto alle ferie risulti complessivamente *ben recepita* a livello nazionale, nella Relazione sull’attuazione della direttiva³⁰ ne sono messi in luce alcuni aspetti critici. I rilievi segnalati riguardano essenzialmente le condizioni imposte dalle legislazioni nazionali per maturare e fruire le ferie nel primo anno di lavoro e il rapporto tra il congedo per ferie e il congedo per malattia. In linea con queste notazioni, alcuni quesiti pregiudiziali rivolti alla Corte (si veda *infra*) evidenziano più nel dettaglio le problematiche di recepimento confermando l’esistenza di alcuni aspetti pratici essenziali all’esercizio del diritto alle ferie su cui il testo legislativo non offre indicazioni³¹.

Così, ad esempio, oltre al rapporto delle ferie con gli altri congedi, tra gli aspetti problematici che la casistica rappresenta emergono anche quello della retribuzione e quello concernente le condizioni di esercizio del diritto all’indennità *in lieu* stabilito dall’art. 7, par. 2, della direttiva.

In mancanza di puntuali indicazioni da parte della direttiva e (a maggior ragione) della Carta, questi quesiti non trovano immediata risposta nel testo

²⁷ Sentenza della Corte del 24 gennaio 2012, causa C-282/10, *Dominguez*, punto 19 e sentenza *BECTU*, cit., punto 55.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Sentenza della Corte del 9 marzo 2021, causa C-344/19, *D. J.*, punto 31.

³⁰ Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sull’attuazione da parte degli Stati membri della direttiva 2003/88 concernente taluni aspetti dell’organizzazione dell’orario di lavoro, COM (2017) 254final.

³¹ Per una ricognizione esemplificativa che mette in luce lo scollamento tra la disciplina di recepimento e la normativa dell’Unione nell’ordinamento croato cfr. Z. POTOCNJAK, A. GRGIC, I. CATIPOVIC, *The Right to Annual Leave: The Implications of Accession*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2014, p. 159.

legislativo³². Questo fattore ha comportato che la Corte, mossa dalla percepita necessità di sopperire alle lacune legislative, abbia adottato un approccio interpretativo molto estensivo esplicitamente votato a garantire l'effettività del diritto alle ferie e dei suoi corollari.

3. *L'effettività nel judicial reasoning della CGUE in materia di diritto alle ferie*

Una ricerca testuale svolta in relazione alla giurisprudenza della CGUE in materia di diritto alle ferie rivela un uso diffuso dell'avverbio "effettivamente" e dell'aggettivo "effettivo" riferiti a vari concetti afferenti al regime del diritto alle ferie³³. Nel tentativo di ricostruire alcuni dei contesti in cui questa tendenza si manifesta, si osserva che, in primo luogo, il concetto di effettività è associato all'attività lavorativa che dev'essere svolta ai fini della maturazione del diritto alle ferie. Detto altrimenti, data la finalità di riposo e ricreazione sottostante la previsione di un periodo di ferie retribuite, viene costantemente sottolineato che il riconoscimento del diritto si fonda sulla premessa che il lavoratore, salvo eccezioni³⁴, abbia preventivamente svolto un periodo di lavoro effettivo³⁵.

Per tutelare efficacemente la sua salute e la sua sicurezza, ossia gli obiettivi perseguiti dalla direttiva 2003/88, è poi ricorrentemente affermato che deve essere "effettivo" anche il riposo di cui il lavoratore fruisce quando si trova in congedo per ferie³⁶.

³² A. BOGG, M. FORD, *op. cit.*, sono dell'opinione che l'enorme contenzioso sul diritto alle ferie sia una proiezione delle "regulatory complexities of that provision of the Directive".

³³ Il campione su cui si è svolta la ricerca testuale consta delle pronunce già oggetto di menzione nella precedente nota 19.

³⁴ Si veda *infra*, § 3.1.

³⁵ Sentenza della Corte del 22 settembre 2022, causa C-518/20, *XP*, punti 28, 29, 38, 45 e 46; dell'11 novembre 2021, causa C-514/20, *Koch*, punti 10, 19, 33, 40, 42, 44; sentenza *WD*, cit., punti 28 e 33; del 13 dicembre 2018, causa C-385/17, *Hein*, punti 27, 29, 36, 41, 44, 52, 53; del 4 ottobre 2018, causa C-12/17, *Dicu*, punto 28; del 25 giugno 2020, cause riunite C-762/18 e C-37/19, *QH e CV*, punti 58 e 66; del 9 dicembre 2021, causa C-217/20, *XXXX*, punto 25.

³⁶ *Ex multis*, sentenza *XXXX*, cit., punto 24; sentenza *Koch*, cit., punto 31; sentenza della Corte del 6 novembre 2018, causa C-619/16, *Kreuziger*, punti 40 e 49 e sentenza della Corte del 6 novembre 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Bauer*, punto 42.

Nonostante l'indubbio interesse che i frequenti riferimenti all'effettività di questa giurisprudenza suscitano, ciò che dev'essere anzitutto connotato da effettività è il godimento delle ferie³⁷. Ciò equivale a dire che per valutare la corretta implementazione della direttiva, non basta che il diritto sia astrattamente sancito e conferito ai lavoratori dalla normativa nazionale di recepimento. Al contrario, il diritto UE impone alle autorità nazionali di attivarsi affinché il lavoratore titolare del diritto sia in grado di fruirne in concreto.

A tal proposito, e, dunque, per far sì che il godimento sia effettivo, la Corte ha costantemente affermato che "effettive" devono essere le condizioni per il suo esercizio: il lavoratore dev'essere preventivamente ed effettivamente posto nelle condizioni di avvalersi del diritto di cui è titolare³⁸. Detto in altre parole, l'effettività si riferisce anche alla possibilità di esercizio e, quindi, costituisce un requisito da soddisfare in un momento anteriore a quello dell'esercizio vero e proprio del diritto.

In quest'abbondanza di riferimenti all'effettività e alle sue derivazioni, alcuni di essi hanno assunto rilievo nel definire il percorso logico della Corte in risposta alle problematiche attuativo-applicative evidenziate nel precedente paragrafo. Di seguito si tenterà di dimostrare come le problematiche emerse dai rinvii pregiudiziali si sono risolte nell'enunciazione da parte della CGUE di regole che integrano il regime normativo tratteggiato dalla direttiva ben al di là di quanto sarebbe consentito svolgendo un'interpretazione letterale della norma.

3.1. *Il rapporto del diritto alle ferie con gli altri congedi*

Tra gli aspetti problematici della disciplina in esame, uno è connesso al rapporto del congedo per ferie con congedi di altro tipo. Ciò, come visto, non

³⁷ Sentenza *Koch*, cit., punto 33; sentenza della Corte del 4 giugno 2020, causa C-588/18, *FETICO e a.*, punti 32 e 34; sentenza *Hein*, cit., punto 44.

³⁸ Sentenza della Corte del 22 settembre 2022, causa C-120/21, *LB*, punto 48 dove si fa riferimento all'omissione del datore di lavoro di mettere il lavoratore nelle condizioni di esercitare il suo diritto. Si vedano anche sentenza *XP*, cit., punto 39; sentenza *XXXX*, cit., punto 33; sentenza *Kreuziger*, cit., punti 42, 45, 52, 53 e 56; sentenza *Bauer*, cit., punti 46 e 49; sentenza della Corte del 30 giugno 2016, causa C-178/15, *Sobczyszyn*, punto 22; sentenza *KHS*, cit., punti 26 e 28; sentenza della Corte del 10 settembre 2009, causa C-277/08, *Vicente Pereda*, punti 43 e 45.

solo emerge dalla relazione della Commissione, ma è conclamato dalle numerose sentenze che la Corte, adita in via pregiudiziale, ha reso sul punto³⁹. Questo aspetto che la normativa scritta non affronta, lungi dal rimanere su un piano astratto, ha molteplici implicazioni pratiche che si ripercuotono sull'esercizio del diritto in esame. Poiché un presupposto logico per il riconoscimento del diritto alle ferie è l'aver svolto un periodo di lavoro effettivo⁴⁰, la fruizione di altri congedi durante il c.d. periodo di riferimento – ossia il periodo di lavoro determinato nel quale si colloca il congedo per ferie – riguarda anzitutto le condizioni per la maturazione del diritto. In secondo luogo, poi, un profilo critico concerne la possibilità di fruire del congedo per ferie (già maturato) nell'ipotesi in cui detto periodo si sovrapponga alla fruizione di congedi di altra natura. Quest'ultimo scenario apre alla questione, anch'essa non considerata dalla direttiva, relativa alla prescrizione, posposizione, cumulo e riporto delle ferie.

Data la capacità di queste situazioni non regolate dalla direttiva di compromettere l'effettività della tutela del lavoratore, la Corte ha predisposto alcune indicazioni di coordinamento.

La prima di queste *regole* risale al caso *Schultz-Hoff* e consiste nel divieto di distinguere i lavoratori assenti a titolo di congedo per malattia da quelli che hanno effettivamente lavorato con la conseguenza che “il diritto alle ferie che scaturisce per ogni lavoratore dalla stessa direttiva 2003/88 [...] non può essere subordinato da uno Stato membro all'obbligo di avere effettivamente lavorato⁴¹”. La *ratio* risiede nel fatto che la malattia è una causa di assenza non solo “imprevedibile” ma, soprattutto, “indipendente dalla volontà del lavoratore⁴²”. L'effetto è quello di equiparare l'assenza per malattia ad un periodo di lavoro effettivo.

Quanto all'ulteriore profilo dell'impossibilità di godimento delle ferie dovuta all'assenza per malattia, in un altro passaggio della sentenza *Schultz-Hoff* viene chiarito che la prescrizione del diritto – allo scadere del periodo di riferimento o di un periodo di riporto – non è di per sé incompatibile con la direttiva. Ciò, però, a condizione che “il lavoratore che ha perso il diritto alle

³⁹ Cfr. nota 19 e *infra* per l'analisi di alcuni casi specifici.

⁴⁰ Si veda la nota 35.

⁴¹ Sentenza della Corte del 20 gennaio 2009, causa C-350/06, *Schultz-Hoff*, punti 40-41.

⁴² *Ex plurimis*, sentenza *King*, cit., punto 49 e sentenza *Dicu*, cit., punto 32.

ferie annuali abbia *effettivamente* avuto la possibilità di esercitare questo diritto⁴³ (corsivo aggiunto)”.

Pur non dettando una regola precisa in punto di riporto e posposizione delle ferie, l'ammissibilità di qualsiasi disciplina nazionale in tema di ferie e altri congedi viene implicitamente subordinata dalla Corte ad una verifica caso per caso che riguarda l'*effettiva possibilità di esercizio*.

Sulla scorta di quest'impostazione, sono stati successivamente enunciati precetti più dettagliati. Così, in *Vicente Pereda*, mentre è ribadito che l'estinzione delle ferie rimane condizionata al fatto che il beneficiario “abbia effettivamente avuto la possibilità di esercitare tale diritto⁴⁴”, viene annunciata una sorta di obbligo di consentire il riporto delle ferie non godute a causa di un concomitante congedo per malattia⁴⁵.

Nonostante le pronunce della Corte si siano principalmente concentrate su questo aspetto, il quadro delle ipotesi che richiedono il coordinamento delle ferie con i congedi di diversa natura non si esauriscono con l'assenza per malattia; infatti, problemi di analogo tenore si manifestano con riferimento a congedi di altra natura. Mentre alcuni di essi sono stati considerati al di fuori dell'ambito di applicazione della direttiva⁴⁶, altri, come il congedo di maternità e quello parentale, sono stati oggetto di un attento esame da parte della Corte. Nella sentenza *Dicu*, prendendo atto che il congedo di maternità costituisce, al pari di quello per malattia, una causa di assenza necessaria dal lavoro⁴⁷, è stato sancito l'obbligo di consentire che il godimento delle ferie avvenga in un momento diverso e successivo a quello in cui la lavoratrice ha concluso il periodo di maternità⁴⁸, c.d. periodo di riporto.

Altri interventi hanno aggiunto che il regime del riporto deve comunque poter essere soggetto a limiti temporali. Se così non fosse, si legge in *KHS*, il

⁴³ *Ibidem*, punto 43.

⁴⁴ Sentenza *Vicente Pereda*, cit., punto 19.

⁴⁵ *Ibidem*, punto 25. Si vedano anche le pronunce successive che confermano quest'impostazione, tra cui, sentenza *ANGED*, cit., punto 24 e sentenza *Sobczyszyn*, cit., punto 32.

⁴⁶ Si veda la sentenza *FETICO e a.*, cit., sui congedi cc.dd. speciali.

⁴⁷ Sentenza *Dicu*, cit., punto 34 sulla funzione di siffatto congedo. Critica sul punto E. CARACCILO DI TORELLA, *Here We Go Again: The Court, the Value of Care and Traditional Roles within the Family*, in *Common Market Law Review*, vol. 57, 2020, p. 888.

⁴⁸ Sentenza *Dicu*, cit., punto 30.

sistema di riporto si porrebbe in contrasto alla finalità stessa della direttiva⁴⁹ e imporrebbe un onere eccessivo per l'organizzazione aziendale⁵⁰. Occorre però sottolineare come, anche alla conclusione di detto periodo di riporto, la perdita del diritto rimane condizionata al fatto che il titolare “abbia effettivamente avuto la possibilità di esercitare il diritto stesso⁵¹”.

Mentre alcune ulteriori ricadute della fruizione di congedi che si intrecciano col tema della retribuzione e dell'indennità sostitutiva di cui all'art. 7, par. 2, della direttiva, saranno affrontate nella parte a seguire specificamente dedicata a questi ultimi aspetti, si può provvisoriamente osservare che le regole individuate dalla Corte per coordinare le ferie con gli altri congedi hanno l'effetto di integrare i parametri di attuazione rivolti alle autorità nazionali ricavabili in base ad un'interpretazione letterale della disciplina della direttiva.

3.2. *La componente retributiva del congedo per ferie*

L'articolo 7, par. 1, della direttiva – così come la corrispondente disposizione della Carta di cui all'art. 31, par. 2, – definisce le ferie “retribuite”. Questa locuzione lascia intendere che i lavoratori debbano beneficiare di un salario mentre si trovano in congedo per ferie, ma nessun altro aspetto connesso alla retribuzione è compiutamente, né incidentalmente affrontato. Difatti, la Corte afferma che la direttiva “*in linea di principio* [...] non si applica alla retribuzione dei lavoratori” (corsivo aggiunto)⁵². Tuttavia, ciò non ha ostacolato alcuni interventi sul tema.

Il primo esempio si rinviene nella sentenza *Robinson-Steele* dove i due concetti di ferie e retribuzione sono definiti due aspetti dello stesso diritto⁵³ cosicché alla retribuzione è esplicitamente riconosciuta la funzione di “consentire al lavoratore di prendere *effettivamente* le ferie a cui ha diritto” (corsivo aggiunto)⁵⁴.

⁴⁹ Sentenza *KHS*, cit., punti 30 e 34.

⁵⁰ *Ibidem*, punto 39.

⁵¹ *Ibidem*, punto 28.

⁵² Sentenza della Corte del 17 marzo 2021, causa C-585/19, *Academia de Studii Economice*, punto 31. Similmente si veda anche sentenza della Corte del 20 novembre 2018, causa C-147/17, *Sindacatul Familia Costanta e a.*, punto 35.

⁵³ Sentenza della Corte del 16 marzo 2006, cause riunite C-131/04 e C-257/04, *Robinson-Steele*, punto 58.

⁵⁴ *Ibidem*, punto 49.

La questione pregiudiziale oggetto del rinvio verteva infatti sul se l'art. 7 dell'allora direttiva 93/104/CE ostasse a un sistema di *rolled-up pay* in funzione del quale il pagamento delle ferie, anziché mediante un versamento nel periodo determinato durante il quale il lavoratore fruisce delle ferie, avviene attraverso versamenti parziali scaglionati nel corso del corrispondente periodo di lavoro.

La centralità del concetto di effettività nella valutazione della Corte era preannunciata sin dalle conclusioni dell'Avvocato generale Stix-Hackl dove veniva proposto un *test* funzionale incentrato sulla verifica della "possibilità effettiva"⁵⁵ di godere delle ferie alla luce della modalità retributiva.

La sentenza – discostandosi parzialmente dall'impostazione dell'Avvocato generale – conferma che certe tempistiche retributive come quelle del caso *de quo* sono idonee a dissuadere l'esercizio del diritto alle ferie minandone l'effettività⁵⁶. Da ciò coglie la regola secondo cui le misure nazionali in materia di ferie devono assicurare che il salario venga corrisposto contestualmente alle ferie stesse, pena l'effettività del diritto.

Questa statuizione non rimane isolata. Infatti, in altre decisioni, la Corte ha avuto modo di elaborare ulteriori implicazioni del chiarito rapporto di condizionalità tra ferie e retribuzione. In particolare, diverse pronunce si sono concentrate sul diverso profilo relativo al livello della retribuzione. Nel caso *Lock*, pur ribadendo che la retribuzione non ricade nell'ambito materiale della direttiva⁵⁷, viene affermato che il mantenimento della retribuzione ordinaria è una condizione "che consente al lavoratore di fruire *effettivamente* delle ferie a cui ha diritto"⁵⁸. A questa premessa consegue che la riduzione della retribuzione nel periodo di ferie – ad esempio non calcolando la componente del salario basata sulle provvigioni come nel caso *Lock* – produce "un effetto dissuasivo sull'*effettiva* capacità di fruire delle ferie"⁵⁹ (enfasi aggiunta), ponendosi in contrasto con l'obiettivo perseguito dall'art. 7 della direttiva 2003/88.

⁵⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Sixth-Hackl, del 27 ottobre 2005, cause riunite C-131/04 e C-257/04, *Robinson-Steele*, punto 75 ss. Sul punto, cfr. A. BOGG, *The Right to Paid Annual Leave in the Court of Justice: The Eclipse of Functionalism*, in *European Law Review*, 2006, p. 892.

⁵⁶ Sentenza *Robinson-Steele*, cit., punto 63.

⁵⁷ Sentenza *Lock*, cit., punto 16.

⁵⁸ *Ibidem*, punto 20.

⁵⁹ *Ibidem*, punti 21 e 22.

Il concetto di effettività del diritto in rapporto alla retribuzione è rimarcato anche nei casi *Hein* e *XXXX* che confermano che la diminuzione della retribuzione, per qualsiasi causa, rappresenta un ostacolo all'esercizio effettivo del diritto alle ferie⁶⁰ e che, quindi, l'art. 7, par. 1, della direttiva sull'orario di lavoro dev'essere interpretata nel senso di precludere legislazioni e prassi nazionali che, ai fini del calcolo della retribuzione delle ferie, prendono in considerazione la riduzione dell'importo percepito nel periodo di riferimento in conseguenza dell'inabilità al lavoro del beneficiario⁶¹.

Quanto sin qui descritto rivela un chiaro divieto di prevedere qualsivoglia forma di diversificazione della retribuzione rispetto a quella corrisposta durante il periodo di lavoro⁶² che si aggiunge all'obbligo di pagamento contestuale annunciato in *Robinson-Steele*. Anche in questo caso è di chiara evidenza come, nel silenzio della direttiva, le indicazioni offerte concorrono a delineare dei più rigorosi parametri a cui il regime retributivo delle ferie – solo apparentemente delegato dalla direttiva alle scelte discrezionali delle legislazioni e prassi nazionali – deve conformarsi.

3.3. *Le condizioni di riconoscimento dell'indennità in lieu*

Nel contesto dell'interpretazione della disciplina della direttiva 2033/88, è stato chiarito che la funzione a cui l'indennità sostitutiva prevista dall'art. 7, par. 2, è preposta è precisamente quella di garantire l'*effetto utile* del diritto alle ferie⁶³. Ciò ha anzitutto implicato di negare qualsiasi rilevanza alla causa di cessazione del rapporto di lavoro⁶⁴ facendo di questo diritto-corollario del diritto alle ferie un diritto sostanzialmente incondizionato. Oltre alla cessazione (per qualsiasi causa) del rapporto di lavoro, l'unica condizione a cui il diritto all'indennità rimane subordinato è che il titolare non abbia fruito delle ferie, *rectius* non abbia avuto la possibilità *effettiva* di fruirne entro il periodo di tempo previsto.

⁶⁰ Sentenza *Hein*, cit., punto 44; sentenza *XXXX*, cit., punto 33.

⁶¹ *Ibidem*, punto 41.

⁶² Si veda anche sentenza *King*, cit., punto 35 e la sentenza della Corte del 15 settembre 2011, causa C-155/10, *Williams e a.*, punti 17-18 dove anche se le conclusioni in punto di livello di retribuzione sono analoghe, la Corte non ricorre al principio di effettività.

⁶³ Sentenza *Bollacke*, cit., punto 24.

⁶⁴ Sentenza della Corte del 20 luglio 2016, causa C-341/15, *Maschek*, punto 28.

È da questo aspetto, ossia ancora una volta sul presupposto della possibilità effettiva per il lavoratore di esercitare il diritto, che la giurisprudenza della Corte ha tratto spunto per alcune affermazioni di spiccato rilievo.

Anzitutto, nei casi *Bauer* e *Max Planck* è stata affermata l'invocabilità del diritto al pagamento dell'indennità nei rapporti di lavoro tra privati e, per di più, anche da parte degli eredi dei lavoratori titolari del diritto alle ferie⁶⁵. In entrambe le decisioni l'argomento dell'effettività, in particolare riferita alla possibilità di esercizio del diritto nel periodo in cui il rapporto di lavoro era in vigore, ha assunto un ruolo pregnante per condurre la Corte alle sue conclusioni⁶⁶. La logica è chiara: "l'estinzione del diritto maturato da un lavoratore alle ferie annuali retribuite o del suo correlato diritto al pagamento di un'indennità finanziaria [...] *senza che l'interessato abbia effettivamente avuto la possibilità di esercitare detto diritto* [...] arrecherebbe pregiudizio alla sostanza stessa del diritto medesimo"⁶⁷ (corsivo aggiunto).

È il rischio per l'effettività del diritto che fa da premessa al riconoscimento di effetti diretti orizzontali del diritto alle ferie *ex art.* 31, par. 2, della Carta sotto cui viene sussunto anche il diritto all'indennità espressamente previsto solo dall'art. 7, par. 2, della direttiva. Detto altrimenti: il diritto alle ferie non sarebbe effettivo se l'attivazione della pretesa della sua componente patrimoniale, l'indennità pecuniaria, fosse preclusa agli eredi dei lavoratori nei confronti dei loro datori di lavoro privati.

Su questa falsa riga, a quella relativa agli effetti orizzontali si affiancano enunciazioni sull'esistenza di altri obblighi specifici (non identificati dalla direttiva) in capo ai datori di lavoro. La *ratio* di questa previsione già ben articolata dall'Avvocato generale Tanchev⁶⁸ è recepita in *Max Planck*. In quest'ultima pronuncia prima viene escluso che "l'onere di assicurarsi dell'esercizio effettivo del diritto alle ferie annuali retribuite sia interamente posto a carico

⁶⁵ Sentenza *Bauer*, cit., e sentenza della Corte del 6 novembre 2018, causa C-684/16, *Max Planck*. Sul punto si rinvia a M. CONDINANZI, *Le direttive in materia sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit.

⁶⁶ Cfr. sentenza *Bauer*, cit., in particolare punti 46 e 49 e sentenza *Max Planck*, cit., in particolare punti 22, 26, 31, 35, 38, 40, 45-47, 55, 56 e 61.

⁶⁷ Sentenza *Bauer*, cit., punto 49.

⁶⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Tanchev, dell'8 giugno 2017, causa C-214/16, *King*, punti 52 e 55.

del lavoratore⁶⁹” per poi concludere che, “il datore di lavoro è tenuto [...] al fine di assicurare l’*effetto utile* dell’articolo 7 della direttiva 2003/88, ad assicurarsi concretamente e in piena trasparenza che il lavoratore sia effettivamente in grado di fruire delle ferie annuali retribuite, *invitandolo, se necessario formalmente, a farlo, e nel contempo informandolo*” (enfasi aggiunta)⁷⁰. In un’altra decisione emanata lo stesso giorno di *Bauer* e *Max Planck*, la sentenza, è ribadita l’esistenza di siffatto dovere di informazione e invito corredato anche dall’onere della prova del suo adempimento⁷¹. Occorre però sottolineare che, nel caso *Kreuziger*, la controversia vedeva contrapposto un lavoratore al suo datore di lavoro pubblico, il Land di Berlino.

La conferma che la Corte intenda seguire quest’impostazione anche in relazione a rapporti di lavoro di tipo orizzontale è giunta in due decisioni dello scorso settembre 2022, le sentenze nei casi *XP* ed *LB*. In queste sentenze, stavolta sulla base di un’annunciata lettura congiunta dell’art. 31, par. 2, della Carta con la direttiva⁷², viene inequivocabilmente convalidata l’esistenza di tale obbligo di *facere* in capo al datore di lavoro⁷³.

L’approccio interpretativo osservato presenta dei tratti di novità rispetto ai precedenti in materia di retribuzione e rapporto con altri congedi. Se il fattore comune rimane un atteggiamento della Corte teso a massimizzare la tutela del diritto alle ferie e dei suoi corollari, è la modalità che cambia. Una delle ragioni si rinviene nella valorizzazione della Carta come fonte autonoma del diritto alle ferie. Detto altrimenti, a differenza di quanto osservato in materia di retribuzione e di altri congedi – dove, anche nei casi in cui la Carta viene menzionata, il ragionamento della Corte si concentra prevalentemente sulla direttiva⁷⁴ – la giurisprudenza in tema di indennità appare considerevolmente più influenzata dalla presenza della Carta il che, in alcuni casi, si traduce in

⁶⁹ Sentenza *Max Planck*, cit., punto 43.

⁷⁰ *Ibidem*, punto 45.

⁷¹ Sentenza *Kreuziger*, cit., punti 52-53 e sentenza *Max Planck*, cit., punto 46.

⁷² Sentenza *XP*, cit., punti 25, 26, 33, 36, 37, 41, 45, 46 e sentenza *LB*, cit., punti 32, 33, 35, 36, 37, 41, 52, 56 e 57.

⁷³ Sentenza *XP*, cit., punto 42 e sentenza *LB*, punto 44.

⁷⁴ La Carta è menzionata in alcune pronunce della Corte analizzate *supra* (si vedano ad esempio *Lock*, *Hein*, *Dicu*, *King*, *Sobczyszyn*, citt.), ma solo come fonte aggiuntiva del diritto senza che ciò porti ad esiti interpretativi che non sarebbero stati possibili alla luce della sola direttiva.

una sua lettura in combinato disposto con la direttiva. Questa tecnica si apprezza a partire dalle tre sentenze esaminate che sono state emanate nello stesso giorno – *Max Planck*, *Bauer* e *Kreuziger* – tutte accomunate da un'interpretazione estensiva del diritto dell'Unione. Nel contesto di queste pronunce, la formulazione dell'obbligo di invito e informazione⁷⁵ si sovrappone al riconoscimento della capacità dell'art. 31, par. 2, della Carta di dispiegare effetti diretti orizzontali⁷⁶. In sostanza, le circostanze temporali di questa giurisprudenza suggeriscono che il ruolo assunto dal diritto primario nell'apparato argomentativo della Corte abbia avuto più di una ricaduta significativa. Oltre ad aver permesso di riconoscere l'invocabilità del diritto nei rapporti tra privati, la Carta ha ispirato anche l'elaborazione di un ulteriore presidio ad integrazione della disciplina della direttiva rappresentato dall'obbligo di invito e informazione. Mentre nella sentenza *Kreuziger* riguardante un rapporto di lavoro di tipo verticale la Carta è solo menzionata⁷⁷, nelle più recenti decisioni in *XP* ed *LB* aventi sullo sfondo controversie pendenti tra soggetti privati la conferma dell'obbligo di invito e informazione è permessa dall'interpretazione della Carta e della direttiva in combinato disposto⁷⁸.

Secondo questa lettura, la Carta costituisce un rimedio alle problematiche applicative del diritto alle ferie che derivano dai limiti intrinseci delle direttive nonché, in particolare, dalla formulazione della direttiva 2003/88.

In connessione con questa valorizzazione della Carta, ciò che rende significative le affermazioni della Corte riguarda i soggetti a cui sono destinate. Mentre le pronunce rese in tema di retribuzione e di coordinamento tra le ferie e gli altri congedi interessano primariamente il modo di redigere e di interpretare le disposizioni nazionali di attuazione della direttiva e, dunque, sono in primo luogo indirizzate ai giudici e ai legislatori degli Stati membri, le decisioni sul dovere di invito e informazione individuano obblighi di *facere* specifici idonei ad operare direttamente nei confronti dei privati.

⁷⁵ Sentenza *Max Planck*, cit., punto 46 e sentenza *Kreuziger*, cit., punto 52.

⁷⁶ *Ibidem*, rispettivamente, sentenza *Max Planck*, punti 79-80 e sentenza *Bauer*, punti 84-90.

⁷⁷ Sentenza *Kreuziger*, cit., punto 29.

⁷⁸ Cfr. nota 73.

4. *Considerazioni conclusive sulla funzione del principio di effettività e sulla natura degli obblighi a garanzia del diritto alle ferie*

Le conseguenze del carattere minimo della disciplina legislativa, tradotti dalla Corte di giustizia in rischi per l'effettività del diritto alle ferie, sono state superate con alcuni interventi correttivi nel segno della valorizzazione della sua tutela.

La chiave di lettura del ruolo del principio di effettività nell'interpretazione della direttiva 2003/88 risiede nella natura dei suoi precetti. Infatti, come viene osservato, l'intensità dell'utilizzo del parametro interpretativo dell'effettività dipende in gran parte dal grado di dettaglio della normativa a cui si riferisce: tanto più le disposizioni legislative sono formulate in termini dettagliati, quanto meno si rende necessario il ricorso all'argomento dell'effettività per chiarirne la portata e il significato⁷⁹. Così, nell'impianto argomentativo osservato, le lacune lasciate dalle prescrizioni minime contenute nell'articolo 7 della direttiva (§ 2) hanno senz'altro esaltato la funzione di "gap-filling"⁸⁰ del principio di effettività col risultato di permettere alla giurisprudenza della Corte di arricchire il quadro legislativo di riferimento con alcune ulteriori prescrizioni in tema di retribuzione, rapporto con altri congedi e condizioni per l'indennità.

I confini del processo interpretativo della CGUE che sono già particolarmente difficili da tracciare, lo sono ancor di più quando lo scrutinio riguarda "abstract or open-textured constitutional provisions, such as human rights norms"⁸¹. Perciò, unitamente al carattere di armonizzazione minima della disciplina legislativa della direttiva 2003/88, è la natura stessa delle prescrizioni poste a tutela dei diritti fondamentali che spiega perché la CGUE nel contesto della loro interpretazione sia portata a ricorrere a concetti altrettanto astratti o incommensurabili come l'effettività e l'uniformità del diritto UE⁸².

Proposte alcune delle possibili ragioni che rendono l'effettività così centrale nel *judicial reasoning* in materia di diritto alle ferie, un'ulteriore

⁷⁹ M. ELIANTONIO, E. MUIR, *The Principle of Effectiveness: under Strain?*, in *Review of European Administrative Law*, 2019, p. 255.

⁸⁰ K. LENAERTS, J. GUTIÉRREZ-FONS, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1669.

⁸¹ G. CONWAY, *op. cit.*, p. 12 ss.

⁸² *Ibidem.*

riflessione riguarda il significato delle statuizioni della Corte. Tale valutazione si inserisce nel quadro delle più ampie considerazioni sulla qualificazione degli obblighi di tutela e promozione dei diritti umani e, più in particolare, della categoria dei diritti sociali a cui quello alle ferie appartiene⁸³.

I diritti sociali, infatti, sono tradizionalmente contraddistinti dal fatto che il loro godimento presuppone, più marcatamente di altri diritti, il dovere di attivarsi per l'adozione delle misure necessarie al loro soddisfacimento. Nella dottrina internazionalistica in tema di diritti umani questo assunto si riflette nell'elaborazione della dicotomia tra obblighi positivi e negativi⁸⁴.

E, difatti, l'assunto che dalle fonti internazionali poste a tutela dei diritti umani discendano anche obblighi di *facere* è recepita nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo dove si è consolidata una dottrina degli obblighi positivi⁸⁵ in base alla quale la Corte desume in via interpretativa le misure necessarie a soddisfare i diritti garantiti dalla CEDU. I giudici di Lussemburgo, esplicitamente sollecitati sul punto, hanno ammesso che da alcune disposizioni della Carta corrispondenti a quelle della CEDU derivino obblighi positivi volti in un'ultima analisi alla repressione di alcuni reati⁸⁶. Ciò nonostante, manca in seno alla CGUE l'elaborazione in termini espliciti di

⁸³ Cfr. M. SEPÚLVEDA, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen-Oxford-New York, 2003. Si veda in particolare p. 115 ss., dove sono esaminate le ragioni che hanno condotto alla divisione in due testi separati – il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici ed il Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali – essenzialmente basate sulla diversa natura degli obblighi posti a tutela dei diritti, civili e politici da una parte e, sociali, culturali ed economici dall'altra.

⁸⁴ *Ibidem*. Si veda anche R. PISILLO MAZZESCHI, *Sulla natura degli obblighi internazionali di tutela e promozione dei diritti economici, sociali e culturali*, in F. BESTAGNO (a cura di), *I diritti economici, sociali e culturali. Promozione e tutela nella comunità internazionale*, Milano, 2009, p. 3.

⁸⁵ Per tutti, si veda A. R. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford-Portland-Oregon, 2004; P. VAN DIJK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN, L. ZWAAK, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018.

⁸⁶ Sentenza della Corte del 6 ottobre 2020, cause riunite C-511/18, C-512/18 e C-520/18, *La Quadrature du Net*, punti 127-128 in cui la CGUE, dopo aver confermato l'esistenza di obblighi positivi finalizzati a reprimere alcuni reati che abbiano come vittime i minori o altre persone vulnerabili derivino dagli artt. 3 e 8 CEDU, ha riconosciuto che tali obblighi discendano anche dalle corrispondenti disposizioni della Carta (artt. 4 e 7).

un'analoga dottrina⁸⁷. Questo profilo desta maggior attenzione laddove le pronunce della CGUE possono interessare direttamente i soggetti privati. Infatti, oltre alle linee guida attuative offerte in tema di retribuzione e cumulo/riporto delle ferie non godute (§ 3.1 e 3.2) che sono in prima battuta rivolte ai soggetti pubblici tenuti al recepimento, attuazione e interpretazione del diritto UE, alcune decisioni si ripercuotono direttamente sui datori di lavoro, a cui sono imposti gli obblighi di condotta necessari a rendere il diritto alle ferie e i suoi corollari effettivi in concreto⁸⁸ (§ 3.3).

Come è stato suggerito⁸⁹, la ragione dell'assenza di una dottrina degli obblighi positivi potrebbe risiedere nelle caratteristiche proprie dell'ordinamento UE che, a differenza del sistema istituito dalla CEDU, è dotato di un apparato di competenze legislative che possono essere esercitate anche allo scopo di dare concreta disciplina ai diritti fondamentali riconosciuti nel diritto primario. Non è infatti inconsueto che la Corte si riferisca alle misure legislative che disciplinano i diritti fondamentali spiegando che esse "concretizzano" le disposizioni della Carta e/o i principi generali⁹⁰.

Nonostante questa spiegazione si presti a motivare la differenza di approccio tra le due Corti, è altrettanto evidente che, nella prassi, la giurisprudenza della CGUE è capace di individuare obblighi aggiuntivi rispetto a quelli ricavabili dalla lettera della norma interpretata. Come illustrano le considerazioni svolte, la giurisprudenza sulla direttiva 2003/88 costituisce un esempio

⁸⁷ B. DE WITTE, *The Trajectory of Fundamental Social Rights in the EU*, in G. DE BÚRCA, B. DE WITTE (eds.), *Social Rights in Europe*, Oxford, 2005, p. 153, poi confermato da B. DE WITTE, *The Strange Absence of a Doctrine of Positive Obligations under the Eu Charter of Rights*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, p. 854.

⁸⁸ Dapprima quest'approccio si nota nella sentenza della Corte del 22 gennaio 2019, causa C-193/17, *Cresco*, punti 85 e 89 dove la Corte, sulla base dell'articolo 21 CFR e della direttiva 2000/78, ha ritenuto che, al fine di ripristinare la parità di trattamento, un datore di lavoro privato fosse obbligato a concedere ai dipendenti diversi da quelli appartenenti alle Chiese contemplate dalla legislazione nazionale un giorno di festività il Venerdì Santo.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Tra i molteplici esempi, si veda la sentenza della Corte del 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*, punto 47, sul rapporto tra la direttiva 2000/78 e l'art. 21 della Carta. Analoghe espressioni sono utilizzate con riferimento al rapporto tra la direttiva 2003/88 e l'art. 31, par. 2, della Carta. Cfr., *ex plurimis*, sentenza della Corte del 24 febbraio 2022, causa C-262/20, *VB*, punto 39. Sono usate anche formule analoghe come "riflette e precisa" nella sentenza *LB*, cit., punto 32, e nella sentenza *XP*, cit., punto 26.

particolarmente eloquente. Oltre alle decisioni in materia di diritto alle ferie, anche nella sentenza resa nel caso *CCOO* sul diritto al riposo settimanale garantito dall'art. 5 della direttiva, la Corte ha interpretato la Carta e la direttiva nel senso di imporre "l'obbligo di istituire un sistema che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore"⁹¹. Lungi dal trovare alcun appiglio nel testo della direttiva, quest'obbligo specifico si pone sullo stesso piano di quello di informazione ed invito. In entrambi i casi le statuizioni della Corte arricchiscono il testo legislativo assumendo carattere "quasi-legislativo"⁹².

Sebbene sia pacifico che l'interpretazione del diritto UE "also constitutes a legislative work"⁹³, si osserva che su una stessa misura legislativa si sono concentrati numerosissimi e significativi interventi della CGUE. Dunque, al di là della natura delle statuizioni della Corte, questo dato è sintomo della necessità di un intervento in via legislativa che modifichi ed integri il testo della direttiva offrendo degli spunti testuali più precisi sia ai legislatori e ai giudici che ai soggetti, tra cui sussistono i rapporti di lavoro regolati dalla direttiva. Per ora, le iniziative di emendamento della direttiva assunte – anche allo scopo dichiarato di arginare la giurisprudenza creativa della CGUE – non hanno avuto l'esito sperato⁹⁴. Mentre nel 2017 la Commissione ha optato per una strategia non-legislativa adottando una comunicazione interpretativa in gran parte basata sulle sentenze della CGUE⁹⁵, le problematiche applicative del diritto alle ferie non cessano di essere sentite. Le persistenti criticità applicative sono testimoniate dai numerosi rinvii pregiudiziali che continuano ad essere proposti a distanza di quasi vent'anni dall'adozione della direttiva e anche dopo la pubblicazione della relazione della Commissione.

⁹¹ Sentenza della Corte del 14 maggio 2019, causa C-55/18, *CCOO*, punto 60. Di quest'avviso anche B. DE WITTE, *The Trajectory of Fundamental Social Rights in the EU*, cit.

⁹² G. CONWAY, *op. cit.* Si veda in particolare il capitolo III e le posizioni degli autori ivi citati.

⁹³ A. BREDIMAS, *Methods of Interpretation and Community Law*, Amsterdam-New York-Oxford, 1978, p. 179.

⁹⁴ Per un'accurata ricostruzione delle vicende della direttiva, inclusi i falliti tentativi di modifica, si veda T. NOWAK., *The Turbulent Life of the Working Time Directive*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, p. 118.

⁹⁵ Comunicazione interpretativa sulla direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro (2017/C 165/01).

Alla luce di tutto quanto sopra, ed in attesa che il legislatore dell'Unione riesca nel proposito di emendamento della disciplina vigente, conviene forse guardare con favore alla giurisprudenza sul diritto alle ferie come ad una manifestazione di *judicial-lawmaking* più che di *judicial activism*⁹⁶. In questa chiave, la giurisprudenza della Corte non dev'essere intesa ad aggirare ma, piuttosto, ad integrare le prescrizioni (minime) poste dalla disciplina legislativa che, come la prassi dimostra, si prestano ad essere frustrate dalle diverse regole di esercizio poste dagli Stati membri.

E in effetti, se non altro in controtendenza con l'approccio talvolta poco generoso che connota la giurisprudenza in tema di diritti sociali⁹⁷, le decisioni della Corte sul diritto alle ferie realizzano a pieno l'obiettivo di valorizzarne le garanzie.

⁹⁶ *Ex multis*, A. ARNULL, *Judicial Activism and the European Court of Justice: How Should Academics Respond?*, in M. DAWSON, B. DE WITTE (eds.), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Cheltenham, 2013, p. 211.

⁹⁷ Per tutti, N. JÄÄSKINEN, *Fundamental Social Rights in the Charter – Are They Rights? Are They Fundamental?*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *op. cit.*, 2021, p. 1855.

*Applicazione e attuazione del diritto dell'Unione europea
in alcuni settori di diritto materiale*
Seconda sessione

CONSIDERAZIONI CRITICHE SULL'AMBITO DI APPLICAZIONE
E ALTRI PROFILI SISTEMATICI DELLA RECENTE PROPOSTA
DI DIRETTIVA SUL DOVERE DI DILIGENZA
AI FINI DELLA SOSTENIBILITÀ

Federico Ceci*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'evoluzione della disciplina in materia di *due diligence* delle imprese ai fini della sostenibilità. – 3. Gli obiettivi della Proposta. – 4. L'ambito di applicazione *ratione personae*. – 5. Le misure di prevenzione e arresto degli impatti negativi e i diritti tutelati. – 6. Il regime di responsabilità extracontrattuale. – 7. Profili internazionalprivatistici: giurisdizione e legge applicabile. – 8. Note conclusive.

1. *Premessa*

Nella consapevolezza del ruolo di primaria rilevanza degli attori privati, e in particolare delle imprese di grandi dimensioni, nel percorso di transizione dell'UE verso un'economia verde e climaticamente neutra¹ e di raggiungimento degli obiettivi del Green Deal europeo², la Commissione, il 23 febbraio 2022, ha presentato una proposta di direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità (di seguito, anche, la "Proposta")³.

* Ricercatore a tempo determinato di diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro".

¹ Regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 giugno 2021, che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999, c.d. Normativa europea sul clima.

² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Il Green Deal europeo, dell'11 dicembre 2019, COM (2019) 640final.

³ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937, del 23 febbraio 2022, COM (2022) 71fin. A tal riguardo, si vedano D. BERTRAM, *Green(wash)ing Global Commodity Chains: Light and Shadow in the EU Commission's Due Diligence Proposal*, in

Tale strumento è volto ad introdurre una disciplina trasversale e intersettoriale per promuovere il rispetto dei diritti umani e la tutela dell'ambiente da parte di determinate società europee ed extraeuropee, e delle catene di valore cui le stesse partecipano, attraverso la definizione di un meccanismo di individuazione, prevenzione e attenuazione degli impatti negativi su tali diritti.

L'elemento particolarmente innovativo della Proposta risiede nella previsione di una responsabilità civile in capo a tali società per gli impatti negativi, effettivi e potenziali, sui diritti umani e sull'ambiente dalle stesse cagionati a causa dell'inosservanza degli obblighi di dovuta diligenza.

Qualora adottata, la Proposta potrebbe infatti tradursi in uno strumento potenzialmente idoneo a porre rimedio all'impunità delle multinazionali per le violazioni dei diritti umani e dell'ambiente, garantendo, di conseguenza, un'effettiva tutela degli stessi. Contestualmente, essa consentirebbe di superare la frammentarietà delle discipline degli Stati membri in materia, con ricadute positive in termini di certezza del diritto e condizioni di parità nel mercato interno.

Il presente contributo intende considerare, attraverso un'analisi sistematica dell'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione dalla Proposta, l'incidenza della nuova normativa sulla tutela dei singoli in relazione al regime di responsabilità delle società, tenendo altresì conto del rapporto tra le norme della direttiva e le previsioni di diritto internazionale privato dell'UE in materia di giurisdizione e legge applicabile agli illeciti extracontrattuali.

verfassungsblog.de, 2022; A. BONFANTI, *Catene globali del valore, diritti umani e ambiente, nella prospettiva del diritto internazionale privato: verso una direttiva europea sull'obbligo di diligenza delle imprese in materia di sostenibilità*, in *Vita e Pensiero*, 2022, p. 295 ss.; S. BRABANT, C. BRIGHT, N. NIETZEL, D. SCHÖNFELDER, *Due Diligence Around the World The Draft Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (Part 1)*, in *verfassungsblog.de*, 2022; ID., *Enforcing Due Diligence Obligations: The Draft Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (Part 2)*, *ivi*, 2022; G. CARELLA, *La responsabilità civile dell'impresa transnazionale per violazioni ambientali e di diritti umani: il contributo della proposta di direttiva sulla due diligence societaria a fini di sostenibilità*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, p. 10 ss.; M. FASCIGLIONE, *Luci ed ombre della proposta di direttiva europea sull'obbligo di due diligence d'impresa in materia di diritti umani e ambiente*, in *SIDIBlog*, 2022; C. PATZ, *The EU's Draft Corporate Sustainability Due Diligence Directive: A First Assessment*, in *Business and Human Rights Journal*, 2022, p. 294 ss.

2. *L'evoluzione della disciplina in materia di due diligence delle imprese ai fini della sostenibilità*

Preliminarmente, allo scopo di stimare l'innovatività della Proposta in esame, si rende opportuna una breve ricostruzione dell'evoluzione della disciplina europea in tema di dovuta diligenza delle imprese per gli impatti sui diritti umani e sull'ambiente⁴. Invero, sin dalla presentazione della comunicazione del 25 ottobre 2011, intitolata “Strategia rinnovata dell'UE per il periodo 2011-14 in materia di responsabilità sociale delle imprese”⁵, la Commissione ha individuato alcune questioni trasversali per il raggiungimento di una efficace promozione della responsabilità sociale d'impresa (di seguito, anche, “RSI”) nel contesto europeo, quali, per l'appunto, la *due diligence*, anche con riferimento alla *supply-chain*, e la *disclosure* di informazioni non finanziarie⁶.

⁴ Per una generale ricostruzione dei progressi compiuti in materia di Responsabilità Sociale d'Impresa (nel prosieguo “RSI” o, con l'acronimo in lingua inglese di *Corporate Social Responsibility*, “CSR”) si veda la pubblicazione della Commissione, intitolata *Corporate Social Responsibility, Responsible Business Conduct, and Business & Human Rights. Overview of Progress*, March 2019.

⁵ COM (2011) 681def. A tal proposito, si vedano M. C. MALAGUTI, G. G. SALVATI, *La responsabilità sociale d'impresa. Percorsi interpretativi tra casi e materiali di diritto internazionale, dell'Unione europea ed italiano*, Milano, 2017, p. 7 ss.; A. SANTA MARIA, *European Economic Law*, Alphen aan den Rijn, 2014, p. 424 ss.; E. PISTOIA, *Il volontarismo regolamentato nell'azione europea a sostegno della responsabilità sociale d'impresa*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 267 ss.

⁶ In relazione a quest'ultimo aspetto, l'azione europea ha condotto all'adozione della direttiva 2014/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2014, recante modifica della direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni. La disciplina della citata direttiva è stata recentemente novellata dalle disposizioni della direttiva (UE) 2022/2464 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 dicembre 2022, che modifica il regolamento (UE) n. 537/2014, la direttiva 2004/109/CE, la direttiva 2006/43/CE e la direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la rendicontazione societaria di sostenibilità. Sul punto, ci sia consentito rinviare a F. CECI, *Dalle dichiarazioni di carattere non finanziario alla rendicontazione societaria di sostenibilità: una prima lettura della direttiva (UE) 2022/2464*, in *BlogDUE*, 2 marzo 2023; ID., *L'obbligo di divulgazione di informazioni di carattere non finanziario quale strumento di Corporate Social Responsibility nel quadro dell'Unione europea*, in M. CASTELLANETA, F. VESSIA (a cura di), *La responsabilità sociale d'impresa tra diritto internazionale e diritto societario*, Napoli, 2020, p. 339 ss.

Con riguardo alle procedure di dovuta diligenza, la comunicazione del 2011 ha evidenziato l'importanza di un più intenso coordinamento tra le politiche europee e gli strumenti internazionali, con una particolare menzione alla necessità di migliorare l'attuazione dei Principi Guida su Imprese e Diritti Umani adottati nel 2011 dal Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite (di seguito, anche, "Principi Guida" o "UNGP's")⁷ e delle Linee Guida per Imprese Multinazionali dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (nel prosieguo, anche, "Linee Guida" o "Guidelines")⁸.

Successivamente, a seguito della consultazione pubblica del 2014 sulle iniziative europee in materia di RSI⁹, la Commissione ha presentato il documento "Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights"¹⁰,

⁷ Report of the SRSG on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, UN Doc. A/HRC/17/31, of 21 March 2011. A tal proposito si vedano, *ex multis*, J. G. RUGGIE, C. REES, R. DAVIS, *Ten Years After: from Un Guiding Principles to Multi-Fiduciary Obligations*, in *Business and Human Rights Journal*, 2021, p. 1 ss.; M. FASCIGLIONE, *Per uno studio dei Principi Guida ONU su imprese e diritti umani*, in M. FASCIGLIONE (traduzione a cura di), *I Principi Guida su Imprese e Diritti Umani*, Roma, 2020, p. 35 ss.; F. MARRELLA, *I Principi Guida dell'ONU sulle imprese e i diritti umani del 2011 e l'accesso ai rimedi tramite gli strumenti di diritto internazionale privato europeo: una valutazione critica*, in M. CASTELLANETA, F. VESSIA (a cura di), *op. cit.*, p. 315 ss.; N. BERNAZ, *Business and Human Rights. History, Law and Policy. Bridging the Accountability Gap*, London, New York, 2017; D. DAVITTI, *Refining the Protect, Respect and Remedy Framework for Business and Human Rights and its Guiding Principles*, in *Human Rights Law Review*, 2016, p. 55 ss.; M. K. ADDO, *United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights*, *ivi*, 2014, p. 133 ss.

⁸ Linee Guida OCSE destinate alle imprese multinazionali, edizione aggiornata del 2011. Sul punto, si vedano, *ex multis*, J. G. RUGGIE, *Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Normative Innovations and Implementation Challenges*, in *Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper*, 2015; J. RUTH, M. WETZEL, *Human Rights in Transnational Business*, Luzern, 2015, p. 105 ss.; P. T. MUCHLINSKI, *Rethinking International Corporate Social Responsibility: Due Diligence in the UN Framework on Business and Human Rights, the OECD Guidelines for Multinational Enterprises and in National Laws*, in *Politeia*, 2012, p. 83 ss. In merito agli strumenti adottati in seno all'OCSE appare rilevante fare riferimento anche alle Linee Guida dell'OCSE sulla condotta d'impresa responsabile (2018) e alle relative linee guida settoriali.

⁹ A tal proposito, si veda il report *The Corporate Social Responsibility Strategy of the European Commission: Results of the Public Consultation*, 2014.

¹⁰ *Commission Staff Working Document on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights - State of Play*, 2015, SWD (2015) 144. Si veda J. LETNAR ČERNIČ, *European*

con il quale ha riconosciuto la fondamentale rilevanza di tale strumento, definito come il più diffuso a livello globale¹¹. Pur valorizzando i risultati ottenuti in questo contesto nell'ambito europeo, la Commissione ha evidenziato la necessità di potenziare l'azione di salvaguardia dei diritti umani nell'attività di impresa con meccanismi più efficaci sotto il profilo regolamentare e sanzionatorio. A tal fine, l'adozione da parte delle imprese di sistemi di valutazione di rischio e di impatto sui citati diritti, anche nella gestione delle catene di approvvigionamento, come la *due diligence*, è stato inquadrato come uno dei mezzi più rilevanti¹².

Tuttavia, l'approccio volontario adottato dagli *UNGPs* e dalle Linee Guida OCSE è stato ritenuto insufficiente dalla Commissione per sviluppare una transizione verso un modello economico sostenibile e capace di includere la dimensione sociale nei processi produttivi¹³.

Conseguentemente, per la prima volta nel contesto internazionale, l'UE ha adottato strumenti vincolanti in materia di dovuta diligenza, concentrando la propria azione sui settori ritenuti più a rischio, come le industrie estrattive¹⁴, quelle del legname¹⁵, dell'abbigliamento e del cuoio. Cionondimeno, la settorialità dei citati interventi, unitamente con la ridotta diffusione degli strumenti volontari, ha reso sempre più evidente l'esigenza di una normativa uniforme e intersettoriale in materia di dovere di diligenza, finalizzata a garantire

Perspectives on the Business and Human Rights Treaty Initiative, in J. LETNAR ČERNIČ (ed.), *The Future of Business and Human Rights*, Cambridge – Antwerp – Portland, 2018, p. 229 ss.

¹¹ Nelle conclusioni dell'analisi della Commissione gli *UNGPs* sono inquadrati come "the most practical, widely-endorsed and wide-ranging approach to preventing and redressing business-related human rights abuses. The *UNGPs* reflect decades of steady progress and development, and efforts undertaken since June 2011 to implement them demonstrate that the process is advancing". *Ibidem*, p. 33 ss.

¹² *Ibidem*, p. 34.

¹³ *Study on due diligence requirements through the supply chain. Final Report*, 2020, p. 35 ss.

¹⁴ Regolamento (UE) 2017/821 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2017, che stabilisce obblighi in materia di dovere di diligenza nella catena di approvvigionamento per gli importatori dell'Unione di stagno, tantalio e tungsteno, dei loro minerali, e di oro, originari di zone di conflitto o ad alto rischio.

¹⁵ Regolamento (UE) n. 995/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, che stabilisce gli obblighi degli operatori che commercializzano legno e prodotti da esso derivati. A tal proposito, si veda D. LANGLET, S. MAHMOUDI, *EU Environmental Law and Policy*, Oxford, 2016, p. 151 ss.

l'effettivo rispetto dei diritti umani e delle norme a tutela dell'ambiente nell'ambito dell'attività di impresa.

Questa necessità, a ben vedere, ha trovato riscontro anche nell'adozione da parte di alcuni Stati membri di discipline relative agli obblighi di dovuta diligenza¹⁶, che, pur riflettendo la volontà di imporre degli *standard* di condotta rispetto alle catene di fornitura, comportano, allo stato, una frammentazione della normativa applicabile, con conseguenti rischi in ordine alla certezza del diritto e alla parità delle condizioni nel mercato unico.

Alla luce del contesto sin qui delineato, il Parlamento europeo ha sostenuto in più occasioni l'esigenza di un quadro giuridico vincolante in materia di *due diligence*¹⁷, sino all'adozione, avvenuta il 10 marzo 2021, di una risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione concernenti la dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese¹⁸.

¹⁶ Sotto tale profilo, occorre fare riferimento, anzitutto, alla *LOI n° 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, du 27 Mars 2017, che impone alle grandi imprese francesi di adottare la dovuta diligenza nei confronti di tutti i soggetti coinvolti nella *supply chain* e delle società appartenenti al gruppo o controllate in diverso modo. A tal proposito si vedano C. BRIGHT, C. MACCHI, *Hardening Soft Law: The Implementation of Human Rights Due Diligence Requirements in Domestic Legislation*, in M. BUSCEMI, N. LAZZERINI, L. MAGI, D. RUSSO (eds.), *Legal Sources in Business and Human Rights: Evolving Dynamics in International and European Law*, Leiden, Boston, 2020, p. 218 ss.; S. BRABANT, C. MICHON, E. SAVOUREY, *The Vigilance Plan - Cornerstone of the Law on the Corporate Duty of Vigilance*, in *Revue Internationale de la Compliance et de l'éthique des affaires*, 2017, p. 50 ss.

Più di recente, è stata adottata la legge tedesca, del 16 luglio 2021 (*Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten*). Allo stesso modo, appaiono rilevanti, seppur caratterizzate da un più ristretto ambito di applicazione materiale, la legge olandese, del 24 ottobre 2019 (*Wet van 24 oktober 2019 houdende de invoering van een zorgplicht ter voorkoming van de levering van goederen en diensten die met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen*), e la legge norvegese, del 12 ottobre 2021 (*Lov om virksombeters åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold*).

¹⁷ In tal senso, risulta opportuno richiamare la risoluzione del Parlamento europeo, del 27 aprile 2017, sull'iniziativa faro dell'UE nel settore dell'abbigliamento, (2016/2140 (INI)), e la risoluzione del Parlamento europeo, dell'11 settembre 2018, sulla gestione trasparente e responsabile delle risorse naturali nei paesi in via di sviluppo: il caso delle foreste, (2018/2003 (INI)), finalizzate ad imporre alle imprese, e alle *supply chain* delle stesse, obblighi di *due diligence* relativi ai diritti umani e alla salvaguardia del lavoro nei settori, rispettivamente, dell'abbigliamento e della trasformazione delle risorse naturali nei Paesi in via di sviluppo.

¹⁸ Risoluzione del Parlamento europeo, del 10 marzo 2021, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti la dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese, (2020/2129

3. *Gli obiettivi della Proposta*

La Proposta, con base giuridica negli artt. 50 e 114 del TFUE, si inserisce nel quadro sin qui delineato, con il preciso fine di imporre a talune imprese e alle catene di valore cui partecipano uno *standard* di diligenza specifico per individuare, prevenire e attenuare gli impatti negativi sui diritti umani e sull'ambiente, e attribuire alle stesse una responsabilità per tali impatti¹⁹. In particolare, in ragione delle complesse strutture delle catene globali di valore delle società europee e dell'incidenza delle imprese extraeuropee nelle dinamiche del mercato interno, la soluzione è stata ricercata nella proposta di adozione di una disciplina europea sulla *due diligence* di sostenibilità, vincolante e intersettoriale, che fornisca uno *standard* unico di valutazione²⁰.

Sull'onda dei risultati conseguiti dai Principi Guida e dalle Linee Guida OCSE, i sistemi di *due diligence* previsti dalla Proposta stabiliscono infatti dei parametri di condotta per specificare i contenuti della diligenza richiesta alle imprese nel loro agire, attraverso l'introduzione di articolate procedure aziendali di gestione del rischio che garantiscano il rispetto dei citati diritti o strumenti di rimedio in caso di violazione degli stessi²¹.

Gli obiettivi della Proposta, anche in ragione della base giuridica della stessa, appaiono, però, più ampi e ricomprendono un generale miglioramento

(INL)). Per un'analisi comparata tra le previsioni della risoluzione e quella della Proposta, si veda C. METHVEN O'BRIEN, O. MARTIN-ORTEGA, *Commission proposal on corporate sustainability due diligence: analysis from a human rights perspective*, Dundee, 2022, p. 4 ss.

¹⁹ Si noti che la Proposta risulta peraltro in linea con gli obiettivi fissati nel "Piano d'azione dell'UE per i diritti umani e la democrazia 2020-2024" (JOIN (2020) 5final), con cui la Commissione ha definito come prioritario il rafforzamento dell'impegno nella promozione a livello globale degli UNGPs e delle Linee Guida OCSE.

²⁰ A tal proposito si veda M. FASCIGLIONE, *The Enforcement of Corporate Human Rights Due Diligence: From the UN Guiding Principles on Business and Human Rights to the EU Countries Legal Systems*, in *Human Rights and International Legal Discourse*, 2016, p. 94 ss.

²¹ Per un'analisi dei contenuti propri della *human rights due diligence* si vedano C. MACCHI, *Business, Human Rights and the Environment: the Evolving Agenda*, The Hague, 2022, p. 91 ss.; J. BONNITCHA, R. MCCORQUODALE, *The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, in *European Journal of International Law*, vol. 28, n. 3, 2017, p. 899 ss.; J. RUGGIE, J. SHERMAN, *The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale*, *ivi*, p. 921 ss.

delle pratiche di governo societario, il superamento della frammentazione delle legislazioni in tema di *due diligence* e la creazione di un quadro uniforme di obblighi in materia di condotta d'impresa responsabile, nonché, come anticipato, l'attribuzione di una responsabilità diretta in capo alle imprese e l'introduzione di strumenti di accesso ai mezzi di ricorso per i soggetti interessati dagli impatti negativi dalle stesse causati²².

Ciò posto, e al fine di valutare la raggiungibilità di tali obiettivi, occorre anzitutto analizzare l'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione degli obblighi e del regime di responsabilità previsto dalla Proposta, esaminando altresì le modifiche avanzate su tali aspetti, da una parte, dalla Commissione giuridica del Parlamento europeo nel progetto di relazione del 7 novembre 2022²³ e, dall'altra parte, dal Consiglio nell'ambito dell'orientamento generale dallo stesso adottato il 20 novembre 2022²⁴.

4. *L'ambito di applicazione ratione personae*

Procedendo con ordine, e partendo dall'analisi dell'ambito soggettivo di applicazione, occorre fare riferimento all'art. 2 della Proposta, che stabilisce i criteri per determinare quali società sarebbero tenute a esercitare la dovuta diligenza (parr. 1 e 2)²⁵. Tali criteri si basano sul numero di dipendenti e sul

²² Alla luce di tali ultimi obiettivi, e anche in ragione di quanto si dirà rispetto agli aspetti internazionalprivatistici della Proposta, sarebbe stato utile fondare l'atto, in termini di base giuridica, anche sull'art. 81 TFUE, consentendo l'adozione di misure più incisive in materia. In merito alla citata disposizione, si veda R. CLERICI, *Commento a Articolo 81 TFUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve al Trattato dell'Unione Europea*, Padova, 2014, p. 500 ss.

²³ Progetto di relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937, cit., COM (2022) 71final – C9-0050 (2022) – 2022 0051 (COD), 7 novembre 2022 (nel prosieguo, anche, "progetto di relazione").

²⁴ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937, cit. Orientamento generale, 6533/22, 15024/1/2022, 30 novembre 2022 (di seguito "orientamento generale del Consiglio").

²⁵ Sotto il profilo della forma giuridica di costituzione dell'impresa, l'art. 3 della Proposta qualifica come società tutte le persone giuridiche incluse tra le tipologie indicate dalla direttiva

fatturato netto a livello mondiale per le imprese europee, nonché sul solo fatturato netto generato nell'Unione per gli enti di Paesi terzi²⁶.

In particolare, la citata previsione rende applicabile le norme della Proposta, anzitutto, alle grandi imprese costituite in conformità con la normativa di uno Stato membro che abbiano, in media, più di 500 dipendenti e un fatturato netto a livello mondiale di oltre 150 milioni di euro²⁷.

L'ambito di applicazione soggettivo della Proposta è altresì esteso a quelle imprese europee con più di 250 dipendenti in media e fatturato netto a livello mondiale di oltre 40 milioni di euro nell'ultimo esercizio, a condizione che almeno la metà del detto fatturato sia stato generato in uno o più settori a rischio, ovverosia (i) la fabbricazione e il commercio all'ingrosso di tessuti, pellami e relativi prodotti, (ii) l'agricoltura, silvicoltura e la pesca, nonché la fabbricazione di prodotti alimentari e il commercio all'ingrosso di materie prime agricole, bestiame, legname, alimenti e bevande; (iii) l'estrazione di risorse minerarie e la fabbricazione e il commercio dei derivati delle stesse²⁸.

A questo proposito, appare opportuno rilevare come il doppio requisito richiesto ai fini dell'applicazione delle procedure di diligenza alle società europee – in termini di fatturato e dipendenti occupati – risponda alla volontà di far gravare tali onerosi obblighi esclusivamente su enti che, per dimensioni e risorse, dispongono dei mezzi per sopportarli. Per altro verso, i criteri di fatturato costituiscono un filtro per l'individuazione delle società che hanno un maggiore impatto sull'economia dell'UE. Da questo punto di vista, non

2013/34/UE, cit., o ad esse comparabili, per gli enti non europei. In sostanza, vengono così incluse tutte le società di capitali a responsabilità limitata.

²⁶ A tal riguardo, appare opportuno segnalare una marcata differenza di approccio nella definizione dell'ambito di applicazione tra la Proposta e i Principi Guida e le Linee Guida, che, invero, sono indirizzati a tutte le imprese, indipendentemente dalle dimensioni delle stesse, dal settore produttivo in cui operano e dalla struttura societaria adottata. Si veda M. K. ADDO, *Business and Human Rights and the Challenges for Small and Medium-Sized Enterprises*, in T. RENSMANN (ed.), *Small and Medium-Sized Enterprises in International Economic Law*, Oxford, 2017, p. 311 ss.

²⁷ Sul punto, è opportuno specificare che il requisito relativo al numero dei lavoratori, per espressa previsione dell'art. 2, par. 3, si fonda su un principio di equivalenza tra i dipendenti a tempo parziale e quelli a tempo pieno, ed include altresì il personale interinale.

²⁸ A tal riguardo, sorprende la mancata inclusione nell'ambito dei settori a rischio delle attività svolte nelle aree di conflitto. Sul punto, si veda M. FASCIGLIONE, *Luci e ombre della proposta di direttiva europea*, cit.

stupisce dunque l'esclusione dall'ambito di applicazione della Proposta delle piccole e medie imprese. Per tali enti gli oneri economici e amministrativi legati all'attuazione delle procedure di dovuta diligenza risulterebbero, almeno allo stato, insostenibili. Inoltre, nella maggioranza dei casi – e con esclusione dei settori più a rischio – gli impatti negativi prodotti dalle piccole e medie imprese non appaiono commisurabili con quelli provocati da società di grandi dimensioni²⁹.

Cionondimeno, occorre evidenziare come la formulazione del citato art. 2 potrebbe condurre ad alcune criticità di applicazione. Invero, quest'ultimo, nel definire le imprese soggette agli obblighi, non specifica se nel calcolo dei dipendenti occupati vadano ricompresi anche quelli delle società figlie.

In assenza di tale specificazione, ci sembra, tuttavia, che il numero dei dipendenti vada calcolato esclusivamente con riferimento alle *holding*, risultando complesso estendere in via interpretativa un onere particolarmente gravoso, in termini amministrativi ed economici, a società non espressamente ricomprese. Tale assunto, oltre che da una interpretazione letterale della norma in esame, trova conferma nell'orientamento generale del Consiglio, che, invero, evidenzia come i criteri soggettivi previsti “dovrebbero essere soddisfatti a livello delle singole società, come proposto dalla Commissione”³⁰. Di conseguenza, la Proposta, qualora adottata nella presente formulazione, non includerebbe molte società madri che, occupandosi esclusivamente dell'attività di coordinamento del gruppo, non impiegano molto personale. Per altro verso, il citato art. 2 risulterebbe anche facilmente eludibile da parte delle *holding*, attraverso ristrutturazioni aziendali e meccanismi di dislocamento dei lavoratori presso le società figlie.

Da questo punto di vista, risulta utile evidenziare che la proposta di emendamento formulata nel progetto di relazione della Commissione giuridica del

²⁹ Occorre comunque evidenziare come gli obblighi di sostenibilità previsti dalla Proposta sarebbero destinati, almeno in un primo momento, ad un'attuazione minore e meno diffusa rispetto a quelli imposti dalla recente direttiva relativa alla rendicontazione societaria di sostenibilità. In questo senso, si noti che attraverso la citata risoluzione del 10 marzo 2021, il Parlamento europeo aveva proposto (art. 2) un perimetro di applicazione sostanzialmente identico a quello disposto dalla direttiva relativa alla rendicontazione societaria di sostenibilità.

³⁰ Tra l'altro, l'art. 4, par. 2, della Proposta, evidenzia che ciascuna impresa ha il diritto di condividere risorse e informazioni all'interno del gruppo di società di cui è parte, rendendo evidente come i criteri vadano applicati alle singole entità societarie. Di diverso avviso, G. CARRELLA, *op. cit.*, p. 10 ss.

Parlamento europeo miri ad estendere l'ambito di applicazione soggettivo alle imprese con più di 250 dipendenti occupati e un fatturato netto di oltre 40 milioni di euro, nonché a quelle operanti in settori a rischio, cui viene aggiunto quello dell'ICT, con più di 50 dipendenti e un fatturato di oltre 8 milioni di euro, di cui il 30% prodotto nei citati settori. Differente, invece, la posizione espressa nell'orientamento generale del Consiglio, che ha mantenuto l'ambito di applicazione e le soglie relative ai dipendenti e al fatturato netto stabiliti nella Proposta, prevedendo altresì un'introduzione graduale degli obblighi, che si applicherebbero a partire da un anno dalla fine del periodo di recepimento³¹.

Infine, come anticipato, risultano altresì soggette agli obblighi della Proposta anche le società, costituite secondo la legge di un Paese terzo, con un fatturato netto nell'ambito del mercato dell'Unione di oltre 150 milioni di euro o, in diversa ipotesi, con un fatturato di oltre 40 milioni di euro, la cui metà sia stata prodotta nei settori a rischio pocanzi citati. L'inclusione di imprese di Stati terzi attraverso un criterio di collegamento territoriale al mercato interno, ovvero sia il fatturato, appare giustificata dalla necessità di superare la frammentarietà che caratterizza le legislazioni nazionali in materia di diritti umani e ambiente, soprattutto esterne all'Unione, garantendo una diffusione delle condotte socialmente responsabili armonizzata e uniforme a livello internazionale.

Così delineato il perimetro delle imprese sottoposte agli obblighi della Proposta – che, secondo le stime della Commissione, dovrebbe interessare circa 13.000 società dell'UE e 4.000 di Paesi terzi – occorre rilevare come lo stesso risulti indirettamente esteso, attraverso i meccanismi di individuazione, prevenzione e arresto degli impatti negativi previsti dagli artt. 6, 7 e 8, di cui si dirà nel prosieguo. Tali disposizioni, in combinato disposto con quella di cui all'art. 1 della Proposta, evidenziano che gli obblighi di diligenza vadano osservati da parte delle società, nonché nell'ambito delle attività delle loro filiazioni e delle catene di valore, qualora svolte da soggetti con cui la società intrattiene un rapporto di affari consolidato.

³¹ Le norme della Proposta si applicherebbero, in primo luogo, alle società di dimensioni grandi con più di 1.000 dipendenti e 300 milioni di euro di fatturato, o 300 milioni per le società di Paesi terzi a decorrere da tre anni dall'entrata in vigore. Inoltre, tale modifica è accompagnata da una clausola di riesame, in virtù della quale la Commissione dovrebbe procedere a una valutazione di revisione delle soglie relative al numero di dipendenti e al fatturato netto, oltre che vagliare l'opportunità di modificare l'approccio individuale in un approccio consolidato.

In altri termini, gli obblighi e il conseguente regime di responsabilità della Proposta sono strutturati secondo un effetto a cascata in virtù del quale, attraverso strumenti contrattuali o di controllo societario, la società *leader* o madre ha il dovere di richiedere a tutte le imprese della *value chain* adeguate garanzie in ordine al rispetto delle procedure di dovuta diligenza³².

Con riferimento ai rapporti societari, la qualificazione di “filiazione” è prevista dalla stessa Proposta³³ mediante un rinvio alla definizione di impresa controllata data dall’art. 2, par. 1, lett. (f), della direttiva 2004/109/CE del Parlamento e del Consiglio. Tale previsione stabilisce un elenco aperto, che, pur ricomprendendo le fattispecie di controllo più note, presenta il vantaggio di potersi applicare a tutte le ipotesi di società sulla quale una persona fisica o giuridica ha il potere di esercitare o esercita effettivamente un’influenza dominante o un controllo.

Allo stesso modo, appare apprezzabile l’estensione indiretta degli obblighi all’intera catena di valore: quest’ultima, più ampia della *supply chain*, comprende l’insieme delle attività, dirette o indirette, inerenti ai processi di produzione di un bene o alla prestazione di un servizio, da monte a valle degli stessi, comprese le fasi di sviluppo, di uso e di smaltimento.

Tuttavia, occorre rilevare come, ai fini dell’applicazione degli obblighi da parte della società *leader* o madre, la Proposta richieda la sussistenza di un rapporto d’affari consolidato, per tale intendendosi quello diretto o indiretto che, per intensità o periodo interessato, è duraturo o si prevede che lo sarà e che rappresenta una parte non trascurabile né meramente accessoria della catena del valore. Tale doppia condizione rischia di contribuire a creare, anche in ragione della verifica prevista ogni 12 mesi circa il carattere consolidato del rapporto (art. 1, par. 1), meccanismi elusivi per i quali le società a capo della filiera potrebbero preferire i rapporti commerciali occasionali e non continuativi a quelli stabili, con un effetto distorsivo sia delle verifiche in capo a tali soggetti, sia delle dinamiche concorrenziali. Inoltre, un’ulteriore conseguenza negativa sarebbe da attribuire all’esclusione dalle procedure di verifica e dal connesso regime di responsabilità di tutte quelle imprese che, pur non legate da un rapporto duraturo o fondamentale ai fini della catena di valore, possono,

³² Cfr. S. BRABANT, C. BRIGHT, N. NIETZEL, D. SCHÖNFELDER, *Due Diligence Around the World The Draft Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (Part 1)*, cit.

³³ Cfr. art. 3, lett. d), della Proposta, cit.

attraverso la loro attività, produrre effetti negativi sui diritti umani e sull'ambiente. Queste ragioni rendono auspicabile l'adozione della modifica proposta dal progetto di relazione della Commissione giuridica del Parlamento, che, superando il concetto di rapporto consolidato, renderebbe applicabili gli obblighi a tutta la catena di valore³⁴.

Ad ogni modo, e indipendentemente dal requisito richiesto in ordine al rapporto d'affari consolidato, ci sembra che l'estensione indiretta degli obblighi di dovuta diligenza alle imprese controllate e inserite nella catena di valore rappresenti un buon compromesso per assicurare la responsabilizzazione delle stesse, pur facendo gravare la maggior parte degli oneri sulle *holding* e le capofila.

In conclusione, l'attuale versione della Proposta, pur caratterizzata da un ambito di applicazione soggettivo apparentemente ristretto, rappresenta un primo fondamentale passo nell'ambito del percorso di responsabilizzazione delle imprese e di rafforzamento degli strumenti di tutela dei diritti umani. In particolare, oltre a dettare una disciplina uniforme per gli Stati membri, superando, così, la frammentarietà allo stato esistente, la Proposta consentirebbe di stabilire il primo *standard* internazionale vincolante in materia di *due diligence* di sostenibilità, con possibili ricadute positive anche rispetto alla diffusione – dovuta a ragioni reputazionali e di mercato – dello stesso tra le imprese non soggette agli obblighi. Peraltro, a dimostrazione di come l'atto in esame costituisca il primo tassello di un quadro in divenire, occorre rilevare che l'art. 29, par. 1, lett. a) e lett. b), della Proposta preveda una clausola di riesame in virtù della quale, a sette anni dall'entrata in vigore della direttiva, la Commissione sarebbe tenuta a valutare, tra le altre, un'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione, oltre che di quello oggettivo.

5. *Le misure di prevenzione e arresto degli impatti negativi e i diritti tutelati*

Passando all'analisi del contenuto del dovere di diligenza, abbiamo già osservato come tale obbligo si sostanzi, in particolare, nell'adozione da parte

³⁴ Nella stessa prospettiva, ma attraverso un diverso criterio, anche l'orientamento generale del Consiglio ha proposto un'estensione dell'ambito della dovuta diligenza alle attività svolte da tutti i *partner* commerciali nelle catene di attività (queste ultime in sostituzione delle catene di valore).

della società di meccanismi multifasici³⁵ di individuazione, prevenzione e attenuazione degli impatti negativi, effettivi o potenziali, sui diritti umani e sull'ambiente, oltre che di procedure di reclamo e di strumenti di verifica e comunicazione delle politiche in tali ambiti.

A questo proposito, occorre tuttavia specificare come il dovere di diligenza, in virtù di quanto previsto dal considerando n. 15 della Proposta, rappresenti un obbligo di mezzi e non di risultato. Di conseguenza, le imprese non sarebbero tenute a garantire che gli impatti negativi sui diritti umani e sull'ambiente non si verificano o vengano arrestati, bensì, più semplicemente, di aver posto in essere tutte le misure ritenute, nelle circostanze del caso specifico, più adeguate³⁶ per prevenire o minimizzare l'impatto³⁷.

Tali misure vengono stabilite dalle norme di cui agli artt. 7 e 8 della Proposta, che, rispettivamente, individuano gli strumenti di prevenzione degli impatti negativi potenziali e prevedono quelli di arresto degli impatti effettivi.

In particolare, a seguito dell'individuazione delle esternalità negative, potenziali ed effettive, derivanti dalle proprie attività o da quelle della catena di valore³⁸, alle imprese è richiesto di adottare le misure più adeguate al fine di prevenire tali impatti o, qualora la prevenzione non sia possibile, di attutirli. L'art. 7 della Proposta, attribuendo contenuto concreto a tali misure, prevede che le società debbano predisporre e attuare un piano operativo di prevenzione, redatto in consultazione con i portatori di interesse. Inoltre, al fine di

³⁵ La Proposta, ai fini dell'attuazione della *due diligence*, riprende le sei fasi definite dalle Linee Guida OCSE, ovvero: 1) integrazione del dovere di diligenza nelle politiche e nei sistemi di gestione; 2) individuazione e valutazione degli impatti negativi sui diritti umani e sull'ambiente; 3) prevenzione, arresto o minimizzazione di tali impatti; 4) valutazione dell'efficacia delle misure; 5) comunicazione; 6) riparazione. Cfr. considerando n. 16.

³⁶ Per tali intendendosi, in virtù di quanto previsto dall'art. 3, lett. q), della Proposta, quella "misura che permette di conseguire gli obiettivi del dovere di diligenza, commisurata al grado di gravità e alla probabilità dell'impatto negativo e ragionevolmente disponibile per la società, considerate le circostanze del caso specifico, comprese le caratteristiche del settore economico e dello specifico rapporto d'affari e l'influenza della società al riguardo, e la necessità di rispettare l'ordine di priorità degli interventi".

³⁷ Si tratta, dunque, di un obbligo differente rispetto a quello gravante in capo agli Stati, che, in virtù del diritto internazionale, sono tenuti alla tutela dei diritti umani. Sul punto, si veda R. PISILLO MAZZESCHI, *"Due Diligence" e responsabilità internazionale degli Stati*, Milano, 1989, p. 2 ss.

³⁸ Cfr. art. 6, par. 1, della Proposta, cit.

garantire che i *partner* commerciali rispettino il codice di condotta e l'eventuale piano di prevenzione adottato, le imprese sono tenute a richiedere specifiche garanzie contrattuali e far richiedere garanzie equivalenti ai soggetti che partecipano alla catena di valore. Allo stesso tempo, qualora risulti impossibile prevenire gli impatti negativi, in virtù di quanto disposto dall'art. 7, par. 5, le società sono obbligate ad astenersi dal concludere o a sospendere le relazioni commerciali con i soggetti in collegamento ai quali sono emerse eventuali criticità³⁹.

Qualora, invece, non risulti possibile prevenire gli impatti negativi, le imprese, ai sensi dell'art. 8, parr. 2 e 3, sono tenute ad arrestare o minimizzare l'entità degli stessi. In tali casi, la norma prevede che, oltre a stabilire un piano d'azione correttivo, le società debbano risarcire le persone danneggiate e fornire una compensazione finanziaria alle relative comunità, in misure proporzionata alla rilevanza e all'entità degli impatti provocati. Peraltro, anche in questa ipotesi, le imprese saranno tenute a richiedere ai propri *partner* commerciali delle garanzie contrattuali circa l'osservanza del codice di condotta e del piano d'azione correttivo. Parimenti, se risulti impossibile arrestare o minimizzare gli impatti negativi provocati da una società, anche nell'ambito della catena di valore, quest'ultima dovrà interrompere o astenersi dall'allacciare i rapporti con i soggetti dalla cui attività l'impatto è derivato.

Così delineate le procedure di dovuta diligenza previste dalla Proposta – la cui inosservanza, come si dirà, conduce all'attribuzione della responsabilità civile in capo alle imprese – risulta evidente la rilevanza della qualificazione di impatto negativo sui diritti umani e sull'ambiente. Invero, come osservato, gli obblighi di prevenzione e arresto si fondano, per l'appunto, su meccanismi mirati ad evitare ed eventualmente neutralizzare tali impatti⁴⁰.

³⁹ Il citato art. 7, par. 5, stabilisce espressamente che gli Stati membri debbano provvedere a che i contratti disciplinati dal proprio diritto prevedano la possibilità di cessare il rapporto d'affari.

⁴⁰ Sul punto, occorre premettere che la Proposta compie una distinzione per le società di dimensioni inferiori che operano in settori a rischio, sulle quali gravano obblighi di prevenzione e attenuazione solo degli impatti negativi gravi, ovvero sia quelli che, in virtù della definizione operata dall'art. 3, lett. l), della Proposta, sono particolarmente incisivi per natura o colpiscono un numero elevato di persone o un'area estesa dell'ambiente ovvero che sono irreversibili o risultano particolarmente difficili da sanare considerate le misure necessarie per ripristinare la situazione preesistente.

La definizione in parola è prevista dall'art. 3, lett. b) e lett. c), della Proposta, che qualifica tali impatti, per ciò che concerne i diritti umani, come quelli causati dalla violazione dei divieti elencati nell'Allegato I, parte I, della stessa. Relativamente alla tutela dell'ambiente, rilevano poi le violazioni dei diritti, dei divieti o degli obblighi derivanti dai trattati internazionali elencati nell'Allegato I, parte II⁴¹.

L'approccio della Proposta mira ad individuare un elenco tassativo di diritti che le imprese sarebbero tenute a rispettare, offrendo, così, un perimetro limitato nell'ambito del quale strutturare le politiche di individuazione, prevenzione e attenuazione degli impatti negativi. Tale prospettiva, certamente apprezzata da parte delle società alla luce dei benefici in termini di certezza dell'estensione della propria responsabilità, pare altresì presentare il vantaggio di assicurare l'effettiva tutela dei diritti richiamati negli allegati, che potrebbe essere meno garantita dalle formule di generico rinvio ai diversi strumenti di salvaguardia dei diritti umani riconosciuti a livello internazionale, utilizzate dagli *UNGPs* e dalle Linee Guida OCSE. In questo modo, le società contemplate nella Proposta dovrebbero fare riferimento ad un preciso elenco di diritti e violazioni, sia nell'attuazione delle procedure interne, sia rispetto ai rapporti con i *partner* commerciali e con le imprese controllate.

Per ciò che concerne i diritti umani, l'elencazione delle venti violazioni che costituiscono un impatto negativo – strutturate in virtù delle ipotesi che nella prassi hanno avuto maggiore diffusione – è contenuta nell'Allegato I, parte I, sezione I, e ricomprende sia alcune previsioni di carattere generale, sia alcune fattispecie specifiche, tra cui quelle a tutela dei diritti dei lavoratori e dei minori. Tra le prime, vanno senz'altro citate le violazioni del diritto alla

⁴¹ Tale rinvio si differenzia rispetto all'approccio adottato dai Principi Guida, in quanto questi ultimi si riferiscono alla totalità dei diritti umani riconosciuti a livello internazionale, compresi quelli il cui rispetto è tradizionalmente richiesto ai soli soggetti statali. In particolare, in linea con quanto disposto dalle Linee Guida OCSE e dal *Global Compact*, il Principio 12 stabilisce che la responsabilità delle imprese debba estendersi almeno al rispetto dei diritti umani riconosciuti dalla Dichiarazione universale dei diritti umani e dai principali strumenti che la codificano, come il Patto internazionale sui diritti civili e politici e il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, unitamente ai diritti contenuti nelle otto convenzioni fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro, come riportati nella Dichiarazione sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro. Relativamente al *Global Compact* si veda M. CASTELLANETA, *La responsabilità sociale di impresa nel contesto internazionale: il programma Global Compact delle Nazioni Unite*, in M. CASTELLANETA, F. VESSIA (a cura di), *op. cit.*, p. 266 ss.

vita, della libertà, della sicurezza, nonché del divieto di tortura e di trattamenti degradanti, di interferenze illegittime nella vita privata, nella libertà di pensiero, coscienza e religione, in conformità con le disposizioni dettate dalla Dichiarazione universale dei diritti umani. In relazione ai diritti più strettamente connessi alle condizioni lavorative, l'Allegato menziona svariate violazioni delle previsioni del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e del Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali – quali il divieto di lavoro forzato e il diritto di godere di giuste e favorevoli condizioni di lavoro – oltre a molteplici diritti, come sanciti dalle convenzioni dell'Organizzazione internazionale del lavoro, tra cui il diritto alla libertà di associazione e di riunione o il divieto di impiego di minori. L'elencazione, inoltre, comprende talune fattispecie particolarmente utili a tutelare i diritti delle minoranze e delle comunità indigene⁴².

La lista dei diritti umani contemplati dalla Proposta è infine completata da una clausola di chiusura, rinvenibile al punto 21 dell'Allegato I, parte I, sezione I, in virtù della quale le imprese sarebbero tenute ad osservare anche quei diritti che, pur non previsti dall'elenco, risultano inclusi nelle convenzioni indicate nella seconda sezione dell'Allegato, purché “la società fosse ragionevolmente in grado di accertare il rischio di pregiudizio e di adottare misure adeguate per assolvere gli obblighi [...], tenendo conto di tutte le circostanze specifiche delle sue attività, quali il settore e il contesto operativo”. Dal tenore della norma, sembrerebbe che la stessa condizioni la sussistenza dell'impatto negativo ad una valutazione di ragionevolezza del rischio del pregiudizio, basata sulle circostanze concrete. Conseguentemente, mentre per le prime venti violazioni è dato sapere che le stesse costituiscono un impatto negativo, per il mancato rispetto delle convenzioni citate nella sezione II dell'Allegato, sarebbe previsto un onere aggiuntivo, anche in termini probatori, rispetto all'accertamento dell'inosservanza⁴³.

⁴² I punti 19 e 20 del citato Allegato, invero, qualificano come impatto negativo sui diritti umani, da una parte, la violazione del divieto di accaparramento illecito di terreni, foreste e acque che assicurano il sostentamento di una persona e, dall'altra parte, la violazione del diritto dei popoli indigeni alle terre, ai territori e alle risorse che tradizionalmente possedevano o occupavano.

⁴³ Cfr. G. CARELLA, *op. cit.*, p. 26 ss. Per l'Autrice tale meccanismo creerebbe una differenziazione tra categorie di diritti umani che, anche se solo riferita all'attività di impresa, potrebbe condurre a difficoltà applicative.

Per altro verso, l'elencazione contenuta della seconda sezione dell'Allegato appare perfettibile nella misura in cui non vi è alcun riferimento a rilevanti convenzioni, soprattutto, con riferimento all'attività di impresa⁴⁴. A tal riguardo, risulta, dunque, meritevole di considerazione la proposta di modifica formulata nel progetto di relazione della Commissione giuridica del Parlamento europeo, che, per l'appunto, mira ad un'integrazione dell'Allegato attraverso l'inclusione di molteplici strumenti internazionali.

Con riferimento, poi, agli impatti negativi sull'ambiente, come anticipato, la Proposta rinvia alla Parte II dell'Allegato, nella quale sono contenute dodici ipotesi di violazioni di alcune convenzioni ambientali, individuate in ragione della frequenza del verificarsi delle stesse nell'ambito dell'attività di impresa. Tra queste rientrano quelle delle convenzioni in materia di diversità biologica, di commercio internazionale delle specie di flora e di fauna selvatiche minacciate di estinzione, di utilizzo del mercurio, di protezione della fascia dell'ozono, di movimentazione transfrontaliera di rifiuti pericolosi, di utilizzo di pesticidi e agenti chimici pericolosi o di inquinanti organici persistenti⁴⁵. La portata di tale elenco appare estesa in virtù di quanto disposto dal punto n. 18 della Parte I dell'Allegato. Invero, tale previsione qualifica come impatto negativo la violazione del divieto di causare qualsiasi degrado ambientale misurabile, quali cambiamenti nocivi del suolo, inquinamento idrico o atmosferico, emissioni nocive o consumo eccessivo di acqua o altri effetti sulle risorse naturali, ma esclusivamente qualora tali condotte ledano taluni diritti umani.

Inoltre, occorre rilevare che per gli impatti negativi sull'ambiente la Proposta non dispone di una clausola generale di chiusura – presente, invece, nella sezione dell'Allegato riferita ai diritti umani – e, conseguentemente, le ipotesi di violazioni sono da ritenere tassative. Tale scelta, considerando la stessa Proposta come un primo passo verso un quadro legislativo europeo in materia di *due diligence* – e pur potendosi rilevare i limiti di un elenco ristretto delle possibili violazioni – appare giustificabile nella misura in cui attribuisce maggiore concretezza alla tutela dei diritti ricompresi nel perimetro di applicazione materiale.

⁴⁴ Tra queste, si pensi, ad esempio, alla Convenzione ILO n. 169, del 1989, sulle popolazioni indigene e tribali, alla Convenzione delle Nazioni Unite, del 1990, sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie o alla Convenzione ILO n. 190, del 2019, sulla violenza e le molestie sui luoghi di lavoro.

⁴⁵ Per un'elencazione degli strumenti non citati ma certamente da ritenere utili ai fini di una più effettiva tutela dei diritti, si veda G. CARELLA, *op. cit.*, p. 28.

Nella medesima prospettiva, può interpretarsi la mancata inclusione, nell'ambito delle violazioni sussumibili nell'alveo degli impatti negativi ambientali, di riferimenti ai cambiamenti climatici. Questi ultimi sono contemplati espressamente dall'art. 15 della Proposta, ai sensi del quale le società, con la criticabile esclusione di quelle operanti in settori a rischio, dovrebbero adottare un piano – redatto sulla base delle informazioni di cui l'ente può ragionevolmente disporre – che garantisca che il modello e la strategia aziendale siano compatibili con la transizione a un'economia sostenibile e con la limitazione del riscaldamento globale a 1,5°C in conformità dell'accordo di Parigi e che, inoltre, indichi la misura in cui i cambiamenti climatici rappresentano un rischio per le attività della società ovvero un loro possibile impatto. A tal proposito, pur non potendosi evincere dal tenore letterale della norma un obbligo esteso a tutta la catena di valore, pare opportuno rilevare come la stessa rappresenti un utile strumento per condividere formalmente con gli attori privati gli obiettivi dell'Accordo di Parigi. Si tratta di un approccio che, seppur non allineato con i più recenti sviluppi giurisprudenziali in materia di responsabilità delle società per il loro impatto sui cambiamenti climatici⁴⁶, può trovare spiegazione nell'opportunità di strutturare in maniera graduale il percorso verso un nuovo modello economico.

⁴⁶ A tal riguardo, si vedano, *ex multis*, E. A LVAREZ-ARMAS, *SDG 13: Climate Action*, in R. MICHAELS, V. RUIZ ABOU-NIGM, H. VAN LOON (eds.), *The Private Side of Transforming our World - UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law*, Cambridge, 2022, p. 409 ss.; C. MACCHI, *Business, Human Rights and the Environment*, cit., p. 17 ss. Una rilevante e recente pronuncia in materia è stata resa nel caso *Milieudefensie e altri c. Royal Dutch Shell PLC* del 2021, in cui la Corte distrettuale dell'Aja ha ritenuto responsabile la società olandese per le violazioni dei diritti umani cagionate dalle emissioni di gas delle imprese partecipanti alla catena di lavoro, in ragione della mancata adozione da parte della *holding* di un piano di contenimento delle stesse. The Hague District Court, *Vereiniging Milieudefensie and Others v. Royal Dutch Shell plc* (C/9571932/HA ZA 19-379), 26 May 2021. Per un'analisi della sentenza si vedano A. BONFANTI, *Cambiamenti climatici, diritti umani e attività d'impresa: recenti tendenze e futuri sviluppi del diritto internazionale in materia di due diligence d'impresa*, in *Le Nazioni Unite di fronte alle nuove sfide economico-sociali 75 anni dopo la loro fondazione*, in *Quaderni de La Comunità internazionale*, 2021, p. 47 ss.; C. MACCHI, J. VAN ZEBEN, *Business and Human Rights Implications of Climate Change Litigation: Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell*, in *Revue of European, Comparative and International Environmental Law*, 2021, p. 409 ss.

6. *Il regime di responsabilità extracontrattuale*

Così delineato l'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo della Proposta, occorre evidenziare come l'elemento di maggiore incisività e innovatività sia rappresentato dalla previsione, di cui all'art. 22, che attribuisce alle società una responsabilità extracontrattuale per i danni derivanti dall'inosservanza della *due diligence*.

La norma in esame offre il grande vantaggio di superare definitivamente la limitazione di responsabilità delle *holding* o delle capofila rispetto ai danni provocati nell'ambito delle catene di valore. Invero, allo stato, da una parte, l'autonomia giuridica delle singole entità facenti parte di un gruppo e, dall'altra parte, la delocalizzazione e l'esternalizzazione della produzione attraverso schemi negoziali di appalto o fornitura, consentono alle grandi imprese con sede nei Paesi più sviluppati di eludere gli *standard* di tutela dei diritti umani e dell'ambiente previsti nei loro ordinamenti di origine. Meccanismo, quest'ultimo, che, pur comportando illeciti vantaggi economici alle imprese in questione, non permette di attribuire alle stesse la responsabilità per i danni cagionati dalle loro controllate o dalle società coinvolte nella catena di fornitura, spesso privando le vittime di tali danni di un adeguato ristoro.

L'intervento della Proposta appare, dunque, quantomai necessario al fine di garantire effettiva tutela ai diritti di cui trattasi. Invero, unitamente alla possibilità di comminare sanzioni alle società che violano gli obblighi di dovuta diligenza⁴⁷ e al dovere degli amministratori di tenere conto delle questioni di sostenibilità nell'ambito della gestione dell'impresa⁴⁸, l'attribuzione di una responsabilità civile per gli impatti negativi legati all'intera catena di valore risulta la miglior forma per assicurare l'effettivo rispetto dei diritti umani e dell'ambiente, oltre che un adeguato rimedio in caso di violazioni dei citati precetti⁴⁹.

⁴⁷ L'art. 20 della Proposta prevede che gli Stati membri stabiliscano le norme relative alle sanzioni – effettive, proporzionate e dissuasive – da applicare in caso di violazione delle disposizioni relative al dovere di diligenza.

⁴⁸ In merito a tale particolare aspetto, si rinvia all'analisi di E. BARCELLONA, *Shareholderism versus Stakeholderism. La società per azioni dinanzi al "profitto"*, in *Rivista delle Società*, 2022, p. 130 ss.; M. STELLA RICHTER, M. L. PASSADOR, *Corporate Sustainability Due Diligence: Supernatural Superserious*, in *Bocconi Legal Studies Research Paper*, 2022, p. 7 ss.; W. YONGE, *European Commission's Controversial Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence*, in *The Secured Lender*, 2022, p. 34 ss.

⁴⁹ Cfr. C. METHVEN O'BRIEN, O. MARTIN-ORTEGA, *op. cit.*, p. 25.

Partendo da quanto disposto dalla norma, occorre osservare che, ai sensi dell'art. 22, par. 1, della Proposta, le imprese dovrebbero essere ritenute responsabili dei danni cagionati nell'ambito della loro catena di valore, qualora le stesse non abbiano adempiuto agli obblighi di prevenzione e arresto degli impatti negativi previsti dai citati artt. 7 e 8 e, a seguito di detto inadempimento, si sia verificato un impatto negativo che avrebbe potuto essere individuato, prevenuto o arrestato mediante le procedure previste dai suddetti articoli.

Tale generale previsione è accompagnata da una clausola limitativa di responsabilità, stabilita dal par. 2, che la subordina a specifiche condizioni, per i danni cagionati nell'ambito dei rapporti d'affari indiretti consolidati. In virtù della stessa, qualora una società abbia richiesto ai *partner* commerciali diretti determinate garanzie contrattuali – relative al rispetto del proprio codice di condotta e, se necessario, del piano operativo di prevenzione – tale impresa non può essere ritenuta responsabile dei danni causati da un impatto negativo prodotto dalle attività di un *partner* indiretto. Tale limitazione, tuttavia, non opera “qualora fosse irragionevole attendersi che il concreto intervento, anche per quanto riguarda la verifica della conformità, fosse atto a prevenire, attutire o arrestare l'impatto negativo o minimizzarne l'entità”.

Infine, sempre con riguardo ai profili generali del regime di responsabilità, risulta opportuno evidenziare come la Proposta, ai sensi dell'art. 22, par. 4, è da intendersi quale disciplina integrativa e complementare rispetto alle norme dell'Unione o nazionali in materia di responsabilità civile relative agli impatti negativi sui diritti umani o sull'ambiente, che prevedono ipotesi non contemplate dalla Proposta o un approccio più rigoroso rispetto alla stessa.

Ciò posto rispetto alla formulazione della norma, e venendo ad un'analisi della stessa, occorre anzitutto notare che, come espressamente stabilito dal considerando n. 58 della Proposta, il regime di responsabilità non indica il soggetto gravato dall'onere di provare che le misure adottate dalla società fossero effettivamente adeguate a prevenire o mitigare l'impatto negativo, lasciando la disciplina della questione al diritto nazionale di volta in volta applicabile. Dunque, con riferimento al profilo in esame, dal dato letterale dell'art. 22 emerge chiaramente come, ai fini dell'attribuzione della responsabilità in capo ad una società, sarebbe necessario accertare (i) un impatto negativo sui diritti umani o sull'ambiente che ha causato un danno; (ii) un inadempimento degli obblighi di dovuta diligenza; (iii) un nesso causale diretto tra l'inadempimento e il detto impatto.

Ora, pur essendo comprensibile – anche in ragione dell’atto giuridico scelto – la mancata previsione di un regime probatorio, è evidente che la stessa, nei fatti, si potrebbe tradurre in un onere particolarmente gravoso da assolvere in capo ai soggetti danneggiati. In questo senso, non aiuta neanche la previsione di cui all’art. 22, par. 3, il quale stabilisce che il regime di responsabilità della *holding* o della capofila dovrebbe lasciare impregiudicata la posizione delle controllate o dei *partner* commerciali, che, conseguentemente, non saranno chiamati ad intervenire nel procedimento per l’accertamento del danno, con ulteriore aggravamento della difficoltà di reperire fatti e documenti a dimostrazione dell’illecito. A tal riguardo, il progetto di relazione ha proposto un’inversione dell’onere probatorio qualora il danneggiato dimostri la sussistenza di elementi sufficienti a ritenere probabile la responsabilità del convenuto⁵⁰. In aggiunta, sempre al fine di mitigare la criticità in esame, potrebbe rendersi utile un collegamento con la norma di cui all’art. 18, in virtù del quale venga attribuito alle vittime il diritto di richiedere, senza ulteriori costi, l’intervento delle autorità di controllo al fine di svolgere specifiche indagini rispetto alla violazione contestata.

Inoltre, mentre ci sembra certamente corretto non condizionare l’attribuzione di responsabilità ad una valutazione circa la sussistenza di negligenza, colpa o dolo – dovendosi gli stessi ritenere integrati dalla mera violazione dello *standard* di dovuta diligenza – risulta meno convincente l’esonero previsto qualora si siano ottenute adeguate garanzie contrattuali da parte dei *partner* commerciali, stabilito dall’art. 22, par. 2. Invero, nonostante l’art. 12 della Proposta preveda che la Commissione debba adottare orientamenti con modelli delle citate clausole contrattuali, sussiste la possibilità che le imprese utilizzino tale strumento di autonomia privata per trasferire gli obblighi di dovuta diligenza e i relativi rischi di violazioni ad altri soggetti della filiera, ben disponendo del potere negoziale per farlo. In tale prospettiva, si arriverebbe ad eludere la responsabilità per violazione dei diritti umani attraverso schemi negoziali, invece di sfruttare il collegamento contrattuale per ritenere

⁵⁰ In particolare, l’emendamento prevede che “laddove il ricorrente fornisca elementi *prima facie* che confermino la probabilità di una responsabilità del convenuto, gli Stati membri provvedono a che la società che dimostri di aver ottemperato agli obblighi della presente direttiva”, oltre a proporre l’introduzione dell’art. 22 *bis* relativo ad aspetti fondamentali del giudizio, quali il termine di prescrizione, le spese processuali, la possibilità di azioni congiunte e l’obbligo di *disclosure* da parte della società convenuta.

responsabili in solido le varie imprese che hanno contribuito all'impatto negativo. Ci sembra, a tal proposito, apprezzabile l'emendamento proposto nel progetto di relazione, il quale specifica espressamente che le disposizioni contrattuali richieste non debbano comportare un trasferimento di responsabilità in termini di esercizio del dovere di diligenza, né possano escludere la responsabilità risultante da un mancato adempimento dei relativi obblighi⁵¹.

7. *Profili internazionalprivatistici: giurisdizione e legge applicabile*

A completamento delle osservazioni di ordine generale relative al regime di responsabilità, ed al fine di stimarne l'effettiva portata pratica, occorre infine esaminare il rapporto tra le norme della Proposta e le previsioni di diritto internazionale privato dell'UE in materia di giurisdizione e legge applicabile agli illeciti extracontrattuali⁵².

Invero, come anticipato, uno degli obiettivi dell'atto è quello di garantire l'accesso alla giustizia alle vittime delle citate violazioni e, a tal fine, la Proposta stabilisce che la responsabilità disciplinata dalle disposizioni nazionali di recepimento dell'art. 22 sia di applicazione necessaria nei casi in cui il diritto applicabile in tal senso non sia quello di uno Stato membro (art. 22, par. 5). Nulla, invece, viene stabilito con riferimento all'attribuzione della competenza giurisdizionale e alla legge applicabile: aspetti che, conseguentemente, resteranno disciplinati, rispettivamente, dal c.d. regolamento Bruxelles I

⁵¹ Sul punto si veda A. BONFANTI, *Catene globali del valore, diritti umani e ambiente*, cit., p. 325.

⁵² A tal proposito, occorre evidenziare come né il progetto di relazione, né l'orientamento generale del Consiglio siano intervenuti sulla questione in esame. Cionondimeno, la rilevanza di tale rapporto è confermata dalle analisi che hanno preceduto la proposta, con particolare riferimento a quelle dell'*European Law Institute, Business and Human Rights: Access to Justice and Effective Remedies*, 2022; dell'*European Group for Private International Law, Recommendation of the European Group for Private International Law (GEDIP/EGPIL) to the European Commission concerning the Private international law aspects of the future Instrument of the European Union on [Corporate Due Diligence and Corporate Accountability]*, 8 October 2021, nonché del Parlamento europeo (A. MARX, C. BRIGHT, J. WOUTERS, N. PINEAU, B. LEIN, T. SCHIEBE, J. WAGNER, E. WAUTER), *Access to legal remedies for victims of corporate human rights abuses in third countries*, in *European Parliament Study*, 2019.

*bis*⁵³ e dal c.d. regolamento Roma II⁵⁴, o dalle disposizioni nazionali applicabili.

Con riguardo alle norme relative alla giurisdizione, la disciplina del citato regolamento Bruxelles I *bis* potrebbe risultare sufficiente qualora la società responsabile dell'illecito sia domiciliata in uno Stato membro. In tale ipotesi, invero, opererebbe il criterio generale del domicilio del convenuto, fissato dagli artt. 4 e 63 del regolamento, in virtù del quale – indipendentemente dal luogo in cui si è verificato l'illecito e della nazionalità dell'attore – una società potrà essere citata in giudizio nello Stato membro in cui si trova la sua sede statutaria, la sua amministrazione centrale o il suo centro d'attività principale. In via alternativa, qualora il luogo in cui si è realizzato il danno o la condotta che lo ha cagionato siano in un differente Stato membro rispetto a quello della sede della società, quest'ultima potrà essere convenuta in tale foro, ai sensi dell'art. 7, n. 2, del citato regolamento.

Più complesso, invece, risulterebbe agire nei confronti delle società extraeuropee ricomprese nell'ambito di applicazione della Proposta, per le quali troverebbe applicazione l'art. 6, par. 1, del regolamento Bruxelles I *bis*, che, ai fini dell'attribuzione di competenza, rinvia alla disciplina internazionalprivatistica nazionale applicabile. Circostanza che, com'è chiaro, potrebbe condurre a molteplici e differenti risultati in base all'ordinamento di volta in volta considerato. Al riguardo, al fine di ovviare a tali possibili criticità, è stata

⁵³ Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Sul punto, si vedano, *ex multis*, S. M. CARBONE, C. E. TUO, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Il regolamento UE n. 1215/2012*, Torino, 2016, p. 75 ss.; U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I bis Regulation – Commentary*, Köln, 2016, p. 1 ss.; S. BARIATTI, *I nuovi criteri di competenza per le società estere e la loro incidenza sull'applicazione dei regolamenti europei n. 44/2001 e n. 1215/2012*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, p. 31 ss.

⁵⁴ Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, dell'11 luglio 2007. Al riguardo, si rinvia alle analisi di F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, 2013; C. HONORATI, *Regolamento n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali*, in F. PREITE, A. GAZZANTI PUGLIESE (a cura di), *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale*, Torino, 2011, p. 483 ss.; P. FRANZINA, *Il regolamento n. 864/2007/CE sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2008, p. 971 ss.

prospettato l'inserimento, nell'ambito della Proposta, di un criterio speciale che attribuisca la facoltà di convenire le società non europee nello Stato membro in cui le stesse hanno designato un mandatario, ai sensi dell'art 16 della Proposta⁵⁵.

Con riferimento alla legge applicabile, abbiamo già rilevato come la Proposta preveda che le norme di recepimento dell'art. 22 siano di applicazione necessaria, ovvero sia rientrino, ai sensi dell'art. 16 del regolamento Roma II, tra le disposizioni della *lex fori* che escludono a priori l'applicazione del diritto straniero, in ragione dell'oggetto o dello scopo delle stesse. Dunque, all'instaurarsi di una controversia dinanzi alla giurisdizione di uno Stato membro, le previsioni dell'art. 22, unitamente a quelle in esso richiamate per l'accertamento della responsabilità (artt. 7 e 8), troveranno applicazione nonostante l'eventuale richiamo ad una legge extraeuropea differente, con evidenti ricadute positive rispetto alla tutela delle posizioni soggettive contemplate nella Proposta.

Allo stesso tempo, gli aspetti del regime di responsabilità non regolamentati dalla Proposta verranno disciplinati dalla legge straniera richiamata dalle norme interne. Conseguentemente, la portata della responsabilità, la determinazione dei soggetti che possono essere ritenuti responsabili, i motivi di esonero, l'onere probatorio, nonché le norme di prescrizione e di decadenza, potranno trovare soluzioni differenti a seconda della disciplina di volta in volta applicabile.

Da questo punto di vista, l'utilità del ricorso agli strumenti offerti dal regolamento Roma II è solo marginale. Tale atto, a portata universale in virtù di quanto disposto dall'art. 3 dello stesso, è certamente di ausilio qualora si tratti di illeciti da danno ambientale o di danni arrecati alle persone per effetto di tali illeciti. In dette ipotesi, l'art. 7 del regolamento prevede che il danneggiato possa scegliere tra la *lex loci damni* e la legge del Paese in cui il fatto che ha determinato il danno si è verificato⁵⁶. La soluzione prevista dalla norma

⁵⁵ Cfr. G. CARELLA, *op. cit.*, p. 28. Differente soluzione era stata proposta nella raccomandazione dell'*European Group for Private International Law*, attraverso la previsione di un *forum necessitatis*, quale strumento da utilizzare in via eccezionale e a condizioni molto rigide.

⁵⁶ Sul punto, si vedano, *ex multis*, P. IVALDI, *Unione europea, tutela ambientale e diritto internazionale privato: l'art. 7 del Regolamento Roma II*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, p. 869 ss.; F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Liability for Environmental Torts in Europe: Choice of Forum, Choice of Law and the Case for Pursuing Effective Legal*

consente, a discrezione dell'attore, di richiedere l'applicazione della legge dello Stato di origine della *holding* o della capofila, qualora l'illecito sia stato realizzato, anche in un differente ordinamento, in ragione della violazione degli *standard* a tutela dell'ambiente previsti nell'*home State*. Se considerata rispetto alla responsabilità prevista dalla Proposta, tale soluzione consentirebbe di applicare la legge dell'ordinamento dell'impresa madre o *leader* per l'inosservanza da parte della stessa degli obblighi di *due diligence*.

Diverso è il caso in cui l'illecito riguardi una violazione dei diritti umani. In tale ipotesi, troverà applicazione, ai sensi dell'art. 4, par. 1, del regolamento Roma II, la legge del Paese in cui il danno si è verificato, indipendentemente dallo Stato nel quale è avvenuto il fatto che ha dato origine al danno e dagli ordinamenti in cui si verificano le conseguenze indirette di tale fatto. Tale criterio generale conduce, nella maggior parte delle fattispecie, ad applicare la legge dello Stato in cui ha sede la controllata o l'impresa della filiera che ha cagionato il danno, con una disciplina solitamente più carente in ordine alla tutela offerta alle posizioni giuridiche soggettive dei danneggiati. Per superare tale criticità, sarebbe auspicabile l'introduzione di un nuovo criterio di collegamento che, parallelamente rispetto a quanto avviene per i danni ambientali, consenta al danneggiato di scegliere tra la *lex loci damni* e la *lex loci delicti*, in base alle circostanze più favorevoli dello specifico caso.

8. *Note conclusive*

L'analisi svolta ha consentito di mettere in luce gli aspetti positivi e alcuni elementi perfettibili della Proposta.

Quanto ai primi, riteniamo che la stessa, qualora adottata, rappresenterebbe un passo fondamentale nel percorso di coinvolgimento degli attori privati verso un'economia più sostenibile a livello globale, attraverso la responsabilizzazione delle grandi imprese europee e delle relative catene di valore. Allo stesso modo, l'inclusione di alcune società extraeuropee, mediante criteri di collegamento oggettivi, consentirebbe di estendere gli *standard* di tutela dei diritti umani e dell'ambiente a soggetti che, pur operando nel mercato interno,

appaiono allo stato svincolati rispetto a tali obbligazioni, con ricadute positive anche sulle dinamiche concorrenziali.

Inoltre, l'attribuzione di responsabilità per le violazioni degli obblighi di dovuta diligenza, prospettata per la prima volta sul piano internazionale in termini vincolanti dalla Proposta, costituirebbe un valido strumento di effettiva tutela per le posizioni soggettive lese nell'ambito delle attività di impresa.

D'altra parte, tali risultati sarebbero resi senz'altro più efficaci qualora il testo definitivo accogliesse almeno alcuni degli emendamenti presentati nel progetto di relazione e nell'orientamento generale del Consiglio, con specifico riferimento all'estensione dell'ambito di applicazione *ratione personae* e *materiae*, introducendo, altresì, talune previsioni concernenti i titoli di giurisdizione e la legge applicabile per le ipotesi di violazioni degli obblighi di dovuta diligenza.

Cionondimeno, la Proposta costituisce il primo passo di un percorso per addivenire, seppur lentamente, ad una disciplina europea che attribuisca alla dimensione sociale dell'impresa un ruolo sempre maggiore, assicurando un'adeguata tutela a diritti e interessi ormai divenuti imprescindibili nel nuovo modello di sviluppo economico.

In questa prospettiva, la previsione di disposizioni vincolanti in materia di *due diligence* e l'introduzione della responsabilità civile per le violazioni dei diritti umani e delle norme ambientali risultano efficaci strumenti per garantire, da una parte, una protezione effettiva ai singoli individui e alle comunità coinvolte nelle attività di impresa e, d'altra parte, condizioni di parità di mercato, evitando, così, il verificarsi di impatti negativi sui citati diritti e la produzione di ingiusti vantaggi economici ottenuti attraverso la violazione degli stessi.

PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ E MISURE RESTRITTIVE UE:
LA LOTTA ALL'ELUSIONE NEL CONTESTO
DELLA GUERRA IN UCRAINA

Francesca Finelli*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Principio di effettività nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 3. La lotta all'elusione dopo lo scoppio della guerra in Ucraina. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Le misure restrittive dell'Unione europea sono uno strumento essenziale di Politica estera e di sicurezza comune (PESC) e contribuiscono all'affermazione e promozione dei “valori e interessi” dell'Unione nelle sue relazioni con il resto del mondo¹.

L'effettività di tali misure dipende strettamente dalla loro efficace applicazione e attuazione a livello nazionale. Per questo motivo, gli Stati membri sono chiamati a predisporre sanzioni “*effettive*, proporzionate e dissuasive” applicabili alle violazioni delle disposizioni contenute nei regimi sanzionatori UE². Inoltre, per garantire l'effettività delle restrizioni imposte, i regimi si dotano di una “clausola standard” per contrastare il fenomeno dell'elusione³, che prevede quanto segue: “È vietato partecipare, consapevolmente e deliberatamente, ad attività aventi l'obiettivo o l'effetto di eludere le misure previste dalla presente [decisione o regolamento]”⁴.

* Dottoranda in diritto internazionale e dell'UE presso l'Università di Lussemburgo, in cotutela con l'Università di Pisa.

¹ Art. 3, par. 5, TUE.

² Segretariato generale del Consiglio, *Orientamenti per le sanzioni*, www.data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5664-2018-INIT/it/pdf, punto 89.

³ Per approfondimenti sul tema dell'elusione mi si permetta di rinviare a F. FINELLI, *Countering Circumvention of Restrictive Measures: The EU Response*, in *Common Market Law Review*, 2023, pp. 733-762.

⁴ Ad esempio, art. 12 del regolamento (UE) n. 833/2014 del Consiglio, del 31 luglio 2014, concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina.

Tale clausola, come interpretata dalla Corte di giustizia (CGUE) nella causa *Afrasiabi*⁵, ha una portata molto ampia e proibisce attività “aventi l’obiettivo o il risultato di eludere, direttamente o indirettamente” le misure restrittive adottate dall’Unione. Essa sottolinea l’importanza dell’*obiettivo* delle attività di elusione, ossia gli effetti *potenziali* di tali attività, oltre al *risultato* effettivo dell’elusione, ossia gli *effetti concreti* di tali attività. Ne consegue che il fenomeno dell’elusione comprende non solo le attività che vanificano di fatto gli obiettivi delle restrizioni dell’UE, ma anche le attività che mirano a vanificare tali obiettivi indipendentemente dal risultato finale.

Più recentemente, nel contesto delle sanzioni mirate (sotto forma di misure di congelamento) adottate in seguito all’aggressione militare della Russia contro l’Ucraina, la Commissione europea ha fornito ulteriori chiarimenti nelle cosiddette *FAQs*⁶, specificando che “*se una certa struttura*” viene a crearsi per facilitare l’elusione delle misure restrittive, la mera partecipazione in tale struttura (per esempio la semplice partecipazione nell’offuscamento della titolarità effettiva dei beni di una persona “listata”) può configurarsi come pratica elusiva ed essere classificata come violazione di misure restrittive UE, indipendentemente dagli effetti concreti di tale attività.

La clausola “anti-elusione” (anche conosciuta come *anti-circumvention clause* nella versione inglese, o *clause anti-contournement* nella versione francese) è dunque uno strumento essenziale per garantire l’effettività delle misure restrittive dell’Unione. Non solo da punto di vista giuridico, ma soprattutto per la sua rilevanza pratica, per un corretto funzionamento dei regimi sanzionatori adottati dall’Unione. Ciascun regime si è, infatti, dotato di tale disposizione, sia per quanto riguarda le decisioni sia per i regolamenti adottati dal Consiglio, rispettivamente *ex art. 29 TUE* e *art. 215 TFUE*.

⁵ Sentenza della Corte del 21 dicembre 2011, causa C-72/11, *Afrasiabi e a.*, spec. punti 60-67.

⁶ *Frequently Asked Questions (FAQs)*, disponibili *online*, www.finance.ec.europa.eu/system/files/2023-06/faqs-sanctions-russia-consolidated_en.pdf. Le *FAQs* intendono fornire indicazioni alle autorità nazionali, agli operatori e ai cittadini UE per la corretta attuazione e l’interpretazione del regolamento (UE) n. 833/2014, cit. Tali indicazioni non sono giuridicamente vincolanti (ma rappresentano piuttosto degli strumenti di *soft law*) in quanto, come ricordato dalla stessa Commissione nelle *FAQs*, solamente la Corte di giustizia dell’UE è competente a interpretare il diritto dell’Unione.

2. *Principio di effettività nella giurisprudenza della Corte di giustizia*

È in nome e in ragione del principio di effettività⁷ che la Corte di giustizia si è spesso pronunciata per garantire la corretta applicazione delle misure restrittive UE e il loro effetto utile. Sin dalla sentenza *Kadi*⁸, la Corte ha enfatizzato l'importanza di tale principio e la sua natura "bifronte"⁹: da un lato, l'effettività come garanzia per il funzionamento delle misure restrittive e per la loro applicazione uniforme negli ordinamenti nazionali (effettività come *conditio sine qua non* dell'esistenza e dell'osservanza del diritto, c.d. effettività in senso lato); dall'altro lato, strumento di protezione dei diritti individuali (effettività come tutela giurisdizionale effettiva, c.d. effettività in senso stretto)¹⁰. Particolare attenzione merita il principio della tutela giurisdizionale effettiva in relazione alle misure restrittive dell'UE che spesso costituiscono oggetto di ricorsi di annullamento in quanto non conformi a tale principio¹¹. La dottrina

⁷ Questo scritto non si occupa dell'effettività come principio di natura giurisprudenziale che limita l'autonomia processuale degli Stati membri. Al riguardo si veda A. ADINOLFI, *The "procedural autonomy" of Member States and the constraints stemming from the ECJ's case-law: Is judicial activism still necessary?*, in B. DE WITTE, H. MICKLITS (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States*, Antwerp-Cambridge, 2012, pp. 281-303.

⁸ Sentenza della Corte del 3 settembre 2008, causa C-402/05 P, *Kadi e Al Barakaat*.

⁹ A. M. ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015. Nozione ripresa da G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *federalismi.it*, n. 5, 2018, p. 5. Cfr. N. LAZZERINI, *La tutela giurisdizionale degli individui rispetto agli atti PESC nella prospettiva del Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 1086 ss. Della medesima autrice v. N. LAZZERINI, *La determinazione dello standard di tutela giurisdizionale effettiva tra diritto interno e sovranazionale: l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali come "grimaldello" e come "ponte"*, in *I Post di AISDUE*, n. 3, 26 marzo 2022.

¹⁰ Sul rapporto tra tutela giurisdizionale effettiva e effettività si veda S. POLI, *Diritto al ricorso dei cittadini contro atti o omissioni della pubblica amministrazione relativi alla protezione dell'ambiente alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea*, in C. SCHEPISI (a cura di), *L'impatto del diritto dell'Unione europea sul processo amministrativo*, Napoli, 2013, pp. 123-153, spec. pp. 127-128.

¹¹ Sin dalla sentenza *Kadi*, cit., in particolare punto 335 ss. Sul bilanciamento tra le esigenze imposte dal diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, e in particolare, dal rispetto del diritto al contraddittorio, con quelle derivanti dalla sicurezza dell'Unione o dei suoi Stati membri, o dalla conduzione delle loro relazioni internazionali cfr. S. POLI, *L'uso di "prove riservate" nei ricorsi contro le misure restrittive individuali davanti alla Corte di Giustizia*, in M. CONDINANZI,

ha riservato attenzione alle posizioni giuridico-soggettive degli individui iscritti nelle *blacklists*¹² in un'area, l'area PESC, che è tradizionalmente considerata "inadatta" al controllo giurisdizionale¹³. Sebbene, secondo un'interpretazione letterale dei Trattati, si potrebbe pensare che la CGUE abbia un ruolo molto limitato in questo settore del diritto¹⁴, la Corte non si è dimostrata affatto "debole" ("powerless")¹⁵. Al contrario, la Corte di giustizia non ha mai definito in modo restrittivo la sua competenza giurisdizionale in considerazione dell'impatto che ciò avrebbe avuto sull'effettività delle misure restrittive¹⁶. Come ha dimostrato con la sentenza *Kadi*, la Corte di giustizia ha interpretato in modo ampio la portata del suo sindacato giurisdizionale, alla luce del principio della tutela giurisdizionale effettiva, anche laddove le misure restrittive oggetto di annullamento erano state adottate in attuazione di decisioni di uno dei Comitati delle sanzioni istituiti da risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite¹⁷.

C. AMALFITANO (a cura di), *La Corte di giustizia dell'Unione europea oltre i trattati: la riforma organizzativa e processuale del triennio 2012-2015*, Milano, 2018, pp. 331-354. Sul diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva nelle misure restrittive sullo sviamento di fondi pubblici cfr. anche della stessa autrice, *L'evoluzione del controllo giurisdizionale sugli atti PESC intesi a consolidare la rule of law: il caso delle misure restrittive sullo sviamento di fondi pubblici*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2019, pp. 301-329.

¹² Sul rapporto tra il principio della tutela giurisdizionale effettiva e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE cfr. S. POLI, *Effective Judicial Protection and Its Limits in the Case Law Concerning Individual Restrictive Measures in the European Union*, in M. GATTI, E. NEFRAMI (eds.), *Constitutional Issues of EU External Relations Law*, Oxford, 2018, p. 287 ss.

¹³ Cfr. P. KOUTRAKOS, *Judicial Review in the EU's Common Foreign and Security Policy*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, pp. 1-35; P. J. CARDWELL, *On "Ring-Fencing" the Common Foreign and Security Policy in the Legal Order of the European Union*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2013, pp. 443-463.

¹⁴ Artt. 24 TUE e 275 TFUE.

¹⁵ C. HILLION, *A Powerless Court? The European Court of Justice and the Common Foreign and Security Policy*, in M. CREMONA, A. THIES (eds.), *The European Court of Justice and External Relations Law: Constitutional Challenges*, Oxford, 2014, pp. 47-70.

¹⁶ Per queste considerazioni e per riferimenti alla giurisprudenza si rimanda a S. POLI, *The turning of non-state entities from objects to subjects of EU restrictive measures*, in E. FAHEY, S. BARDUTZKY (eds.), *Framing the subjects and objects of EU law*, Cheltenham, 2017, pp. 158-181, spec. p. 173.

¹⁷ Nella sentenza *Kadi*, cit., la Corte di giustizia non ha accolto il suggerimento dell'AG Bot che raccomandava alla Corte di giustizia "moderazione" nell'esercizio del sindacato

Negli anni, la Corte ha gradualmente eroso il principio di “immunità giurisdizionale” del settore della PESC basandosi proprio sul principio di tutela giurisdizionale effettiva¹⁸. Tale principio, codificato dall'art. 47 della Carta come diritto fondamentale della persona (fisica o giuridica)¹⁹, è stato progressivamente rafforzato dalla giurisprudenza della Corte come “indispensabile” ed “essenziale” nell'Unione “segnatamente fondata sul valore dello Stato di diritto” in particolar modo in *Rosneft*²⁰, per permettere il rinvio pregiudiziale per l'accertamento di validità delle misure restrittive mirate; successivamente in *Bank Refah Kargaran*²¹, per permettere il ricorso per risarcimento danni arrecati da tali misure; e infine in *Venezuela*²², per estendere la legittimazione ad agire a Stati terzi, in quanto “persona giuridica” ex art. 263, par. 4, TFUE.

Occorre ora soffermarsi sul primo aspetto del principio di effettività (c.d.

giurisdizionale con riguardo ad atti collegati alle decisioni del Comitato delle sanzioni. Cfr. S. POLI, *Emergencies, Crises and Threats in the EU: what Role for the European Court of Justice?*, in I. GOVAERE, S. POLI (eds.), *EU management of global Emergencies-Legal Framework for combating Threats and Crises*, Leiden, 2014, pp. 195-217, spec. p. 206.

¹⁸ A. ROSAS, *EU Sanctions, Security Concerns and Judicial Control*, in M. GATTI, E. NEFRAMI (eds.), *op. cit.*, p. 307 ss.

¹⁹ A. ROMITO, *op. cit.*, p. 10. Sul rapporto tra il principio della tutela giurisdizionale effettiva e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE v. S. POLI, *Effective Judicial Protection*, cit.

²⁰ Sentenza della Corte del 28 marzo 2017, causa C-72/15, *Rosneft*, punti 71-78. Cfr. P. VAN ELSUWEGE, *Securing a Coherent System of Judicial Protection in Relation to Restrictive Measures: Rosneft*, in R. A. WESSEL, G. BUTLER (eds.), *EU External Relations Law The Cases in Context*, Oxford, 2022, p. 881 ss.

²¹ Sentenza della Corte del 6 ottobre 2020, causa C-134/19 P, *Bank Refah Kargaran c. Consiglio*, punti 34-44. Cfr. anche R. A. WESSEL, G. BUTLER, *Jurisdiction of the Court for Non-Contractual Liability and Actions for Damages Claims within the CFSP: Bank Refah Kargaran*, in R. A. WESSEL, G. BUTLER (eds.), *op. cit.*, p. 991 ss.; M. E. BARTOLONI, “Restrictive Measures” Under Art. 215 TFEU: Towards a Unitary Legal Regime? Brief Reflections on the Bank Refah Judgment, in *European Papers*, n. 3, 2021. Sulla portata della sentenza *Bank Refah Kargaran c. Consiglio* in relazione alla PESC v. S. POLI, *The Right to Effective Judicial Protection with Respect to Acts Imposing Restrictive Measures and Its Transformative Force for the Common Foreign and Security Policy*, in *Common Market Law Review*, 2022, pp. 1045-1080.

²² Sentenza della Corte del 22 giugno 2021, causa C-872/19 P, *Venezuela c. Consiglio*, punto 50. Cfr. F. FINELLI, *The Right of Third States to Challenge EU Restrictive Measures before the Court: Venezuela v Council*, in R. A. WESSEL, G. BUTLER (eds.), *op. cit.*, p. 1001 ss.; S. POLI, *The Right to Effective Judicial Protection*, cit.

effettività in senso lato), meno studiato dalla dottrina in materia di misure restrittive, per comprendere il ruolo della giurisprudenza della Corte nella lotta all'elusione. In questo ambito, l'obiettivo della CGUE è di assicurare il corretto funzionamento delle misure restrittive, attraverso un'interpretazione uniforme e un'attuazione effettiva in tutti gli ordinamenti giuridici nazionali. In altre parole, l'obiettivo è di assicurare che le misure restrittive possano *effettivamente*, realmente, concretamente, conseguire gli obiettivi PESC, come indicati nei Trattati (c.d. *law in action*). Con "effettività" si intende dunque il fatto che "il diritto conta [*law matters*]"²³ e ha effetti concreti sui soggetti a cui esso si indirizza.

In particolar modo, la CGUE si è spesso pronunciata per assicurare il corretto funzionamento delle misure restrittive *mirate*, nella forma di *asset freeze*. In numerose occasioni, i giudici di Lussemburgo hanno interpretato la portata degli obblighi derivanti da tali misure mirate²⁴. Ad esempio, nel caso *Afrasiabi* sopra citato²⁵, la Corte sottolinea "la necessità di assicurare *l'effetto utile*" del regime sanzionatorio per perseguire l'obiettivo della lotta contro la proliferazione nucleare in Iran; tale necessità impone un'interpretazione ampia dei divieti previsti dal diritto UE²⁶. Successivamente, la Corte ribadisce che *l'effetto utile* del regime sanzionatorio iraniano "sarebbe compromesso se un'entità non designata potesse liberamente realizzare operazioni attraverso l'intermediazione di un'entità non designata per saldare debiti o effettuare pagamenti per conto di un'entità designata"²⁷. Inoltre, la Corte ha più volte dichiarato che, poiché le misure di *asset freeze* comportano "un rischio non trascurabile"

²³ "Effectiveness is taken to mean the fact that law matters: it has effects on political, economic and social life outside the law [...]. It includes but is not limited to implementation enforcement, impact and compliance". Cfr. F. SNYDER, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *The Modern Law Review*, n. 1, 1993, p. 19.

²⁴ Occorre inoltre ricordare la giurisprudenza della CGUE riguardo l'effetto utile delle sanzioni mirate nei confronti di individui considerati responsabili di sviamento di fondi pubblici, cfr. sentenza del Tribunale del 27 febbraio 2014, causa T-256/11, *Ezz e a.*, punti 66 e 67; del 14 aprile 2016, causa T-200/14, *Ben Ali c. Consiglio*, punto 128.

²⁵ Sentenza della Corte del 21 dicembre 2011, causa C-72/11, *Afrasiabi e a.* Cfr. anche S. BLOCKMANS, *Curbing the Circumvention of Sanctions against Iran over Its Nuclear Programme: Afrasiabi*, in *Common Market Law Review*, 2013, pp. 623-639.

²⁶ Sentenza *Afrasiabi e a.*, cit., punto 54.

²⁷ Sentenza della Corte del 5 marzo 2015, causa C-585/13, *Europäisch-Iranische Handelsbank c. Consiglio*, punto 79.

di elusione da parte dei soggetti sanzionati (che, per esempio, possono esercitare pressioni sulle entità possedute o controllate al fine di eludere gli effetti delle sanzioni imposte dal Consiglio), l'ampia portata del congelamento di fondi e risorse economiche risulta sempre "necessari[a] e appropriat[a] al fine di garantire l'efficacia delle misure adottate ed assicurare che tali misure non vengano eluse"²⁸. Analogamente, l'Avvocato generale Pitruzzella invoca "tanto l'obiettivo perseguito" dal regime sanzionatorio "quanto la necessità di assicurare l'effetto utile" delle sue disposizioni per militare in favore di un'interpretazione estensiva delle nozioni di "congelamento di fondi" e di "congelamento di risorse economiche". Al contrario, un'interpretazione restrittiva di tali nozioni comprometterebbe "l'efficacia delle misure restrittive di congelamento, nonché il loro *effetto utile*"²⁹.

Più recentemente, in *RT France*³⁰, prima sentenza del Tribunale *post* aggressione russa 2022, i giudici di Lussemburgo hanno interpretato il principio di effettività e ulteriormente chiarito la sua portata e importanza nell'area PESC. Sebbene la ricorrente³¹ richiedesse l'annullamento delle misure adottate dal Consiglio e invocasse la violazione, *inter alia*, dei diritti della difesa³², il Tribunale ha avuto modo di sottolineare che, tenuto conto delle circostanze specifiche della guerra (alle porte dell'Unione), caratterizzate dalla necessità di intervenire con estrema urgenza, l'*attuazione immediata* di una misura restrittiva sia essenziale al fine di garantirne l'efficacia degli obiettivi perseguiti "e, in particolare, per evitare che la stessa sia privata di portata ed *effetto utile*"³³. Pertanto, garantire la piena effettività delle misure adottate dal Consiglio risponde all'esigenza di attuare forme di reazione rapida ed efficace in area PESC, nel caso di specie all'aggressione militare

²⁸ Sentenza della Corte del 31 gennaio 2019, causa C-225/17, *Islamic Republic*, punto 110.

²⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale Pitruzzella, del 17 giugno 2021, causa C-340/20, *Bank Sepah*, punto 51.

³⁰ Sentenza del Tribunale del 27 luglio 2022, causa T-125/22, *RT France c. Consiglio*.

³¹ Soggetta a un divieto (temporaneo) di radiodiffusione, in quanto organo di informazione posto sotto lo stabile controllo diretto o indiretto della leadership della Federazione russa, e per aver condotto iniziative di propaganda volte, in particolare, a giustificare e a sostenere l'aggressione militare dell'Ucraina da parte della Federazione russa.

³² Sentenza *RT France c. Consiglio*, cit., punto 45.

³³ Sentenza *RT France c. Consiglio*, cit., punto 84. Cfr. anche S. POLI, *Prime riflessioni sulla sentenza del Tribunale "RT France" sulle misure restrittive contro le attività di disinformazione russe*, in *I Post di AISDUE*, n. 8, 5 settembre 2022.

russa in Ucraina³⁴. Gli imperativi di urgenza ed efficacia delle misure restrittive adottate giustificano dunque le restrizioni dei diritti della ricorrente “nella misura in cui dette misure soddisfacevano effettivamente obiettivi di interesse generale riconosciuti dall’Unione, quali [...] la salvaguardia dell’ordine pubblico e della sicurezza dell’Unione”³⁵.

3. *La lotta all’elusione dopo lo scoppio della guerra in Ucraina*

Come illustrato in precedenza, il contrasto all’elusione non rappresenta una sfida nuova per l’Unione e gli Stati membri, i quali hanno da sempre cooperato per garantire non sono l’effettività delle misure restrittive come strumento PESC, ma anche l’effettività dell’azione esterna *tout court*³⁶. Tuttavia, la lotta all’elusione ha assunto una nuova importanza nel contesto della guerra in Ucraina. In questo eccezionale contesto geopolitico, la risposta al fenomeno dell’elusione si dimostra sicuramente senza precedenti³⁷.

Dal 24 febbraio 2022³⁸, l’aggressione russa ha aperto una nuova era per le sanzioni UE. Negli ultimi mesi, abbiamo assistito all’adozione di 10 pacchetti sanzionatori³⁹; all’introduzione di un nuovo *whistle-blower tool*⁴⁰; alla

³⁴ Sentenza *RT France c. Consiglio*, cit., punto 87.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Secondo il principio di leale collaborazione, ex artt. 4 (3) e 24 (3) TUE. Cfr. anche F. FINELLI, *The Uncertain Contours of Member States’ Obligation to Ensure That EU Restrictive Measures Are Not Circumvented*, in G. ADINOLFI, A. LANG, C. RAGNI (eds.), *Sanctions By And Against International Organizations*, in corso di pubblicazione.

³⁷ S. POLI, F. FINELLI, *Context specific and structural changes in EU restrictive measures adopted in reaction to Russia’s aggression on Ukraine*, in corso di pubblicazione su *rivista.eurojus.it* (2023).

³⁸ Più precisamente, il “primo pacchetto” di sanzioni UE è stato adottato il 23 febbraio 2022 in risposta al riconoscimento, da parte della Russia, delle zone non controllate dal governo delle regioni ucraine di Donetsk e Luhansk e all’invio di truppe nella regione.

³⁹ L’undicesimo pacchetto è stato adottato il 23 giugno 2023, cfr. www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2023/06/23/russia-s-war-of-aggression-against-ukraine-eu-adopts-11th-package-of-economic-and-individual-sanctions/. Per una “timeline” dettagliata cfr. www.inance.ec.europa.eu/eu-and-world/sanctions-restrictive-measures/sanctions-adopted-following-russias-military-aggression-against-ukraine_en. Tuttavia, l’undicesimo pacchetto non sarà oggetto della presente analisi.

⁴⁰ Sito ufficiale: www.eusanctions.integrityline.com.

creazione di una *task force* per garantire un maggiore coordinamento nell'attuazione delle misure restrittive nei confronti di Russia e Bielorussia (la *Freeze and Seize Task Force*)⁴¹; all'introduzione di nuovi obblighi informativi in capo a persone fisiche e giuridiche soggette alla giurisdizione dell'UE⁴², nonché a nuovi obblighi in capo a persone e entità "listate" nelle misure restrittive (come oligarchi russi e società da loro controllate)⁴³; all'adozione di un nuovo criterio di inserimento nella "lista" per gli "agevolatori" delle attività di elusione⁴⁴; alla nascita di un nuovo "Euro-crimine" ai sensi dell'art. 83 (1) del TFUE⁴⁵, e alla successiva proposta di direttiva che mira a ravvicinare la definizione dei reati e delle sanzioni per la violazione delle misure restrittive dell'Unione, compresa l'elusione.

Indubbiamente le misure anti-elusione adottate dall'Unione nel contesto della guerra in Ucraina sono caratterizzate da elementi distintivi che non si ritrovano in altri regimi sanzionatori. In questo contesto, la proposta della Commissione del 25 maggio 2022 rappresenta la riforma più significativa e senza precedenti⁴⁶; la Commissione propone infatti, per la prima volta, di aggiungere la violazione delle misure restrittive dell'Unione (inclusa l'elusione) all'elenco degli "Euro-crimini" ex art. 83, par. 1, TFUE, con l'obiettivo di armonizzare le sanzioni penali nei 27 Stati membri, e di rafforzare le norme in materia di confisca e gestione di beni nel quadro del procedimento penale.

Come sottolineato dalla stessa Commissione, il problema principale nella lotta all'elusione è dovuto al fatto che in molti Stati membri è stata accordata una priorità inadeguata alle attività di indagine e di *enforcement*⁴⁷. In assenza

⁴¹ Comunicato stampa, del 17 marzo 2022, 'Enforcing sanctions against listed Russian and Belarussian oligarchs: Commission's "Freeze and Seize" Task Force steps up work with international partners', www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_1828.

⁴² Cfr. art. 8 regolamento (UE) n. 269/2014 come successivamente emendato dal regolamento (UE) 2022/1273 del Consiglio, del 21 luglio 2022, e regolamento (UE) 2023/426 del Consiglio, del 25 febbraio 2023.

⁴³ Cfr. art. 9 regolamento (UE) n. 269/2014, cit.

⁴⁴ Art. 1 (1) decisione (PESC) 2022/1907 del Consiglio, del 6 ottobre 2022.

⁴⁵ Decisione (UE) 2022/2332 del Consiglio, del 28 novembre 2022, relativa al riconoscimento della violazione delle misure restrittive dell'Unione come una sfera di criminalità che risponde ai criteri di cui all'articolo 83, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

⁴⁶ Comunicato stampa, www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_22_3264.

⁴⁷ COM (2022) 247final.

di armonizzazione a livello dell'Unione, i sistemi nazionali variano in modo significativo sia per quanto riguarda la qualificazione del fenomeno e sia per l'identificazione delle pene applicabili⁴⁸. Questa frammentazione nel perseguimento dell'elusione a livello nazionale è diventata particolarmente problematica nel contesto della guerra scaturita nel febbraio 2022.

Per contrastare tale inadeguatezza nell'attuazione delle misure restrittive UE a livello nazionale⁴⁹, che indebolisce non solo l'effettività di tali misure come strumento PESC ma anche la capacità dell'Unione di "parlare con una sola voce"⁵⁰, la Commissione ha proposto i seguenti interventi⁵¹: in primo luogo, una proposta di decisione⁵² per riconoscere la violazione delle misure restrittive come una (nuova) sfera di criminalità che risponde ai criteri di cui all'articolo 83, par. 1, comma 3, TFUE⁵³; in secondo luogo, una proposta di direttiva relativa al ravvicinamento delle definizioni dei reati e delle sanzioni per la violazione delle misure restrittive⁵⁴; in terzo luogo, un'ulteriore proposta di direttiva riguardante il recupero e la confisca dei beni di origine criminosa⁵⁵.

Per quanto riguarda la prima "tappa", il 28 novembre 2022, il Consiglio ha adottato all'unanimità, in seguito all'approvazione del Parlamento⁵⁶, la decisione (UE) 2022/2332, aggiungendo la violazione delle misure restrittive all'elenco dei

⁴⁸ Per una panoramica delle normative cfr. report pubblicato dalla Rete sul genocidio, "Prosecution of sanctions (restrictive measures) violations in national jurisdictions: a comparative analysis" (Azioni penali per violazioni di sanzioni (misure restrittive) nelle giurisdizioni nazionali: analisi comparativa), 2021.

⁴⁹ Gli Stati membri dispongono di definizioni e sanzioni molto diverse per la violazione delle misure restrittive dell'Unione nel quadro del loro diritto penale e/o amministrativo. Ciò significa che la medesima violazione potrebbe essere oggetto di sanzioni diverse. Indebolisce inoltre l'applicazione delle misure restrittive dell'Unione e compromette la credibilità degli obiettivi dell'UE.

⁵⁰ COM (2022) 247final, cit.

⁵¹ Presentati il 25 maggio 2022.

⁵² COM (2022) 247final, cit.

⁵³ Una sfera di criminalità particolarmente grave che presenta una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni.

⁵⁴ COM (2022) 249final e allegato.

⁵⁵ COM (2022) 245final, riguardante il recupero e la confisca dei beni.

⁵⁶ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo, del 7 luglio 2022 (10287/1/2022 – C9-0219/2022 – 2022/0176(NLE)).

“reati dell’UE” (cosiddetti *Euro-crimes*). In poco più di sei mesi, le istituzioni europee hanno proceduto speditamente verso la criminalizzazione delle violazioni delle misure restrittive. E per la prima volta, la procedura di cui all’articolo 83, par. 1, TFUE si è conclusa con successo, così da consentire ora all’Unione di armonizzare i sistemi nazionali, secondo la procedura co-legislativa ordinaria.

Per quanto riguarda le prossime “tappe”, le due direttive proposte dalla Commissione sono attualmente in discussione al Parlamento europeo e al Consiglio, con l’obiettivo di ravvicinare la definizione dei reati e delle sanzioni per la violazione delle misure restrittive⁵⁷, nonché di stabilire norme minime sul recupero e la confisca di beni di origine criminale (inclusa la violazione delle misure restrittive)⁵⁸. Tale armonizzazione avrà un impatto *permanente* sulla pratica sanzionatoria dell’Unione e sulla lotta all’elusione a livello nazionale, dunque non limitatamente alla risposta alla guerra in Ucraina.

La proposta di direttiva della Commissione⁵⁹ identifica la condotta elusiva secondo i seguenti criteri:

- i) con l’occultamento, mediante trasferimento a terzi, di fondi o di risorse economiche che dovrebbero essere oggetto di congelamento conformemente a una misura restrittiva dell’Unione;
- ii) con l’occultamento del fatto che una persona o entità oggetto di misure restrittive sia il titolare effettivo o il beneficiario finale di fondi o di risorse economiche, fornendo informazioni false o incomplete;
- iii) con il mancato rispetto, da parte di una persona o entità designata, dell’obbligo di segnalare nella giurisdizione di uno Stato membro fondi o risorse economiche ad essi appartenenti o da essi posseduti, detenuti o controllati;
- iv) con il mancato rispetto dell’obbligo di fornire senza indebito ritardo alle autorità amministrative competenti informazioni su fondi o su risorse economiche congelati, o non correttamente congelati;

⁵⁷ *General approach* del Consiglio, www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_10366_2023_INIT.

⁵⁸ *General approach* del Consiglio, www.data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9314-2023-INIT/en/pdf.

⁵⁹ COM (2022) 684final, del 2 dicembre 2022, relativa alla definizione dei reati e delle sanzioni per la violazione delle misure restrittive dell’Unione successiva alla decisione (UE) 2022/2332, cit.

- v) con l'omessa cooperazione con le autorità amministrative competenti in qualsiasi verifica delle informazioni precedenti⁶⁰;

La condotta elusiva sembra ampiamente qualificata nella proposta di direttiva. Tuttavia, occorre interrogarsi su alcuni aspetti. Da un lato, la Commissione sembra *presumere* che il ricorso al diritto penale sia la soluzione più efficace per contrastare il fenomeno dell'elusione delle sanzioni UE. Dall'altro lato, la Commissione non considera l'esistenza di eventuali rischi di una riforma "strutturale" con significativi impatti sia sul settore PESC, sia sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione (fondato sul titolo V del TUE). Secondo la Commissione, vi è una "necessità urgente di far sì che le persone fisiche e giuridiche responsabili della violazione delle misure restrittive dell'Unione siano chiamate a rendere conto delle loro azioni"⁶¹. L'eccezionale urgenza rende l'intervento dell'Unione necessario (o presunto tale) senza che venga effettuata un'attenta valutazione di impatto.

"Data l'eccezionale urgenza *non* è stato possibile effettuare una valutazione d'impatto e l'obbligo pertinente è stato revocato. La proposta di aggiungere la violazione delle misure restrittive alle sfere di criminalità di cui all'articolo 83, paragrafo 1, TFUE *non* ha di per sé alcun impatto sui governi nazionali, sulle autorità locali o regionali né sui cittadini e sugli operatori economici"⁶².

La Commissione vuole perseguire una riforma veloce (tramite una procedura *fast-track*), tuttavia, il ricorso al diritto penale avrà significative ripercussioni sui soggetti sopra elencati, in particolar modo negli ordinamenti nazionali che finora non si erano dotati di una forte risposta penale al fenomeno dell'elusione⁶³. L'intervento dell'Unione, in particolare l'adozione delle due direttive attualmente in fase di negoziazione⁶⁴, comporterà nuovi sviluppi in campo penale. Le autorità nazionali competenti dovranno confrontarsi con

⁶⁰ Cfr. art. 3, par. 2, COM (2022) 684final, cit.

⁶¹ COM (2022) 684final, cit.

⁶² COM (2022) 247final, cit.

⁶³ Per ES e SK, la violazione di misure restrittive costituisce (solamente) illecito amministrativo, mentre per 13 Stati membri (BE, BG, CZ, DE, EE, IE, EL, IT, LT, AT, PL, RO, SI) la violazione di misure restrittive costituisce reato penale o illecito amministrativo, secondo la logica del doppio binario. Cfr. report pubblicato dalla Rete sul genocidio, cit., p. 22.

⁶⁴ COM (2022) 684final, cit., e COM(2022) 245 final, cit.

procedure (più) onerose per quanto concerne l'identificazione e l'*enforcement* delle violazioni di sanzioni UE e delle pratiche elusive. Le indagini di natura penale saranno caratterizzate da significative garanzie procedurali e tutele per i diritti dell'indagato/imputato, tra cui la presunzione di innocenza e il diritto alla difesa, il diritto al silenzio e il diritto di non autoincriminarsi⁶⁵. Inoltre, per quanto riguarda l'onere probatorio, l'attuale proposta di direttiva prevede che l'elusione possa costituirsi come reato solo se "commessa intenzionalmente" (e non "se commessa per grave negligenza")⁶⁶. Di conseguenza, il perseguimento penale dell'elusione potrebbe risultare meno efficace di quanto sperato.

Il ravvicinamento delle definizioni di diritto penale e dei tipi di sanzioni applicabili al fenomeno dell'elusione risulta particolarmente poco convincente nell'ottica di rafforzare l'effettività delle misure restrittive. Al contrario, la forte spinta della Commissione verso l'armonizzazione in materia penale sembra essere strumentalizzata per mandare un forte segnale di disapprovazione e per generare un effetto deterrente senza precedenti. L'armonizzazione penale risulta inoltre strumentale per integrare la proposta di direttiva riguardante il recupero e la confisca dei beni⁶⁷. I proventi derivanti dalla violazione delle misure restrittive dell'Unione, come ad esempio i proventi derivanti da attività elusive, dovrebbero divenire in futuro oggetto di confisca. Coloro che fanno affari con persone o imprese designate e ne traggono profitto, eludendo le misure restrittive, vedranno confiscati i loro "proventi", esattamente come succede per i trafficanti di esseri umani o i cartelli della droga. In questo scenario, i fondi e le risorse economiche soggetti a misure restrittive mirate, vale a dire soggetti al congelamento preventivo, natura tradizionalmente amministrativa (e temporanea), dovrebbero divenire, una volta ultimata l'armonizzazione, soggetti a misure di confisca di natura penale (e dunque permanente).

Per la prima volta, la Commissione europea sta valutando nuove strategie per rafforzare l'effettività delle misure restrittive, considerando strumenti che

⁶⁵ Art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e 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.

⁶⁶ Art. 3 COM (2022) 684final, cit. Secondo l'autrice, l'onere probatorio dell'elemento soggettivo (ossia dimostrare l'intenzionalità delle condotte elusive) risulta la sfida più significativa per contrastare l'elusione delle misure restrittive UE nell'ambito del procedimento penale.

⁶⁷ COM (2022) 245final, cit.

vanno ben oltre il mero congelamento preventivo (c.d. *asset freeze*). Data l'entità dei danni causati dalla guerra, l'Unione si trova di fronte a una nuova sfida, ossia sostenere finanziariamente la ricostruzione dell'Ucraina, e valutare quali strumenti utilizzare a sostegno dello stato aggredito, tenendo in considerazione l'enorme quantità di beni russi congelati/bloccati negli Stati membri⁶⁸. In principio, sembra facile pensare che la Federazione russa debba pagare per i danni causati, tuttavia, non esiste una chiara risposta alle seguenti questioni, ossia *quali beni* (russi) possono essere utilizzati e *in quale misura*, in conformità con il diritto comunitario e internazionale⁶⁹.

Il Consiglio europeo si è dimostrato favorevole a esplorare le opzioni volte a utilizzare i beni russi congelati e immobilizzati a sostegno della ricostruzione dell'Ucraina, e ha invitato la Commissione a presentare proposte⁷⁰. In questo contesto, la Commissione sta attualmente esaminando le alternative percorribili per attuare il principio secondo cui "l'aggressore deve pagare" ("*the aggressor shall pay for the damage done*")⁷¹.

L'azione della Commissione sembra focalizzarsi su un nuovo bisogno, ossia "la Russia e i suoi oligarchi devono risarcire l'Ucraina per i danni e la distruzione causati"⁷². Per quanto riguarda il risarcimento da parte della Federazione russa, la strategia più praticabile sembra utilizzare i beni *pubblici* immobilizzati (appartenenti a imprese statali russe, alla Banca centrale Russa e a

⁶⁸ 21,5 miliardi di EUR (valore dei beni congelati nell'UE) e 300 miliardi di EUR (valore delle attività della Banca centrale russa bloccate nei paesi dell'UE e del G7), vedi www.consilium.europa.eu/it/policies/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/sanctions-against-russia-explained/.

⁶⁹ Cfr. M. T. KAMMINGA, *Confiscating Russia's Frozen Central Bank Assets: A Permissible Third-Party Countermeasure?*, in *Netherlands International Law Review*, 2023, pp. 1-17.

⁷⁰ Cfr. conclusioni del Consiglio europeo, del 30 e 31 maggio 2022, punto 13; conclusioni del Consiglio europeo, del 20 e 21 ottobre 2022, punto 11.

⁷¹ Dichiarazione della presidente von der Leyen, del 15 febbraio 2023, relativa al decimo pacchetto di sanzioni contro la Russia, www.eeas.europa.eu/delegations/ukraine/statement-president-von-der-leyen-10th-package-sanctions-against-russia_en?s=232.

⁷² Cfr. comunicato stampa della Commissione, del 30 novembre 2022, *Russia and its oligarchs must compensate Ukraine for the damage and destruction that is being caused*, www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7311#:~:text=Pay-ing%20for%20the%20damage%20done&text=Cfr. anche J. KOKOTT, EU Sanctions against Russia and the Rule of Law, in Zeitschrift für europarechtliche Studien, 2023.

entità a loro affiliate) per possibili ritorni di investimento⁷³. Per quanto riguarda i singoli individui sanzionati (principalmente oligarchi e entità a loro affiliate), il congelamento dei loro beni non è sufficiente per legittimarne la confisca. Le sanzioni mirate, sotto forma di *asset freeze*, sebbene comportino una inevitabile restrizione del diritto di proprietà, non sono destinate a provocare una privazione permanente dello stesso. Tali misure sono di natura temporanea e non punitiva⁷⁴, e non possono essere considerate come primo passo verso la confisca. Tuttavia, le recenti proposte di direttive⁷⁵ sembrano fornire un'alternativa. Più precisamente, il ravvicinamento delle norme penali e delle sanzioni applicabili all'elusione delle misure restrittive, potrà fornire una nuova strada alla Commissione per l'utilizzo di "proventi" di reato, ossia per l'utilizzo di beni (russi) non correttamente congelati nel territorio dell'Unione – attraverso la confisca.

4. Conclusioni

La guerra in Ucraina ha messo l'Unione europea davanti a nuove sfide, non solo di natura politica ed economica ma anche di carattere squisitamente giuridico. Il rapporto, nonché bilanciamento, tra effettività, legittimità e proporzionalità delle misure restrittive e del loro *enforcement* rappresenta una di queste sfide, in particolare nella risposta al fenomeno dell'elusione. In questo contributo, si è cercato di affrontare la seguente questione: fino a che punto il principio di effettività può giustificare gli strumenti impiegati dall'Unione per rafforzare le sue misure restrittive come essenziale strumento PESC? Il bilanciamento tra *fine* perseguito e *mezzi* impiegati non è sicuramente un esercizio facile, soprattutto in un'area di estrema sensibilità politica come nel caso di specie e in un momento storico che vede una guerra ai confini dell'Unione. In questo contesto, l'urgenza di rispondere tempestivamente ed efficacemente

⁷³ Vedi www.politico.eu/article/eu-looks-at-investing-vladimir-putin-russia-state-assets-to-raise-cash-for-ukraine/. L'uso di beni pubblici russi solleva importanti criticità in relazione al diritto internazionale, in particolare riguardo l'immunità dello Stato estero. Cfr. I. WUERTH, *Immunity from Execution of Central Bank Assets*, in T. RUYS, N. ANGELET, L. FERRO (eds.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge, 2019.

⁷⁴ Cfr. sentenza *Kadi*, cit., punto 358.

⁷⁵ COM (2022) 684final, cit., e COM (2022) 245final, cit.

all'aggressore russo, ha portato l'Unione ad adottare nuovi strumenti, forse enfatizzando il *fine* perseguito piuttosto che la liceità del *mezzo* impiegato. Ad oggi, la legittimità di questi nuovi strumenti risulta ancora molto controversa.

Nella pratica sanzionatoria dell'Unione, possiamo osservare che il Consiglio ha spesso risposto al fenomeno dell'elusione con la progressiva estensione della portata delle sanzioni mirate⁷⁶, espandendo i criteri di designazione e conseguentemente la "lista" di individui ed entità soggetti a restrizioni. Il Consiglio mira, in questo modo, a incrementare la pressione sui *target* dei suoi regimi sanzionatori. Per quanto riguarda la legittimità di tale prassi nei confronti di soggetti russi, numerosi sono i ricorsi pendenti davanti alla CGUE, la quale avrà modo di chiarire fino a che punto le sanzioni mirate dell'UE possono spingersi nella ricerca dell'effettività nella lotta contro l'elusione.

Riflettendo sulla relazione tra (*la natura dei*) *fini* perseguiti e (*l'effettività dei*) *mezzi* adottati, l'AG Mengozzi può aiutarci a fare chiarezza:

"[...] credo che non tutto possa essere sacrificato sull'altare dell'efficacia delle misure restrittive. Con questo intendo dire che ciò che costituisce appunto il valore aggiunto dell'Unione europea, ciò che la distingue dai regimi autoritari contro i quali essa lotta, è l'attuazione e la difesa di un'unione di diritto. Sarebbe più facile, e certamente più efficace, attuare un regime sanzionatorio nei confronti dell'intera [nazione 'target', nel caso in esame l'intera Federazione Russa]. Ma, procedendo attraverso sanzioni mirate, l'Unione ha scelto un regime sanzionatorio forse meno efficace, ma indiscutibilmente più equo. Certamente la politica sanzionatoria, per ottenere gli effetti sperati, deve essere quanto più efficace possibile. Ma si deve rinunciare ad un'efficacia assoluta e la fallibilità delle misure restrittive testimonia proprio il fatto che, nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, sono i diritti individuali a trionfare"⁷⁷.

Secondo l'AG Mengozzi, l'effettività delle sanzioni mirate, nonché della lotta all'elusione, non può essere assoluta, poiché non può spingersi a tal punto da sacrificare i valori fondamentali dell'Unione europea, tra cui lo stato di diritto e i diritti fondamentali.

⁷⁶ Si pensi, come esempio eclatante, al regime sanzionatorio siriano *post* 2015. Cfr. decisione (PESC) 2015/1836 del Consiglio, del 12 ottobre 2015. Nel contesto russo, cfr. decisione (PESC) 2023/1094, del 5 giugno 2023.

⁷⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi, del 29 novembre 2011, causa C-376/10 P, *Tay Za c. Consiglio*, punto 44.

Il controllo di legittimità delle misure restrittive mirate da parte dei giudici di Lussemburgo è sicuramente un pilastro fondante dell'ordinamento UE. “È motivo di onore per la nostra Unione che tali misure non siano frutto di arbitrarietà”⁷⁸.

L'8 marzo 2023, nella causa *Prigozhina*⁷⁹, il Tribunale ha messo un chiaro limite all'uso delle sanzioni mirate nei confronti di soggetti russi *non* direttamente associati al regime⁸⁰. Il Tribunale ha infatti accolto l'annullamento della sig.ra Prigozhina, sostenendo che il solo legame di parentela tra la ricorrente e il figlio, (benché quest'ultimo rappresenti un prominente oligarca russo, responsabile di azioni che hanno compromesso l'integrità territoriale, la sovranità e l'indipendenza dell'Ucraina tramite la direzione del Gruppo Wagner) non è sufficiente a giustificare la sua designazione nel regime sanzionatorio russo. *Prigozhina* è il primo di numerosi ricorsi proposti da soggetti russi a seguito dell'invasione in Ucraina⁸¹. Esso sembra confermare che la natura dei fini perseguiti in area PESC non può giustificare in modo assoluto l'effettività dei mezzi adottati dal Consiglio; le designazioni individuali restano soggette al controllo della legittimità della CGUE. In altre parole, il Consiglio non può invocare l'eccezionale contesto geopolitico per perseguire l'effettività assoluta delle sue designazioni adottate nel regime sanzionatorio russo⁸².

Infine, per quanto concerne la risposta all'elusione a livello nazionale, è auspicabile che la proposta di armonizzazione *ex art.* 83, par. 1, TFUE rafforzerà l'effettiva attuazione delle misure restrittive da parte dei 27 Stati membri – sebbene siano state evidenziate alcune problematiche nell'utilizzo del diritto penale (e del procedimento penale) per identificare e contrastare pratiche elusive.

⁷⁸ Corte di giustizia dell'UE, Relazione annuale 2022, p. 36.

⁷⁹ Sentenza del Tribunale dell'8 marzo 2023, causa T-212/22, *Prigozhina c. Consiglio*.

⁸⁰ Cfr. anche ordinanza del presidente del Tribunale del 1° marzo 2023, causa T-743/22 R, *Nikita Mazepin*.

⁸¹ Vi sono più di 50 ricorsi attualmente pendenti davanti al Tribunale.

⁸² È importante sottolineare che, successivamente alla sentenza *Prigozhina*, cit., il Consiglio ha adottato la decisione (PESC) 2023/1094, cit., che permette la designazione di “familiari stretti” di imprenditori di spicco russi. In questo modo, il Consiglio sembra rispondere alla sentenza *Prigozhina* espandendo la sua discrezionalità politica in area PESC (non soggetta al controllo giurisdizionale della CGUE).

L'EFFETTIVITÀ DEGLI STRUMENTI
DI PRIVATE ENFORCEMENT DELLE NORME SUGLI AIUTI
DI STATO TRA AUTONOMIA PROCEDURALE
E NUOVE FRONTIERE DI COOPERAZIONE
TRA GLI ATTORI COINVOLTI

Raffaele Palermo*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il *private enforcement* della disciplina sugli aiuti di Stato. – 2.1. *Segue*: il riparto di competenze quale cardine del sistema. – 3. Il perimetro dei poteri del giudice nazionale alla luce del riparto: alcuni profili problematici. – 3.1. *Segue*: gli aiuti illegali ma compatibili. – 3.2. *Segue*: illegalità e regolamenti di esenzione. – 3.3. *Segue*: la vincolatività della decisione di apertura del procedimento di indagine formale. – 4. Possibili correttivi per mezzo di strumenti normativi e di *soft law*. – 5. Conclusione.

1. *Introduzione*

Nell'ambito della strategia di modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato¹, che si pone l'obiettivo di contribuire all'interno del mercato unico alla transizione verso un sistema economico intelligente, sostenibile ed integrato, si asserisce, da un lato, la necessità di garantire, da parte degli Stati membri, un'allocazione efficiente delle risorse statali che minimizzi l'eventuale effetto distorsivo sulla concorrenza, dall'altro si evidenzia l'esigenza di condurre un controllo sugli aiuti più mirato e capillare nonché incentrato su quelle misure che presentano un maggiore impatto sul mercato interno. Questi obiettivi sono stati gradualmente implementati tramite numerosi strumenti normativi e di *soft law*, i quali, ruotando attorno al *more defined economic*

* Dottorando di ricerca in diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Padova e la *Julius-Maximilian Universität Würzburg*.

¹ COM (2012) 209final, dell'8 maggio 2012, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni - Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE.

*approach*² hanno inteso rendere più coerenti ed uniformi i criteri che concorrono alla valutazione di una misura statale da parte della Commissione in tal modo rendendo più certa anche l'azione degli Stati membri nell'esecuzione e nel controllo degli aiuti stessi, sui quali grava, indirettamente, una maggiore responsabilità in tale ambito. Giova infatti distinguere da un lato gli atti, quali i regolamenti di esenzione *GBER*³ e *de minimis*⁴, in cui la misura statale, in quanto rispondente ai requisiti e alle soglie ivi fissate preliminarmente in astratto, è da considerarsi in concreto compatibile con il mercato interno *ex art. 107 TFUE* e dunque esente da notifica ai sensi dell'*art. 108 TFUE*. Dall'altro spiccano, sempre più numerosi, strumenti propriamente di *soft law* quali linee guida, comunicazioni settoriali e quadri temporanei che vincolano la sola Commissione nell'ambito dell'esame di compatibilità, alla quale gli aiuti adottati nei settori di pertinenza debbono comunque essere notificati ai fini di un vaglio positivo in vista della loro esecuzione da parte della autorità nazionale erogante. Si delinea pertanto un quadro in cui, fermo restando il monopolio esclusivo attribuito alla Commissione dal *TFUE* agli *artt. 107 e 108*, come riconosciuto da quest'ultima nella summenzionata "Modernizzazione degli aiuti di Stato"⁵, diviene imprescindibile una collaborazione ed uno scambio costanti tra Commissione stessa e Stati membri⁶ al fine di creare un sistema di controllo,

² Per esigenze di brevità è possibile riassumere questo approccio come mirante a perseguire, all'esito della valutazione di un aiuto, una ponderazione tra gli effetti positivi e quelli negativi della misura in esame. Esso è stato per la prima volta consacrato nel "Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato — Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009 — COM (2005) 107". Per un'analisi più approfondita *ex multis* A. BARTOSCH, *EU-Beihilfenrecht*, Munich, 2020, p. 7 ss.

³ Regolamento (UE) 651/14 della Commissione, del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato.

⁴ Regolamento (UE) 1407/13 della Commissione, del 18 dicembre 2013, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti "*de minimis*".

⁵ COM (2012) 209final, cit., "Qualora la Commissione decida di aumentare l'entità e la portata di misure di aiuto esentate dall'obbligo di notifica, aumenterebbero le responsabilità degli Stati membri nel garantire la corretta applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato".

⁶ A titolo di esempio si citi il protocollo sottoscritto il 3 giugno 2016 tra la Commissione europea e il Dipartimento per le Politiche Europee presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, noto come "*Common understanding on strengthening the institutional setup for State aid*".

limitatamente a questi ultimi *ex ante*, capillare ed efficace ad ogni livello e promuovere quegli aiuti che mirino a sanare i fallimenti del mercato.

2. *Il private enforcement della disciplina sugli aiuti di Stato*

Alla luce del sempre crescente numero di categorie di aiuti esentati dall'obbligo di notifica⁷ e dunque sottoposti ad un controllo *ex ante* da parte delle autorità eroganti per la verifica della rispondenza ai criteri formulati in astratto nella normativa di specie, si rende necessaria una corretta applicazione della stessa, su cui sono primariamente chiamati a vigilare i giudici nazionali. Dinanzi ad essi, infatti, i privati possono proporre un ricorso lamentando la violazione dell'obbligo di *standstill* di cui all'art. 108, par. 3 TFUE, disposizione a cui la Corte ha sin dall'inizio riconosciuto effetto diretto⁸. Si tratta invero di una norma incondizionata, sufficientemente chiara e precisa.

Il profilo dell'effetto diretto riconosciuto all'ultimo capoverso dell'art. 108, par. 3, TFUE, risulta rilevante innanzitutto nella ricostruzione dei rapporti insistenti tra i soggetti coinvolti nell'ambito di un procedimento di *private enforcement*, circostanza che consente di chiarire successivamente alcune questioni in materia. Dalla struttura e dalle rubriche del capo I dedicato alla disciplina della concorrenza all'interno del TFUE si ricava la suddivisione tra regole di concorrenza applicabili alle imprese e quelle applicabili invece agli Stati membri. Il quadro normativo sugli aiuti di Stato ha notoriamente quali destinatari esclusivi questi ultimi, i quali sono tenuti a notificare gli aiuti nuovi

control in Italy" che fa propri tali principi e si propone di irradiarli all'interno dell'amministrazione centrale.

⁷ Da ultimo la revisione di alcune disposizioni del regolamento *GBER* per esigenze di armonizzazione in particolare con le Linee Guida in materia di aiuti di Stato in favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022 (2022/C 80/01) e con il *Green Deal Industrial Plan*; www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_1523.

⁸ Sentenza della Corte del 15 luglio 1964, causa C-6/64, *Costa Enel*, che ha dapprima riconosciuto la sola efficacia diretta dell'obbligo di *standstill* a seguito dell'avvenuta notifica della misura; successivamente la sentenza della Corte dell'11 dicembre 1973, causa C-120/73, *Lorenz*, punto 8, ne ha esteso temporalmente il perimetro, andando a riconoscere effetto diretto anche all'obbligo di *standstill* in assenza di previa notifica. Per un'esegesi sulle condizioni dell'efficacia diretta si veda S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002.

e a non eseguirli fintantoché non sia intervenuta una decisione positiva della Commissione. Laddove tali norme dovessero essere disattese, proprio in virtù dell'efficacia diretta della norma, ai concorrenti viene riconosciuta la possibilità di far valere tale violazione e questo all'interno di un giudizio che avrà quale convenuto lo Stato membro. Ora, non si può tacere la circostanza che le risultanze del processo che dovessero accertare la sussistenza della violazione provocherebbero effetti deleteri non tanto nei confronti dello Stato, quanto piuttosto a danno della posizione giuridica soggettiva del beneficiario, il quale, tuttavia, non è parte del giudizio. Si vuole qui in sostanza sottolineare una particolare triangolazione che si viene a creare nell'ambito di tale disciplina, in cui ad un diritto azionabile in capo al concorrente e fatto valere nei confronti dell'autorità statale erogante non corrisponde uno speculare obbligo giuridico in capo al beneficiario⁹. Questo, tuttavia, viene in essere, seppur su un diverso

⁹ Sentenza della Corte dell'11 luglio 1996, causa C-39/94, *SFEI*, punti 73-74: "In primo luogo, l'obbligo di notifica e il divieto di attuazione immediata dei progetti di aiuto previsti dall'art. 93, n. 3, hanno come destinatario lo Stato membro. In secondo luogo, è sempre quest'ultimo cui è diretta la decisione con la quale la Commissione dichiara un aiuto incompatibile e invita a sopprimerlo entro un dato termine. Stando così le cose, il diritto comunitario non offre una base giuridica sufficiente per far sorgere la responsabilità del beneficiario che non ha verificato se l'aiuto ricevuto sia stato debitamente notificato alla Commissione". Sul punto anche C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, p. 169, secondo cui "Non si potrebbe esigere dal beneficiario dell'aiuto di auto-disapplicare la normativa interna adottata in violazione del Trattato", rinunciando di fatto alla concessione dell'aiuto in virtù della sua illegalità. A proposito dell'assenza di responsabilità del beneficiario, senza volersi addentrare sulla dibattuta questione relativa all'obbligo di diligenza che dovrebbe guidare l'*accipiens* e al connesso problema della tutela del legittimo affidamento, si ricordi la celebre sentenza della Corte del 20 marzo 1997, causa C-24/95, *Alcan*, in cui si afferma (punto 25) che "sebbene non contrasti con l'ordinamento giuridico comunitario una legislazione nazionale che garantisce la tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto in materia di ripetizione, si deve tuttavia rilevare che, tenuto conto del carattere imperativo della vigilanza sugli aiuti statali operata dalla Commissione ai sensi dell'art. 93 del Trattato, le imprese beneficiarie di un aiuto possono fare legittimo affidamento, in linea di principio, sulla regolarità dell'aiuto solamente qualora quest'ultimo sia stato concesso nel rispetto della procedura prevista dal menzionato articolo. Un operatore economico diligente, infatti, deve normalmente essere in grado di accertarsi che tale procedura sia stata rispettata". Si trattava, nel caso di specie, di stabilire se il beneficiario raggiunto dall'ordine di recupero potesse invocare l'illegittimità della revoca dell'atto di concessione dell'aiuto in ossequio alla decisione di recupero e ciò sulla base del legittimo affidamento riposto nella legalità dell'atto stesso, indicato quale uno dei limiti alla revoca degli atti amministrativi dal §48 *Abs. 2 VwVerfG*. Le Corti tedesche si sono conformate a tale

piano, solo nel momento in cui egli, sulla base di una decisione negativa della Commissione o anche, in una fase precedente, in ossequio ad una decisione del giudice nazionale che accerta l'illegalità dell'aiuto *ex art.* 108, par. 3, TFUE, deve confrontarsi con l'atto esecutivo di recupero dell'aiuto illegittimamente percepito, dovendone restituire l'importo, salva la facoltà di impugnare l'atto stesso dinanzi al giudice nazionale¹⁰.

Ritornando brevemente alle caratteristiche dell'efficacia diretta, limitatamente alla sufficiente chiarezza e precisione, l'unico dubbio che potrebbe sorgere è se effettivamente, nel caso concreto, si tratti di un aiuto ai sensi dell'art. 107 TFUE e non invece di una fattispecie diversa, imponendo la norma agli Stati membri di effettuare la notifica dei soli aiuti nuovi; oppure ancora, se, trattandosi di una misura statale cui non era stato riconosciuto il carattere dell'aiuto, la stessa, a seguito di mutamenti nella prassi applicativa o nella legislazione di origine, non presenti invece i caratteri di un aiuto ai sensi dell'art. 107 TFUE. L'incertezza sulla natura di aiuto di una misura statale coinvolge necessariamente anche il giudice nazionale¹¹, chiamato a trarre tutte le conseguenze da una violazione dell'obbligo di notifica, nonché, eventualmente, anche il concorrente non beneficiario, nei confronti del quale, laddove

giurisprudenza, anche sulla base dell'assunto che *einem sorgfältigen Gewerbetreibenden soll es danach regelmäßig möglich sein, sich über die Einhaltung des Verfahrens Gewissheit zu verschaffen. Dies gelte insbesondere deshalb, nachdem die Kommission in einer Mitteilung [...] potenzielle Empfänger von staatlichen Beihilfen darüber unterrichtet habe, dass sie bei missbräuchlich gewährten Beihilfen damit rechnen müssten, diese gegebenenfalls zurückzuzahlen. Dem Betroffenen werden deshalb umfangreiche Erkundigungspflichten auferlegt, wonach sich der Empfänger einer Beihilfe im Fall der unterbliebenen Notifikation nicht auf die Endgültigkeit der Beihilfegewährung verlassen kann [...] in Rückforderung von gemeinschaftswidrig gewährten Beihilfen – LG Rostock, sentenza del 23 luglio 2002 – 4 O 468/01, VIZ 2002, 632.*

¹⁰ Nel nostro ordinamento le controversie sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. *z-sexies* c.p.a.

¹¹ Seppur con riferimento alla fattispecie del risarcimento del danno subito, da parte del concorrente, per l'erogazione prematura ed illegale dell'aiuto, senza che sia necessariamente intervenuta una decisione negativa della Commissione, si veda anche F. BESTAGNO, *L'azione risarcitoria come strumento di private enforcement della disciplina di diritto UE sugli aiuti di Stato*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2013, p. 623 ss., spec. p. 637: “[...] il termine “aiuto” costituisce una nozione giuridica che richiede un’opera interpretativa non banale, e che ben si può prestare a valutazioni del tutto discordanti nei singoli casi. È noto il contenzioso che circonda la ricostruzione della nozione di “aiuto di Stato”, e la possibilità o meno di ricondurre a tale categoria determinati provvedimenti statali”.

non dovesse essere riconosciuta dal giudice la natura di aiuto, verrebbe meno anche la *causa petendi* alla base del ricorso, non venendo dunque riconosciuta la lesione della situazione giuridica soggettiva dovuta, asseritamente, alla prematura concessione dell'aiuto. Tuttavia, con riguardo a simili fattispecie, la Commissione e la Corte di giustizia hanno costantemente affermato che, anche in caso di minimo dubbio, le autorità eroganti debbono notificare l'aiuto alla Commissione; i giudici invece, da parte loro, debbono comunque dare applicazione al divieto di cui all'art. 108, par. 3 TFUE, per non svuotare di ogni efficacia il sistema di controllo sugli aiuti di Stato.

2.1. Segue: *il riparto di competenze quale cardine del sistema*

Ciò considerato, laddove ad una misura che soddisfa i requisiti di cui all'art. 107 TFUE sia stata data esecuzione, nonostante non rientri tra quelle che godono dell'esenzione di cui ai regolamenti *GBER* e *de minimis* o comunque all'infuori di queste fattispecie, "spetta al giudice nazionale trarne tutte le conseguenze, conformemente al suo diritto nazionale, sia per quanto riguarda la validità degli atti che comportano l'attuazione delle misure di aiuto, sia per quanto attiene al recupero degli aiuti finanziari concessi in violazione di tale norma"¹². Il giudice nazionale, per ristabilire lo *status quo ante* rispetto ad un aiuto illegale, può dunque ordinare, laddove sussistano le condizioni anche già in via cautelare, la sospensione dell'erogazione dell'aiuto oppure il recupero dello stesso e il versamento in un conto bloccato nel caso di una misura di carattere economico-finanziario. Ne risulta allora una precisa suddivisione di competenze tra la Commissione e le Corti nazionali: mentre la prima gode di un monopolio esclusivo rispetto alla classificazione di una misura come aiuto di Stato e alla sua valutazione di compatibilità con il mercato interno, salvo il controllo della Corte, le seconde "non fanno altro che salvaguardare i diritti delle parti di fronte ad un'eventuale inosservanza da parte delle autorità statali del divieto sancito"¹³ dall'art. 108, par. 3, TFUE. Si tratta di due aspetti caratterizzati da una notevole complementarità¹⁴, tanto più che la Commissione

¹² *Ex multis* sentenza *SFEI*, cit., punto 40; sentenza della Corte del 21 ottobre 2003, causa C-261/01, *Van Calster*, punto 64.

¹³ *Ex multis* sentenza della Corte del 21 novembre 1991, causa C-354/90, *FNCE*, punto 14; sentenza della Corte del 12 febbraio 2008, causa C-199/06, *CELF*, punto 38.

¹⁴ Sul punto anche C. SCHEPISI, *Public e private enforcement nel settore antitrust e degli*

non dispone di alcun potere coercitivo¹⁵ che le consenta di rimediare alle conseguenze deleterie di un'esecuzione anticipata dell'aiuto e quindi di ripristinare la funzionalità del mercato in attesa della sua decisione.

Se siffatta complementarietà risulta *prima facie* astrattamente ben definita, in quanto incardinata anche in una giurisprudenza costante, l'autonomia di cui godono i giudici nazionali nell'interpretazione di una determinata fattispecie e nell'applicazione delle norme di diritto interno nel caso concreto può produrre talvolta delle situazioni, cui tale suddivisione non risulta attagliarsi, *rectius*, in cui essa non sembra pienamente tener conto delle differenze inerenti al ruolo riservato al giudice nazionale nell'alveo stesso del *private enforcement* rispetto all'azione della Commissione disciplinata nei Trattati. In sostanza, salvaguardare i diritti delle parti di fronte ad una presunta violazione dell'art. 108, par. 3, TFUE importa che il giudice nazionale si avvalga di tutti gli strumenti predisposti a tal fine dall'ordinamento, in modo da addivenire ad un risultato che tuteli sia il funzionamento del mercato interno sia la situazione giuridica soggettiva e del concorrente e del beneficiario dell'aiuto. Rispetto a

aiuti di Stato: convergenze, divergenze e circolarità di principi nel dialogo tra i giudici e la Corte di giustizia, in *rivista.eurojus.it*, n. 2, 2021, p. 134 ss., in cui si sottolinea uno sbilanciamento, in relazione al ruolo dei giudici nazionali, in favore del *public enforcement*. Si aggiunga che lo scopo che si prefigge quest'ultimo, data la sua affermata priorità, finisce in alcuni casi per svuotare di significato gli strumenti stessi di *private enforcement* a disposizione dei privati e conseguentemente anche il ruolo del giudice nazionale nella coerente applicazione del diritto dell'Unione con i mezzi forniti dall'ordinamento interno.

¹⁵ Il regolamento (UE) 2015/1589 del Consiglio, del 13 luglio 2015, recante "modalità di applicazione dell'articolo 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea" prevede all'articolo 13 la facoltà per la Commissione di ordinare misure provvisorie nelle more dell'esame della misura, tuttavia da un lato l'esercizio di tale potere dipende anch'esso da un intervento del giudice nazionale, dall'altro esso risulta più circoscritto, quantomeno rispetto all'ingiunzione di recupero *ex par. 2*, essendo sottoposto a condizioni più stringenti rispetto a quelle annoverate dalla comunicazione del 2021 (par. 4.2.3.3) per il giudice nazionale. Quest'ultimo deve agire ogni qual volta riscontri l'illegalità dell'aiuto, pur non dovendo nutrire "alcun dubbio sull'esistenza di un aiuto di Stato" (più sopra ci si è già soffermati sulla sussistenza di eventuali dubbi in merito), ciononostante sembra non esservi alcuno spazio per considerazioni relative al *periculum in mora*, apparendo già così sufficiente la mera illegalità e, conseguentemente, anche se circoscritta, distorsione concorrenziale, della misura statale e quindi il rischio di un protrarsi della lesione, con il rischio, insito in un procedimento per la concessione di misure provvisorie, di uno sbilanciamento nella parità di condizioni garantita alle parti del processo.

tale delicato bilanciamento, su cui si innestano alcune questioni particolarmente rilevanti di seguito trattate, giova sottolineare che il sistema di *enforcement* della disciplina degli aiuti di Stato, sia esso pubblico o privato, non ha sperimentato un'armonizzazione delle norme di procedura come avvenuto invece nel settore *antitrust*¹⁶. Sicuramente il regolamento (UE) 1589/2015, non limitandosi ad una mera rifusione di quanto espresso dalla giurisprudenza in materia, ha consentito di creare un quadro uniforme per l'applicazione dell'art. 108 TFUE, cristallizzando, soprattutto tramite alcuni strumenti di *soft law* anche la prassi della Commissione e fornendo ausilio interpretativo agli operatori del diritto degli Stati membri. Tuttavia, non intendendo incidere sulle legislazioni nazionali in materia plasmandole in maniera uniforme, soprattutto con riferimento al *public enforcement* e dunque alla procedura di recupero di un aiuto illegale ed incompatibile, ha confermato la sussistenza del principio di autonomia procedurale, lasciando così un ampio margine di manovra agli Stati membri nel prevedere gli strumenti più idonei per dare effettiva applicazione alla disciplina sugli aiuti. Un siffatto assetto, pur soggiacendo a dei contemperamenti¹⁷ ed al principio di leale cooperazione di cui all'art. 4,

¹⁶ Limitatamente ai profili di *public enforcement* vedasi in particolare il regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente "l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato", per mezzo del quale si attua una decentralizzazione nell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE in favore delle autorità garanti della concorrenza e dei giudici nazionali. I. TACCANI, *The Scope of EU and National Competition Law: The Effect on Interstate Trade Criterion in Practice*, in B. CORTESE (ed.), *EU Competition Law – Between Public and Private Enforcement*, Alphen aan den Rijn, 2014, p. 47: "Decentralization of the application of EU competition law and the convergence rules provided for in Article 3 of Regulation 1/2003 [...] in particular, by imposing on national competition authorities and national courts the obligations of parallel and coherent application of EU and national competition rules, [...] have in fact codified a supremacy standard that has forced national competition rules to conform to EU competition law when the two sets of rules are to be applied together". Tale sviluppo verso un'integrazione sempre più stretta è stato ulteriormente definito, sotto il profilo del *private enforcement*, con la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 104/2014, del 26 novembre 2014, relativa a "determinate norme che regolano le azioni di risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea" mediante la quale si rende effettivo, tramite il ravvicinamento delle legislazioni nazionali, il diritto al risarcimento del danno in caso di violazione degli artt. 101 e 102 TFUE, prevedendo anche disposizioni nel campo della disposizione delle prove e degli effetti delle decisioni delle autorità garanti della concorrenza.

¹⁷ "[...] le disposizioni nazionali "non devono essere meno favorevoli di quelle che

par. 3, TUE¹⁸, soprattutto in una fase iniziale, quale quella interessata dal *private enforcement*, in cui il giudice nazionale, spesso in assenza di una decisione, anche solo provvisoria, della Commissione, si trova a valutare una fattispecie concreta, dovendo innanzitutto individuare gli eventuali elementi di aiuto *ex art. 107 TFUE* e verificare l'addotta violazione dell'art. 108, par. 3, TFUE, nonché bilanciare l'interesse delle parti avendo altresì riguardo a salvaguardare l'*effet utile* della norma in esame, potrebbe talvolta pregiudicare il raggiungimento degli obiettivi che le norme del Trattato si pongono, sollevando dunque alcune antinomie tra l'ordinamento sovranazionale e quello dello Stato membro in cui la causa è incardinata¹⁹.

disciplinano situazioni simili di natura interna (principio di equivalenza) né essere strutturate in modo da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività)", sentenza della Corte dell'11 novembre 2015, causa C-505/14, *Klausner Holz*, punto 40 e giurisprudenza ivi citata.

¹⁸ "L'obbligo di assistenza reciproca derivante dall'articolo 4, paragrafo 3, del TUE, si applica anche ai giudici nazionali. [...] I giudici nazionali devono quindi adottare tutte le misure necessarie per garantire l'adempimento degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea e astenersi dall'adottare decisioni che possano compromettere il raggiungimento degli obiettivi del TUE e del TFUE", comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali - (2021/C 305/01), punto 18.

¹⁹ Sul punto, rimarcando anche le peculiarità dell'assetto di interessi in gioco in un procedimento di *private enforcement* in cui sono sì parti il concorrente del beneficiario e lo Stato membro, ma risentendo il beneficiario stesso anche della pronuncia del giudice, anche C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale*, cit., p. 291: "[...] a seconda dell'ottica in cui ci si pone – la tutela del concorrente, ovvero la difesa degli interessi del beneficiario – il rapporto tra l'effettività del diritto dell'Unione e l'applicazione delle norme procedurali o processuali dell'ordinamento interno può giungere a soluzioni del tutto eterogenee tra loro, cosicché non può essere individuato per la materia degli aiuti di Stato un modello unico di riferimento". Seppur con riferimento al *public enforcement*, la cui evoluzione non può comunque non influire anche sulle sorti del *private enforcement* si veda anche M. MEROLA, *Rimedi per la violazione delle norme sugli aiuti di Stato: misure repressive o di ripristino*, Torino, 2018, p. 49: "[Il limite dell'autonomia procedurale] è stato vigorosamente ribadito soprattutto dalla dottrina tedesca, la quale ha sostenuto che dall'art. [16 par. 3, reg. (UE) 1589/2015] non può farsi discendere un obbligo per lo Stato di sconfessare principi generali del proprio ordinamento giuridico, ma semmai di adottare norme *ad hoc* che concilino tali principi con i requisiti imposti dal legislatore dell'Unione. Si tratta, certo, di una sfumatura, ma non irrilevante: oltre a preservare la coerenza dell'ordinamento giuridico nazionale, l'accoglimento della tesi della dottrina tedesca qui evocata potrebbe far emergere differenze anche profonde tra le soluzioni predisposte dai vari legislatori nazionali e renderebbe di nuovo attuale la questione dell'eventuale armonizzazione delle

3. *Il perimetro dei poteri del giudice nazionale alla luce del riparto: alcuni profili problematici*

Si è dunque testé visto che il giudice nazionale, dinanzi al quale viene fatta valere la violazione dell'obbligo di *standstill*, deve trarne tutte le conseguenze concernenti e la validità degli atti con cui l'aiuto è stato eseguito e il recupero delle eventuali somme già versate. Questo implica innanzitutto che i giudici nazionali sono chiamati ad interpretare la nozione di aiuto²⁰, riscontrando innanzitutto se nella misura sottoposta al loro esame debbano rinvenirsi cumulativamente i cinque elementi sussunti all'art. 107 TFUE²¹. Allo stesso tempo, come già più sopra accennato, il giudice non può pronunciarsi sulla compatibilità dell'aiuto, il cui esame spetta in via esclusiva alla Commissione²², ma deve

pertinenti normative". Senza voler ulteriormente indugiare su problematiche che concernono il *public enforcement*, tant'è che nel caso di specie si faceva riferimento alla decisione di esecuzione a livello nazionale di un ordine di recupero, si intende comunque ancora una volta sottolineare come simili argomenti risultino ancora più incisivi ed attuali nell'ambito del *private enforcement*, laddove al giudice nazionale, anche in forza del principio di autonomia procedurale, si attribuisce il potere di agire per salvaguardare l'efficacia pratica della violazione dell'*obbligo di standstill*, al tempo stesso, tuttavia, lo si intende limitare nell'esercizio dei suoi stessi poteri riconosciutigli dall'ordinamento interno, *rectius* intendendo proiettare questi ultimi quasi esclusivamente verso il perseguimento degli obiettivi che la norma dell'Unione intende perseguire, ovvero l'eliminazione della prematura erogazione dell'aiuto e dei suoi effetti distorsivi, con il rischio che ulteriori esigenze di tutela altrettanto rilevanti a livello ordinamentale passino in secondo piano.

²⁰ A tal fine soccorre la comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (2016/C 262/01).

²¹ Sentenza della Corte del 5 ottobre 2006, causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung*, punto 39: "Per poter determinare se una misura statale sia stata instaurata violando l'art. 88, n. 3, CE, un giudice nazionale può essere indotto a interpretare la nozione di aiuto di cui all'art. 87, n. 1, CE. Gli spetta pertanto di verificare, in particolare, se la misura controversa costituisca un vantaggio e se risulti selettiva, cioè se favorisca talune imprese o taluni produttori ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE".

²² Al punto 116 della già menzionata comunicazione sul *private enforcement* (2021/C 305/01) si ribadisce l'esistenza di un monopolio esclusivo in capo alla Commissione riguardante l'esame di compatibilità e quindi di una netta, seppur complementare, ripartizione delle competenze, affermando altresì che i giudici non hanno neppure la facoltà, nell'ambito di un procedimento e sulla base degli strumenti di cooperazione ex art. 29 regolamento (UE) 1589/2015 di "chiedere alla Commissione di pronunciare un parere circa la compatibilità di una

semplicemente “[...] salvaguardare gli interessi dei singoli [...] anche prendere in piena considerazione l’interesse comunitario”²³: ciò importa che il giudice debba adottare tutte quelle misure, anche provvisorie, per tutelare le parti interessate dalla distorsione della concorrenza a causa dell’aiuto illegale, in quanto una sua inerzia in tal senso o l’adozione di provvedimenti inidonei determinerebbe uno svuotamento dell’efficacia della disposizione di cui all’art. 108, par. 3, ultimo periodo, TFUE.

3.1. Segue: *gli aiuti illegali ma compatibili*

Il fatto che la tutela dei singoli, attinti da un aiuto illegalmente erogato, si erga a obiettivo primario del *private enforcement*, e in un’ottica privatistica di tutela del privato e in un’ottica pubblicistica di salvaguardia del buon funzionamento del mercato interno, è testimoniato da quelle fattispecie in cui l’aiuto illegale è dichiarato compatibile con il mercato interno. In questo caso “la decisione finale della Commissione non può avere l’effetto di sanare a posteriori gli atti di esecuzione invalidi per il fatto di essere stati adottati violando il divieto sancito in tale articolo. Qualsiasi altra interpretazione condurrebbe a favorire l’inosservanza, da parte dello Stato membro interessato, dell’art. 88, n.

determinata misura di aiuto con il mercato interno”. Si tratta dunque di una competenza esclusiva considerata non solo in un’ottica sostanziale, quale mero esame della fattispecie in concreto sulla base di valutazioni tecniche complesse, ma anche in un’ottica procedurale, *rectius* facendo leva sulla discrezionalità della Commissione nell’avviare la procedura stessa. Seppur con una genesi differente, risulta conferente a quanto testé illustrato anche la sentenza del Tribunale del 10 novembre 2021, causa T-678/20, *Solar Electric*, punto 28, in cui si afferma che “una siffatta facoltà riconosciuta al beneficiario di un aiuto illegalmente versato di adire la Commissione al fine di far dichiarare la compatibilità di tale aiuto con il mercato interno rimetterebbe in discussione il carattere fondamentale e imperativo dell’obbligo di notifica delle misure di aiuto e del divieto della loro attuazione in forza dell’articolo 108, paragrafo 3, TFUE [...] nonché della sanzione di principio associata alla violazione da parte dello Stato membro segnatamente di tale obbligo di previa notifica, ossia il rimborso di quest’ultimo”. In sostanza, pur trattandosi di fattispecie diverse, si rimarca in entrambe ancora una volta il carattere portante dell’obbligo di notifica all’interno della disciplina sugli aiuti, il quale, pur servente rispetto all’esame di compatibilità, risulta ciononostante imprescindibile per garantire da parte della Commissione un’indagine completa, diligente ed imparziale in funzione del buon funzionamento del mercato interno, pena un indebolimento dell’intero sistema di controllo sugli aiuti.

²³ Sentenza *Transalpine Ölleitung*, cit., punto 48.

3, ultima frase, CE e svuoterebbe quest'ultimo della sua efficacia pratica"²⁴. Di conseguenza, il giudice dovrà comunque adottare quelle opportune misure che rimedino ad una violazione della norma, ancorché per un periodo circoscritto, ovvero sino alla decisione positiva della Commissione, quali per esempio, il pagamento degli interessi in capo al beneficiario che abbia goduto anticipatamente rispetto agli altri concorrenti di una condizione più favorevole all'interno del mercato. Ciò non impedisce al giudice di procedere comunque alla ripetizione dell'aiuto complessivo, laddove per esempio lo *status quo ante* sia stato irrimediabilmente compromesso con la perdita di quote di mercato o l'uscita da questo a danno di uno o più concorrenti²⁵. La celebre sentenza che ha innovato sul punto, adottando la ripetizione dei soli interessi per il periodo

²⁴ Sentenza *CELF*, cit., punto 40.

²⁵ Come accennato, vi possono essere delle situazioni, in cui si richiede il ripristino integrale dello *status quo ante*, prima di addivenire ad una nuova concessione dell'aiuto, in modo da ristabilire pari condizioni di partenza tra i concorrenti: pensiamo all'affidamento di un'attività rientrate nei SIEG o in generale al settore delle gare ad evidenza pubblica dove è fondamentale il funzionamento concorrenziale del mercato. Rispetto a siffatte fattispecie risulta interessante la vicenda relativa alla vendita di superfici agricole pubbliche appartenenti alla DDR (in regime di c.d. proprietà popolare, *volkseigener Betrieb*) a seguito della riunificazione da parte di una agenzia statale a ciò dedicata (*Treubandanstalt*). Si trattava di terreni alienati a nuove imprese in parte a prezzi inferiori a quelli di mercato, cosicché, a seguito di notifica la Commissione ha dichiarato incompatibile una parte del regime. La questione del recupero dell'aiuto ha fatto insorgere numerose controversie interne, sulle quali è intervenuto il legislatore tedesco con una modifica alla legge di riferimento che disponeva un aumento del prezzo d'acquisto *ex tunc*, poi confermato anche in sede processuale dal Tribunale costituzionale federale e di Corte suprema (*BGH*), con argomentazioni che riprendono anche la questione della violazione dell'obbligo di *standstill* e delle sanzioni adeguate a ripristinare lo *status quo ante*, dato che una decisione positiva della Commissione non può in nessun caso sanare l'illegalità dell'aiuto. Sul punto una nota alla sentenza del *BGH*, V ZR 314/02 del 24 aprile 2003, di M. PECHSTEIN, *BGH: Rückwirkende Kaufpreiserhöhung als Beihilfenrückforderung in neuen Bundesländern verfassungsgemäß*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2003, p. 447: *Auszugeben ist somit grundsätzlich von einem Wiederholungsverbot hinsichtlich der von Art. 88 Absatz III 3 EG erfassten nationalen Maßnahmen. Geboten wäre hiernach als Konsequenz vielmehr die Neuausschreibung der entsprechenden Grundstücksflächen, die Vornahme einer neuen Auswahlentscheidung bezüglich des Vertragspartners und die Neuverhandlung der Verträge. Die Verbotswirkung des Art. 88 Absatz III 3 EG geht somit dank des Heilungsverbots in zeitlicher Hinsicht sogar über den Erlass einer abschließenden Kommissionsentscheidung hinaus, so dass von einer zulässigen Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts auf Grund der Beendigung der Verbotswirkung des Art. 88 Absatz III 3 EG keine Rede sein kann.*

dell'illegalità dell'aiuto quale bilanciamento tra le esigenze di rimediare alle conseguenze dell'illegalità dell'aiuto e la necessità di mantenere comunque intatto il vantaggio a favore dell'*accipiens*, in quanto compatibile, non ha seguito le preoccupazioni espresse nelle conclusioni dall' AG Mazàk, il quale auspicava sanzioni più proporzionate alla grave violazione, qual è quella del divieto di cui all'art. 108, par. 3, TFUE. Essa, infatti, non può essere ricondotta al livello di una mera irregolarità procedurale rimediabile a posteriori con una decisione positiva della Commissione in quanto lo stesso ruolo riconosciutele nell'ordinamento quale guardiana dei Trattati e, nel nostro caso, della disciplina sugli aiuti, sarebbe in parte compromesso²⁶.

3.2. Segue: *illegalità e regolamenti di esenzione*

Venendo ad una diversa fattispecie è necessario precisare che una siffatta ripartizione di competenze rimane ferma anche nei casi in cui l'aiuto, di cui si contesta l'illegalità e indirettamente l'incompatibilità, sia stato concesso dall'autorità erogante nell'ambito di uno dei regimi di esenzione, le cui categorie, come noto, godono di una presunzione di compatibilità riconosciuta dalla Commissione, in astratto, sulla base del soddisfacimento di determinati requisiti. Ebbene, in questo caso, la Commissione, limitandosi ad esercitare la

²⁶ Conclusioni dell'AG Mazàk, del 24 maggio 2007, causa C-199/06, *CELF*, punto 32, in cui, sapientemente, intravede i rischi per la indebolita deterrenza dell'intero assetto della disciplina, con effetti sui privati, vero motore del *private enforcement*: "Inoltre, non ritengo che la possibilità per i concorrenti di richiedere un indennizzo per i danni causati da tale pagamento prematuro costituirebbe una sanzione efficace. È assai discutibile se in tali circostanze contendenti privati sarebbero motivati ad avviare procedimenti dinanzi ai giudici nazionali qualora l'attuale sanzione di recupero dell'aiuto illegale dovesse essere sostituita, ad esempio, da un semplice obbligo di pagare gli interessi per il prematuro pagamento dell'aiuto oppure da un'azione per il risarcimento dei danni subiti. In effetti, all'udienza il rappresentante del governo francese ha precisato che era improbabile che un concorrente sarebbe in grado di provare un nesso causale tra il pagamento prematuro dell'aiuto e qualsiasi supposto danno subito". Sul punto anche D. JOUVE, *Recovering Unlawful and Incompatible Aids by National Courts: CELF and Scott/Kimberly*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2017, p. 377 secondo cui "The risk is that national judges may lose sight of the interest in controlling legality given that illegality does not necessarily lead to recovery. This solution also leads to a loss of autonomy of national judges from the Commission, since a decision of compatibility by the Commission could thereafter call into question the effects to be drawn from illegality".

propria competenza esclusiva in via preliminare, non solo non ha inteso delegare o trasferire, tramite l'adozione del regolamento di esenzione, l'esercizio della competenza esclusiva alle autorità nazionali²⁷, ma l'aiuto non può neppure considerarsi autorizzato ai sensi dell'art. 1, lett. b) ii), del reg. (UE) 1589/2015, difettando proprio l'autorizzazione della Commissione o del Consiglio. Di conseguenza "sono le autorità nazionali competenti che esaminano se un aiuto concesso in applicazione di tale regolamento soddisfi, in un caso concreto, le condizioni previste da quest'ultimo, senza tuttavia disporre esse stesse di un potere decisionale definitivo riguardante la valutazione della compatibilità di tale aiuto con il mercato interno"²⁸.

Corollario di ciò è che, spettando all'autorità nazionale la verifica della sussistenza in concreto dei presupposti indicati nel regolamento, spetterà ugualmente ad essa, in forza dell'art. 108, par. 3, TFUE cui sono sottoposti non solo i giudici nazionali ma anche le autorità amministrative, "di recuperare di propria iniziativa gli aiuti che esse abbiano concesso segnatamente in ragione di un'indebita applicazione del regolamento [avendo constatato], in un momento successivo, che le condizioni stabilite da tale regolamento non erano soddisfatte"²⁹. Per preservare l'*effet utile* del divieto di esecuzione degli aiuti e rimediare senza ritardo alle distorsioni provocate dalla mancanza dei requisiti richiesti dalla norma, la Corte ha dunque riconosciuto la possibilità che il recupero dell'aiuto avvenga in assenza di una decisione della Commissione³⁰.

²⁷ Peraltro, come afferma l'AG Tachev nelle sue conclusioni, del 3 aprile 2019, causa C-654/17, *BMW*, punto 100 non sarebbe pensabile derogare ad una competenza attribuita alla Commissione a livello primario dai Trattati tramite un regolamento quale quello di esenzione.

²⁸ Sentenza della Corte del 29 luglio 2019, causa C-654/17, *BMW*, punto 149.

²⁹ Sentenza della Corte del 5 marzo 2019, causa C-349/17, *Eesti Pagar*, punti 92, 93 e 95.

³⁰ "In a nutshell: the recovery obligation of Member States exists even in the absence of a Commission decision and without the Commission's supervision". R. A. ACHLEITNER, *The Interplay between the European Commission, National Authorities and National Courts in State Aid Law: An Attempt to Cut the Gordian Knot*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2022, p. 174 ss. L'autrice si sofferma anche su una questione ulteriore, sollevata dalla giurisprudenza citata in calce, riguardante la tutela del legittimo affidamento dei beneficiari dell'aiuto, secondo cui "In the end, it is the aid beneficiaries who bear the risk of an incorrect application of unlawful State aid by the national authorities. As a result, the GBER will become less reliable, which due to this case law, will likely lead to an increase in voluntary notification of measures". Giova tuttavia precisare che, ferma restando questa problematica, la quale permea l'intero settore degli aiuti di Stato, la giurisprudenza costante ha sempre escluso la sussistenza di un legittimo

Tale affermazione non deve stupire né si pone in contrasto con il più volte citato riparto di competenze tra Commissione e giudici nazionali, avendo la Commissione già svolto il suo esame di compatibilità *ex ante* e residuando per gli Stati membri solo la verifica della rispondenza della misura che intendono eseguire rispetto ai criteri formulati in astratto. Anzi, consentire agli Stati membri di agire celermente adottando le opportune misure³¹, tutela primariamente il monopolio stesso della Commissione, che ha avuto il suo massimo momento di espressione proprio nella codificazione delle categorie di esenzione, le quali, in un moto quasi circolare, si prefiggono di allocare gli aiuti in maniera efficiente, sostenibile e non lesiva della concorrenza e proprio per questo, data anche l'assenza di notifica, rischiano di determinare, in caso di violazione, distorsioni ancora maggiori.

affidamento sulla regolarità dell'aiuto in favore del beneficiario, a meno che “questo [non] sia stato concesso nel rispetto della procedura prevista, [inoltre] un operatore economico diligente deve normalmente essere in grado di accertarsi che tale procedura sia stata rispettata”, sentenza *Eesti Pagar*, cit., punto 98. Sta di fatto che i contorni del dovere di diligenza in capo al beneficiario dell'aiuto non sono affatto chiari né ricavabili dalla giurisprudenza. Si tratta comunque di una questione che in parte tocca “il più ampio dibattito sui — limitati— diritti procedurali riconosciuti dal reg. (UE) n. 2015/1589 ai (presunti) beneficiari di un aiuto durante la fase di indagine formale. Trattandosi di regole di concorrenza applicabili agli Stati, si riconosce solo a questi ultimi la titolarità di veri e propri diritti di difesa. Ai (presunti) beneficiari è invece consentito di partecipare al procedimento presentando osservazioni, nei limiti permessi dalle circostanze del caso di specie, e senza che ciò comporti un diritto al contraddittorio con la Commissione”, L. CALZOLARI, *La responsabilità delle amministrazioni nazionali e delle imprese beneficiarie per la violazione degli artt. 107 e 108 TFUE fra diritto dell'Unione e autonomia procedurale degli ordinamenti nazionali*, in *Diritto del commercio internazionale*, n. 1, 2017, p. 227. Paradossalmente, pur trattandosi di procedimenti differenti e collocati in fasi successive, ammettere, come afferma Achleitner, che l'azione di recupero possa essere avviata anche in assenza di una decisione della Commissione, comporterebbe probabilmente che le parti godano di più ampi diritti di difesa rispetto a quelli loro riconosciuti durante la fase di indagine formale dinanzi alla Commissione e che l'esame della fattispecie risulti onnicomprensivo da parte del giudice.

³¹ Sul punto anche E. GAMBARO, *Il private enforcement negli aiuti di Stato*, in L. F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, p. 31, “[...] qualora venga aumentato il numero delle ipotesi di esenzione dall'obbligo di notifica, gli Stati dovranno verificare il rispetto *ex ante* delle norme sugli aiuti delle misure c.d. *de minimis*, dei regimi e dei casi che beneficiano di un'esenzione per categoria [...] tale maggiore responsabilizzazione degli Stati dovrà coinvolgere tutte le istituzioni interne agli ordinamenti nazionali, inclusi i giudici”.

3.3. Segue: la vincolatività della decisione di apertura del procedimento di indagine formale

Soffermandoci ulteriormente sui rapporti tra procedimenti incardinati presso i giudici nazionali e procedimento di indagine formale³², il quale può essere avviato o a seguito dell'esame preliminare della notifica, *ex art.* 4, par. 4 del reg. (UE) 1589/2015, che ha evidentemente sollevato dei dubbi in merito alla compatibilità dell'aiuto oppure direttamente in caso di aiuti illegali *ex art.* 12, par. 2³³, risulta rilevante un'ulteriore problematica. La questione riguarda in particolare la vincolatività della decisione di apertura di un procedimento di indagine formale nei confronti dei giudici nazionali, dinanzi ai quali contestualmente pende un ricorso proposto dal ricorrente del beneficiario o da un qualsivoglia interessato così come definito dal regolamento di procedura all'art. 1, lett. h), volto all'accertamento della violazione dell'obbligo di *standstill* con richiesta di recupero dell'aiuto oppure di risarcimento del danno. Nell'ordinamento tedesco, in particolare negli organi giurisdizionali superiori, questo tema ha prodotto alcune frizioni nei confronti della Commissione europea e, indirettamente, della Corte di giustizia. Quest'ultima ha infatti sin dall'inizio sancito la vincolatività della decisione intesa quale necessità di non pregiudicare l'*effet utile* dell'art. 108, par. 3, dovendo il giudice nazionale astenersi dal giungere a delle conclusioni divergenti rispetto a quelle espresse dalla Commissione, ancorché aventi carattere preliminare³⁴. Diversamente si

³² A questo proposito si rammenta che il giudice nazionale, proprio per non privare di qualsivoglia efficacia la norma di cui all'art. 108, par. 3, è tenuto a trarre tutte e conseguenze dalla violazione della stessa, senza poter sospendere il giudizio in attesa della decisione definitiva della Commissione. "L'approccio è dunque esattamente opposto a quello adottato nella materia della concorrenza, ove, invece, la Corte di giustizia ritiene opportuno che il giudice nazionale sospenda il giudizio per evitare il rischio di giungere a soluzioni in contrasto con quelle adottate dalla Commissione (art. 16, reg. 1/2003, cit.)", C. SCHEPISI, *Il private enforcement dell'art. 108 § 3 TFUE e i rimedi in capo al giudice nazionale*, in L. F. PACE (a cura di), *op. cit.*

³³ Il medesimo problema di vincolatività si può proporre anche nei casi in cui, all'esito dell'esame preliminare della notifica interviene una decisione di non sollevare obiezioni *ex art.* 4, par. 3, del reg. (UE) 1589/2015, mentre dinanzi al giudice continua a pendere un ricorso per la richiesta di misure, anche provvisorie, a tutela della situazione giuridica soggettiva del ricorrente non beneficiario.

³⁴ Sentenza della Corte del 21 novembre 2013, causa C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, punti 37 e 38: "Sebbene le valutazioni operate nella decisione di avviare il procedimento di indagine formale abbiano carattere preliminare, tale circostanza non implica che esse siano prive di

materializzerebbe il rischio che la decisione del giudice risulti incompatibile con la futura decisione definitiva della Commissione, incidendo quindi sul monopolio esclusivo attribuitole in virtù dei Trattati ai fini della valutazione di compatibilità, con la conseguenza che la necessità di tutelare i privati dalla violazione del divieto di cui all'art. 108, par. 3, TFUE venga vanificata o eccessivamente indebolita, soprattutto rispetto a controversie per il risarcimento del danno, a causa di due decisioni tra loro confliggenti³⁵.

La posizione delle giurisdizioni superiori tedesche, sancita anche in alcune sentenze interne in materia di aiuti di Stato è quella per cui la decisione della Commissione non solleva il giudice dall'obbligo di esaminare autonomamente se la misura in questione costituisca o meno un aiuto³⁶, in sostanza esso sarebbe vincolato più al tenore della decisione provvisoria che alla sua motivazione, essendo il contenuto della decisione di natura meramente procedurale, argomentazione che risulta ancora più rilevante nei procedimenti in via principale, soprattutto per il risarcimento del danno e non anche in quelli cautelari. Solo in questi ultimi, infatti, la vincolatività sarebbe da riconoscere, da configurare non tanto però come vincolatività nei confronti della decisione provvisoria, quanto piuttosto della situazione di emergenza, in quanto la tutela cautelare stessa, spesso nelle forme della sospensione dell'erogazione o del recupero a titolo provvisorio dell'aiuto, serve a non pregiudicare, nelle more della procedura di indagine formale, il risultato della decisione definitiva. Ritornando all'argomentazione di base, si rileva anche che la decisione della Commissione sarebbe solo provvisoria e ancora aperta a modifiche sostanziali, mentre il giudice nazionale, sulla base delle norme processualciviltistiche interne è tenuto a compiere un esame a tutto tondo della fattispecie, esame che deve altresì presentare carattere definitivo e che deve considerare e bilanciare

efficacia giuridica. Sul punto occorre sottolineare che, qualora i giudici nazionali potessero ritenere che una misura non costituisca un aiuto ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE e, di conseguenza, non sospendere l'esecuzione, quando invece nella decisione di avviare il procedimento di indagine formale la Commissione ha appena constatato che tale misura può presentare elementi di aiuto, l'effetto utile dell'articolo 108, paragrafo 3, TFUE sarebbe vanificato". Di identico tenore anche l'ordinanza della Corte del 4 aprile 2014, causa C-27/13, *Air Berlin*, punti 20-26 che riporta le motivazioni già espresse nella sentenza. Si noti che entrambi i casi riguardavano concessioni di aiuto in favore di aeroporti regionali in Germania.

³⁵ Sul punto anche le conclusioni dell'AG Mengozzi, del 27 giugno 2013, causa C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, punti 38-39.

³⁶ *Ex multis* BVerwG, sentenza del 26 ottobre 2016 – 10 C 3/15, punto 23.

i diversi interessi delle parti coinvolte³⁷. Infine si lamenta anche una lesione ai diritti di difesa delle parti dovuta alla mancata audizione del beneficiario fino all'apertura del procedimento d'indagine formale, così come previsto dal reg. (UE) 1589/2015, mentre, in ossequio al § 19.4 GG e all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, i giudici sono tenuti a garantire una tutela giurisdizionale effettiva³⁸.

Siffatti rilievi hanno comunque consentito di sviluppare un'argomentazione che potesse usufruire anche degli strumenti di cooperazione a disposizione dei giudici nazionali, espressione del più ampio principio di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE. In particolare, quella parte di dottrina che sostiene la non vincolatività della decisione provvisoria, quantomeno nell'ambito di un procedimento principale, è giunta a distinguere tra l'attività di interpretazione, riguardante questioni prettamente di diritto ed in particolare il concetto di aiuto, e quella di applicazione, concernente questioni fattuali legate alla fattispecie concreta³⁹. Nel primo caso, qualora dovessero sorgere delle incertezze non superabili tramite un'interpretazione conforme, la strada maestra da percorrere sarà quella del rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*; nel secondo, laddove dovessero sorgere degli elementi nuovi che la fase preliminare dell'esame da parte della Commissione non aveva rinvenuto e che potrebbero mutare la classificazione della misura statale in esame, ci si potrà avvalere degli strumenti predisposti dall'art. 29 del reg. (UE) 1589/2015 ed instaurare uno scambio proficuo di informazioni tra i due organi, anche se, da più parti, si sottolinea la difficoltà di poter usufruire di simili possibilità, dal momento che una riconduzione all'interno delle procedure nazionali appare talvolta di difficile attuazione ed il dialogo con la Commissione non risulta sempre proficuo, considerato anche che, per giurisprudenza costante, in

³⁷ K. RENNERT, *Bedeutung von Kommissionsentscheidungen im Beihilfeprüfverfahren für die nationalen Gerichte*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2017, p. 567: *Die Anwendung betrifft zunächst Tatfragen. Die Fakten wurden von der Kommission bislang nur vorläufig und möglicherweise unvollständig erhoben; das nationale Gericht muss den Sachverhalt demgegenüber nach Maßgabe seiner Prozessordnung abschließend und vollständig ermitteln.*

³⁸ BGH, sentenza del 9.2.2017 – I ZR 91/15 in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2017, 312, punto 44: *[Es ist] zweifelhaft, ob die nicht vorgesehene Beteiligung von Beihilfegebern und begünstigten Unternehmen im Vorprüfungsverfahren, das dem Eröffnungsbeschluss vorhergeht, mit dem Recht auf Anhörung vor Erlass einer nachteiligen Verwaltungsentscheidung gem. Art. 41 II GRCh in Einklang steht [...].*

³⁹ K. RENNERT, *op. cit.*, p. 570.

presenza di un'addotta violazione dell'art. 108, par. 3, TFUE, il giudice non può sospendere il procedimento in attesa della decisione della Commissione⁴⁰.

4. *Possibili correttivi per mezzo di strumenti normativi e di soft law*

Al fine di cercare di dare risposta alle problematiche che si sono testé illustrate, nonché per rendere coerente a livello nazionale la disciplina del *private enforcement*, fornendo altresì delle linee guida agli operatori del diritto e, indirettamente, alle imprese, soccorrono alcuni strumenti di carattere normativo e di *soft law*, i quali, ancorché non vincolanti per i giudici nazionali, hanno lo scopo di creare una cornice coerente e certa di cui i diversi attori coinvolti possono avvalersi per consentire un'effettiva tutela delle situazioni giuridiche soggettive lese dall'illegalità dell'aiuto. Innanzitutto svolge un ruolo fondamentale il regolamento di procedura⁴¹, il quale non si limita a definire e a consolidare la prassi della Commissione in riferimento alle diverse fasi di esame di una misura statale, ma riconosce all'art. 29 la necessità di far leva su strumenti di cooperazione tra Commissione e giudici nazionali, prevedendo scambi di informazioni tra organi e possibilità per la Commissione di intervenire nel procedimento in qualità di *amicus curiae*.

A rimarcare l'importanza che il *private enforcement* riveste nella strategia della Commissione contribuisce anche la recente comunicazione della stessa in tale ambito⁴². Essa si pone innanzitutto quale obiettivo precipuo quella di

⁴⁰ Sul punto anche A. SCOTT, *Co-Operation and Good Faith: State Aid Rules and National Courts - Procedural and Interpretive Consequences*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2017, p. 354: "National courts have sometimes been frustrated by not receiving clear answers to their requests for assistance. Judges should be aware that the Commission is not always in a position to give answers to fairly open-ended questions. For example, when the national court is considering interim measures and wondering about the timescale at the Commission it may be better to ask whether it is likely to have concluded its consideration of a measure in say six months rather than asking when the consideration will have been concluded". La questione si è posta per esempio nel caso delle misure di aiuto all'aeroporto di Lubecca, sulle quali la Commissione ha aperto una procedura di indagine nel 2007 e nel 2012, dopo ben cinque anni, non era ancora in grado di fornire alla OLG (corrispondente alla Corte d'Appello) informazione alcuna sulla durata del procedimento, poi conclusosi solo dieci anni dopo il suo inizio nel 2017.

⁴¹ Regolamento (UE) 2015/1589, cit.

⁴² Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali - (2021/C 305/01), cit.

rafforzare la cooperazione con i giudici nazionali, illustrando le circostanze che possono indurre la Commissione ad intervenire in un procedimento interno, tramite memorie scritte o orali, in qualità di *amicus curiae*⁴³, sottolineando altresì la necessità che anche in questo frangente le norme processuali nazionali creino, in ossequio al principio di effettività, un terreno favorevole per la presentazione delle memorie. Quest'ultimo risulta essere un *Leitmotiv* all'interno della comunicazione, declinato tuttavia non tanto come effettività della tutela della situazione giuridica soggettiva, fatta valere dal singolo nell'ambito del procedimento, dunque intesa in senso stretto, quanto piuttosto come effettività del diritto dell'Unione europea, da intendersi dunque in senso lato⁴⁴. Questa impostazione è avvalorata anche dal fatto che la comunicazione del 2021, come risulta dai punti 4 e 5, focalizza la propria attenzione sulla necessità di predisporre, essenzialmente per i giudici nazionali, tutte le necessarie

⁴³ Giova specificare che, come spesso ricordato dai membri della Commissione stessa, “*when delivering an opinion or intervening as amicus curiae, however, the Commission will remain neutral and not serve the private interests of any parties*” ancorché sia fatta possibilità per le parti del procedimento “*to seek the Commission’s intervention, for instance, in cases where a national court is overlooking a potentially unlawful aid, thereby undermining the effectiveness of Article 108(3) TFEU*” - L. ARMATI, M. MACCHI, “*The Commission adopts the new Notice on the enforcement of State aid rules before national courts: an overview of the state of play of private enforcement of State aid law*”, in *European State Aid Law Quarterly*, 2022, p. 8.

⁴⁴ “Il riferimento implicito è, infatti, a tutte quelle ipotesi in cui l’applicazione di norme processuali interne più favorevoli nei confronti di un soggetto (come il beneficiario di un aiuto) che “subisce” l’applicazione del diritto dell’Unione europea – in termini ad esempio, di prescrizione, decadenza, preclusioni processuali o eccezioni non rilevate nei termini, sospensione dell’efficacia di misure interne di recupero - impedirebbe al giudice di rilevare ad esempio l’illegittimità di una misura nazionale (e quindi l’illegalità di un aiuto), o di ordinare il recupero illegale perché ostacolato da decisioni (amministrative o giudiziali) divenute definitive” – C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e giudici nazionali nella bozza di nuova Comunicazione della Commissione: alcune riflessioni a prima lettura*, in *rivista.eurojus.it*, 2021, p. 16. Seppur con riferimento alla casistica giurisprudenziale, anche A. BIONDI, *How to go ahead as an EU law national judge*, in *European Public Law*, 2009, p. 225: “*There is, however, a sort of general tendency to classify the case law on effective judicial protection as automatically pro-EU rights and to consider the balance between effectiveness of EU law and national procedural autonomy as tilted*”. Si vuole qui sottolineare che l’effettività della tutela della posizione giuridica soggettiva fatta valere e fondata su una norma di diritto dell’Unione, quasi cedendo, nell’ambito della comunicazione, dinanzi alla effettività del diritto dell’Unione, rischia di non risultare neppure più servente per la realizzazione della seconda, così il rischio di uno sbilanciamento a solo favore del *public enforcement* potrebbe notevolmente indebolire il sistema di controllo sugli aiuti.

informazioni per addivenire ad una corretta applicazione della disciplina sugli aiuti, trascurando invece, parzialmente, l'esigenza di indicare ai privati, vero motore del *private enforcement*, i rimedi disponibili e l'esperibilità in concreto delle azioni a tutela delle situazioni giuridiche soggettive lese dall'illegalità dell'aiuto, per esempio indicando quali percorsi, sotto il profilo probatorio, sono attualmente praticabili e trasferibili anche in tale settore sulla base della giurisprudenza della Corte. Ciononostante, lo scivolamento verso un *enforcement* rafforzato, i cui attori principali sono i giudici nazionali, che paiono agire, alla luce dell'impostazione della comunicazione, quale mero distacco della Commissione⁴⁵, potrebbe tuttavia rischiare di pregiudicare l'obiettivo precipuo della comunicazione stessa, ossia quello di contribuire ad incrementare il ricorso a siffatti mezzi di tutela⁴⁶ per esercitare un controllo più affinato e capillare delle misure nazionali qualificabili come aiuti di Stato. D'altronde, come sostenuto da più parti, l'applicazione della disciplina degli aiuti da parte dei privati contiene indefettibilmente degli elementi di *public enforcement*, tutelando solo sussidiariamente la situazione giuridica soggettiva del singolo leso dall'illegalità dell'aiuto, mirando primariamente a ristabilire un assetto concorrenziale del mercato nel settore oggetto della misura statale⁴⁷.

⁴⁵ Degna di nota è la previsione nella comunicazione ai punti 140 ss. della possibilità di avvio di una procedura di infrazione in capo allo Stato membro, anche nel caso in cui il giudice nazionale, nelle more dell'esame della Commissione o comunque priva del suo avvio, non debba adottare quelle misure necessarie ad eliminare la violazione dell'obbligo di *standstill*, ancorché in tali casi, stando alla lettera del Trattato e dei regolamenti di procedura, debba sempre procedersi all'apertura del procedimento di indagine per valutare la compatibilità dell'aiuto. Sul punto anche C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e giudici nazionali nella bozza di nuova Comunicazione della Commissione*: cit., p. 8 ss. Un approccio così deciso, anche rispetto al tema dell'autonomia procedurale, conferma ancora una volta la direzione che la Commissione ha inteso prendere con la comunicazione in oggetto, ossia instaurare un collegamento diretto con i giudici nazionali quali esecutori di un *enforcement* più stringente, minacciando, forse, al contempo l'autonomia di cui godono le autorità giurisdizionali degli Stati membri nella valutazione del caso di specie.

⁴⁶ Il ricorso all'applicazione privata della disciplina sugli aiuti di Stato, pur avendo contrassegnato un incremento negli ultimi quindici anni, ha però registrato solo in rari casi l'adozione di provvedimenti adeguati al caso di specie o l'accertamento della sussistenza di un danno derivante dalla violazione dell'art. 108, par. 3, TFUE. Per un approfondimento si consulti lo studio commissionato dalla Commissione "Final Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts (COMP/2018/001)" www.state-aid-caselex-accept.mybit.nl/report.

⁴⁷ K. RENNERT, *op. cit.*, sul punto anche G. A. BENACCHIO, *Il private enforcement nel diritto*

Volendo solo fornire un breve esempio di questa impostazione, la comunicazione del 2021 innova rispetto alla precedente dedicando, nell'ambito dell'autonomia procedurale, alcuni punti al principio di autorità di cosa giudicata e fornendo una lettura probabilmente eccessivamente estensiva della portata delle sentenze della Corte in materia. L'intangibilità di tale principio, più volte affermata anche dalla Corte, non può tuttavia impedire al giudice, in ossequio al principio di effettività, di trarre tutte quelle conseguenze derivanti da una violazione dell'obbligo di *standstill*, tra le quali il recupero dell'aiuto stesso, né alla Commissione stessa di esercitare la propria competenza esclusiva in tema di compatibilità. In particolare, il passaggio in giudicato di una sentenza che nega l'esistenza di un aiuto o comunque non si avvede della sua illegalità non solo non osta al recupero dell'aiuto stesso, ma non può neppure impedire alla Commissione di esercitare la sua competenza, promanante direttamente dal principio del primato. Riguardo a quest'ultima situazione non si tratta solo di casi in cui il giudicato è intervenuto successivamente ad una decisione della Commissione che dichiarava l'aiuto incompatibile⁴⁸ ma anche di fattispecie in cui è la decisione della Commissione ad essere posteriore, con un notevole allargamento rispetto all'impostazione precedente⁴⁹. La differenza potrebbe forse spiegarsi, in quanto, in riferimento a questi ultimi, si tratta non di casi promossi tramite rinvio pregiudiziale, in cui il giudice instaura un dialogo con la Corte, bensì di casi che hanno ad oggetto l'annullamento di una decisione della Commissione che individua quell'aiuto come incompatibile, importando quindi il fatto che la Commissione si è attivata ed ha esercitato la propria competenza esclusiva, la quale, come accennato, non può cedere od essere fortemente limitata dinanzi all'applicazione di norme di diritto interno.

antitrust, in L. F. PACE (a cura di), *op. cit.*, p. 17: "Il private antitrust enforcement nasce dunque più come strumento per favorire il rispetto delle regole comunitarie sulla concorrenza, e dunque sotto il profilo di un rafforzamento della deterrenza generale, che non come strumento civilistico di tutela di posizioni giuridiche soggettive".

⁴⁸ Sentenza della Corte del 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*, punto 63.

⁴⁹ Sentenza della Corte del 4 marzo 2020, causa C-586/18, *Buonotourist*, punto 100: "la ricorrente non può sostenere che la decisione del Consiglio di Stato abbia fatto sorgere fondate aspettative nei suoi confronti, al fine di opporsi all'esercizio da parte della Commissione della sua competenza esclusiva, quale riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte richiamata al punto 90 della presente sentenza".

5. *Conclusion*

La disciplina sugli aiuti di Stato, com'è noto, subisce continue evoluzioni e modifiche influenzate soprattutto dal contesto esterno, sia esso sociale, economico, politico od ambientale in cui tali disposizioni si inseriscono e che cercano, almeno in parte di plasmare. In questo frangente, in cui la produzione di *soft law* e l'allargamento delle esenzioni per categoria appaiono quasi incessanti, è ancora più importante rafforzare la disciplina del *private enforcement* a disposizione non solo dei giudici nazionali, ma anche dei privati stessi. Limitatamente ai primi, rileva ancora lo scarso utilizzo degli strumenti di cooperazione⁵⁰ di cui all'art. 29 del reg. (UE) 1589/2015, i quali dovrebbero essere percepiti come dei semplici strumenti per un costante e proficuo scambio tra i due organi. Si vedrà nel prossimo futuro se la comunicazione del 2021, nonostante un focus meno incentrato sui privati, abbia effettivamente consentito uno sviluppo nei singoli Stati membri piuttosto omogeneo della casistica in tema di aiuti di Stato, puntando anche sulle controversie per il risarcimento del danno, il cui successo risulta ancora lontano per via delle difficoltà che persistono nel provare il danno effettivamente subito dalla illegale (ed eventualmente incompatibile) concessione dell'aiuto. Per quanto riguarda i privati stessi, potrebbe forse essere giunto il momento, pur mantenendo l'impostazione per cui l'obbligo di *standstill* e la normativa di specie ha come destinatari precipui gli Stati membri, di aprire gli orizzonti della disciplina anche alle imprese tramite una migliore definizione dell'obbligo di diligenza o la possibilità per loro di riconoscere i segnali della presenza di un possibile aiuto nella loro attività di impresa. Esse infatti non possono contare su una effettiva tutela del legittimo affidamento⁵¹, neppure laddove l'aiuto venga eseguito in regime di esenzione, correndo dunque notevoli rischi nel momento in cui diventano

⁵⁰ R. A. ACHLEITNER, *op. cit.*, 179: "A possible explanation for the rare use of the tools is certainly that they are not legally binding and at the same time, are leading to a delay in the national procedure. This raises the legitimate question of whether it really makes sense to prolong proceedings in order to obtain a legally non-binding and non-definitive opinion by the Commission".

⁵¹ Sul punto anche M. MEROLA, *op. cit.*, p. 417: "Regole [...] che accreditino un approccio tendente a valorizzare l'elemento soggettivo dell'*accipiens*, al fine di tutelarlo qualora ne sia riscontrabile la buona fede e penalizzarlo invece quando ne sia accertata la connivenza con lo Stato nella violazione delle norme di procedura del Trattato".

beneficiarie. Questo consentirebbe di bilanciare in maniera più efficiente anche le diverse posizioni giuridiche soggettive di cui sono portatori il concorrente ed eventuali terzi, da un lato, ed il beneficiario, dall'altro, con la conseguenza che quest'ultimo, pur potendo essere attinto da un provvedimento pregiudizievole nei suoi confronti che ordini il recupero dell'aiuto, possa comunque adottare degli accorgimenti nell'ambito della propria attività d'impresa. Quest'ultima circostanza consentirebbe, almeno indirettamente, di bilanciare altresì *public e private enforcement*, con notevole vantaggio per l'intero sistema di controllo degli aiuti di Stato.

IL RUOLO DEL GIUDICE NAZIONALE
NELLA TUTELA EFFETTIVA DEL DIRITTO ALLA LIBERTÀ
DELLO STRANIERO SOTTOPOSTO A TRATTENIMENTO

Alessia Voinich*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’istituto del trattenimento nel diritto dell’Unione. – 3. La tutela giurisdizionale effettiva dello straniero trattenuto nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 4. L’effettività della tutela nei giudizi interni: il caso italiano. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Il trattenimento dello straniero è disciplinato dal diritto dell’Unione europea in una pluralità di atti di diritto derivato, che fissano presupposti, condizioni e garanzie diversificate a seconda della posizione soggettiva della persona coinvolta. Disposizioni specifiche sono dettate con riguardo ai richiedenti protezione, ai richiedenti protezione sottoposti a procedura di trasferimento ai sensi del regolamento Dublino e agli stranieri in condizione di soggiorno irregolare¹.

* Assegnista di ricerca presso l’Università di Padova. *Il presente scritto costituisce una parziale rielaborazione della relazione dal titolo “La tutela giurisdizionale effettiva dello straniero trattenuto: il contributo della giurisprudenza italiana” presentata in occasione dell’Incontro tra i giovani studiosi del diritto dell’Unione europea tenutosi all’Università degli Studi di Firenze il 22 maggio 2023.*

¹ Sul trattenimento dei richiedenti protezione internazionale, senza alcuna pretesa di esautività, si v. C. COSTELLO, M. MOUZOURAKIS, *EU Law and the Detainability of Asylum-Seekers*, in *Refugee Survey Quarterly*, n. 1, 2016, pp. 47-73; F. ZORZI GIUSTINIANI, *La detenzione dei richiedenti asilo nell’Unione europea. Rilevi critici a margine della rifusione della direttiva accoglienza*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l’integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell’Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014. Sul trattenimento dello straniero irregolarmente soggiornante, si v. M. DI FILIPPO, *L’allontanamento dell’individuo straniero*, in A. M. CALAMIA, M. GESTRI, M. DI FILIPPO, S. MARINAI, F. CASOLARI, *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, 2021, p. 283 ss.; F. SPITALERI, *I limiti alla durata della detenzione dello straniero destinato ad essere espulso tra ga-*

Nel contesto di un quadro giuridico piuttosto frammentato, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha avuto il merito di ricondurre a unità i regimi settoriali del trattenimento, definendo una cornice comune caratterizzata dall'esigenza di rigoroso rispetto dei diritti fondamentali della persona privata della sua libertà.

Anzitutto, la Corte ha offerto una nozione unitaria – salvo specificazioni settoriali – dell'istituto. Come affermato in una decisiva pronuncia che richiameremo anche in seguito, nell'ordinamento dell'Unione il trattenimento dei cittadini di Paesi terzi “riguarda un'unica realtà”: esso indica una misura coercitiva intesa a privare lo straniero della sua libertà di circolazione, a isolarlo dal resto della popolazione nazionale e a imporgli di soggiornare in modo permanente in un perimetro circoscritto e ristretto².

Inoltre, la Corte ha riconosciuto che tale disciplina, consentendo alle autorità nazionali di operare gravi ingerenze nel diritto alla libertà personale

ranzie CEDU e disciplina dell'Unione, in AA. V.V., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, pp. 795-811; ID., *Il rimpatrio e la detenzione dello straniero tra esercizio di prerogative statali e garanzie sovranazionali*, Torino, 2017, p. 415 ss.; P. MARTUCCI, *La detenzione amministrativa dei migranti irregolari. Una questione europea fra sicurezza, emergenza e continuità*, in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, pp. 325-339.

² Sentenza della Corte del 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *Országos*, punti 216-224. La definizione di trattenimento come misura limitativa della libertà di circolazione non ne inficia l'incidenza sul diritto alla libertà, sancito nell'ordinamento dell'Unione dall'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali. Ciò è evidente nella giurisprudenza della Corte di giustizia, che si tratterà più diffusamente di seguito, che fa ampio riferimento al parametro appena richiamato. Nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Corte EDU ha da tempo chiarito che la differenza tra limitazione della libertà di circolazione (art. 4, Protocollo n. 2, CEDU) e la libertà personale ai fini dell'applicabilità dell'art. 5 CEDU è questione da vagliare in base all'intensità della coercizione subita dall'individuo nella fattispecie concreta. Cfr., sentenza della Corte EDU del 6 novembre 1980, ric. n. 7367/76, *Guizzardi c. Italia*, punti 92-93 (nel diverso contesto del diritto penale); nel senso che tra le garanzie protette dalle disposizioni appena richiamate “vi è soltanto una differenza di grado o di intensità, non di natura o di sostanza” con riferimento al mantenimento dei migranti (inclusi richiedenti asilo) nei centri “emergenziali” di primo soccorso e identificazione, v. sentenza della Corte EDU del 15 dicembre 2016, ric. n. 16483/12, *Kblajfia e a. c. Italia*, punto 64; più di recente e con riferimento al mantenimento dei migranti nelle zone di transito, *ex plurimis*, sentenza della Corte EDU del 21 novembre 2019, ric. nn. 61411/15, 61420/15, 61427/15 e 3028/16, *Z.A. e a. c. Russia*, punto 138.

dello straniero, deve essere interpretata in modo da garantire il rigoroso rispetto dei diritti fondamentali previsti dalla Carta, in particolare il diritto alla libertà³ sancito all'art. 6 e il diritto a un ricorso effettivo⁴ di cui all'art. 47.

La Corte ha esaltato il ruolo del sindacato del giudice nazionale nella salvaguardia di questi diritti fondamentali. Gli organi giurisdizionali degli Stati membri sono chiamati, in virtù dell'efficacia diretta del principio della tutela giurisdizionale effettiva, concretizzato nell'art. 47 della Carta, a garantire il rispetto delle prescrizioni sostanziali, procedurali e processuali stabilite dal diritto derivato dell'Unione. I tribunali interni presidiano i diritti dello straniero in caso di scorretta o lacunosa trasposizione del diritto derivato, o di scorretta applicazione della disciplina nazionale attuativa nei singoli casi di specie. Laddove non siano già previsti dal diritto statale, i poteri necessari per garantire al singolo sottoposto a un trattenimento illegittimo, arbitrario o ingiustificato una tutela effettiva sono tratti dal giudice nazionale direttamente dall'art. 47 della Carta.

Il presente contributo mira a evidenziare le implicazioni che da tale giurisprudenza derivano per gli Stati membri. Cercheremo di inquadrare, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, il ruolo che il giudice nazionale svolge al fine di tutelare in maniera effettiva lo straniero sottoposto a trattenimento da ingiustificate privazioni di libertà. Il lavoro intende altresì mettere in evidenza alcune applicazioni specifiche di questa giurisprudenza nel contesto dell'ordinamento italiano.

A tal fine, il contributo sarà così articolato. Anzitutto, dopo un accenno alle fonti internazionali, saranno esposti i punti salienti della disciplina dell'Unione relativa al trattenimento dello straniero; ci soffermeremo in particolare sui presupposti e sui limiti temporali della misura coercitiva; inoltre metteremo in evidenza la giurisprudenza della Corte che ha individuato taluni

³ Sull'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali, v. S. PLATON, *Droit à la liberté et à la sûreté*, in F. PICOD, C. RIZCALLAH, S. VAN DROOGHENBROECK (sous la direction de), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, 2023, pp. 149-172.

⁴ Tra i molteplici contributi sul diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva protetto dalla Carta F. KRANK, E. PENNINGKX, *Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial*, in F. PICOD, C. RIZCALLAH, S. VAN DROOGHENBROECK (sous la direction de), *op. cit.*, pp. 1215-1249; N. LAZZERINI, *La determinazione dello standard di tutela giurisdizionale effettiva tra diritto interno e sovranazionale: l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali come "grimaldello" e come "ponte"*, in *I Post di AISDUE*, n. 3, 26 marzo 2022, pp. 28-43.

principi comuni che caratterizzano tutti gli atti di diritto derivato presi in considerazione (par. 2). Ci soffermeremo quindi sulle disposizioni (in particolare, della direttiva rimpatri) dedicate alla tutela giurisdizionale dei soggetti destinatari di una misura di trattenimento; cercheremo anche qui di far emergere il ruolo “innovatore” e “unificante” della giurisprudenza della Corte (par. 3). Vedremo poi come questa giurisprudenza abbia consentito, nel contesto dell’ordinamento italiano, di arricchire le garanzie previste in favore degli stranieri in condizione di soggiorno irregolare trattenuti in vista del rimpatrio (par. 4). Trarremo infine le dovute conclusioni (par. 5).

2. *L’istituto del trattenimento nel diritto dell’Unione*

Il trattenimento dello straniero trova, nel contesto del diritto internazionale, il suo fondamento nel potere sovrano riconosciuto agli Stati di regolare l’ingresso e la presenza dei cittadini stranieri sul proprio territorio e di disporre l’allontanamento. L’ampia discrezionalità riconosciuta agli Stati implica anche la possibilità di trattenere lo straniero, in attesa di verificare il diritto di quest’ultimo di accedere al territorio nazionale o al fine di allontanarlo verso il Paese di cittadinanza o verso un altro Paese terzo disposto ad accoglierlo.

Tali prerogative statali incontrano un importante limite negli obblighi internazionali in materia di diritti umani, che si sono progressivamente affermati. Tra questi, possono essere ricordati: gli obblighi che presidiano il diritto degli individui di circolare e lasciare il territorio di uno Stato, incluso il proprio (ma non di entrare sul territorio di un altro Stato); il diritto a non essere arbitrariamente privati della libertà personale; il diritto d’asilo; le garanzie assolute contro il respingimento e a salvaguardia della dignità della persona umana⁵.

Nel sistema della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti

⁵ Per una trattazione approfondita di questo delicato bilanciamento e delle sue ricadute sistemiche nel diritto internazionale dell’immigrazione, si v. F. SPITALERI, *Il rimpatrio e la detenzione dello straniero tra esercizio di prerogative statali e garanzie sovranazionali*, cit., p. 13 ss. In argomento anche M. GESTRI, *La mobilità internazionale nel diritto consuetudinario e nella normativa sui diritti umani*, in A. M. CALAMIA, M. GESTRI, M. DI FILIPPO, S. MARINAI, F. CASOLARI, *op. cit.*, pp. 133-153.

dell'uomo e delle libertà fondamentali (nel prosieguo, la CEDU), la disposizione di riferimento è rappresentata dall'articolo 5. In forza di questa disposizione, il potere delle Parti contraenti di sottoporre a misure coercitive i cittadini stranieri che intendono fare ingresso sul territorio statale, quand'anche per motivi legati alla protezione internazionale, ovvero nella prospettiva del loro allontanamento o rimpatrio (v. par. 1, lett. f, dell'art. 5), è subordinata al rigoroso rispetto delle garanzie sostanziali, procedurali e giurisdizionali sancite da questa disposizione, in particolare all'osservanza del principio di legalità e all'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva⁶.

Nel diritto dell'Unione europea, il delicato equilibrio tra i poteri sovrani degli Stati membri e il diritto alla libertà personale, sancito dall'art. 6 della Carta, si traduce, per quanto riguarda i cittadini di Paesi terzi, in un'articolata disciplina contenuta in diversi atti di diritto derivato⁷.

Il trattenimento è in particolare previsto, come possibile misura coercitiva, per due categorie di stranieri. La prima è rappresentata da coloro che hanno manifestato la volontà di richiedere una delle due forme di protezione internazionale previste dal diritto dell'Unione (richiedenti protezione internazionale). In questo caso, il trattenimento è disciplinato dalla direttiva 2013/33/UE (c.d. "direttiva accoglienza")⁸, e in parte dalla direttiva 2013/32/UE (c.d. "direttiva procedure")⁹, nonché dal regolamento Dublino

⁶ Sentenza della Corte EDU del 26 gennaio 2008, ric. n. 13229/03, *Saadi c. Regno Unito*, punto 64.

⁷ Sulle conseguenze di questa diversa impostazione dell'art. 5 CEDU e dell'art. 6 della Carta (in particolare con riferimento al trattenimento dei richiedenti protezione) si v. G. MONINA, "Judging" the Grounds for detention of Asylum Seekers: Discrepancies between EU Law and the ECHR", in A. CRESCENZI, R. FORASTIERO, G. PALMISANO (eds.), *Asylum and the EU Charter of Fundamental Rights*, Napoli, 2018, pp. 151-174. Sull'aderenza della disciplina della direttiva rimpatri all'art. 6 della Carta e ai requisiti elaborati dalla giurisprudenza della Corte EDU con riferimento all'art. 5, lett. f), CEDU si v. E. PISTOIA, *Rafforzamento della politica dei rimpatri e uso più esteso della detenzione*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2020, pp. 117-139, spec. p. 126 ss. Sul tema più generale del ruolo delle disposizioni della CEDU nell'interpretazione della Carta dei diritti fondamentali, v. G. GAJA, *The Charter of Fundamental Rights in the Context of International Instruments for the Protection of Human Rights*, in *europeanpapers.eu*, 2016, pp. 791-801.

⁸ Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione).

⁹ Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione).

III¹⁰. Quest'ultimo viene in rilievo nel caso in cui il richiedente sia trattenuto nella prospettiva di un trasferimento verso lo Stato membro competente all'esame della domanda di protezione. Una seconda categoria di soggetti suscettibili di trattenimento è rappresentata dai cittadini di Paesi terzi che, trovandosi in condizione di soggiorno irregolare, sono destinatari di una decisione di rimpatrio secondo quanto previsto dalla direttiva 2008/115/CE (c.d. "direttiva rimpatri")¹¹. Quest'ultima direttiva disciplina anche il trattenimento di queste persone.

I motivi per i quali il trattenimento può essere disposto variano a seconda del soggetto considerato.

Con riguardo ai richiedenti protezione, la normativa derivata sancisce anzitutto il cardinale divieto di trattenere la persona per il "solo fatto" che questa abbia manifestato la volontà di richiedere protezione internazionale¹². Sono poi elencate le situazioni in cui il richiedente protezione può essere trattenuto (art. 8, par. 3, direttiva accoglienza). Si tratta di sei casi, che devono essere ulteriormente "specificati nel diritto nazionale": il trattenimento deve essere fondato sull'esigenza di verificare l'identità o la cittadinanza del richiedente (lett. a), di accertare gli elementi su cui si basa la sua domanda di protezione (lett. b) o di decidere sul diritto dell'interessato di entrare sul territorio nazionale (lett. c); ancora, il trattenimento può essere disposto quando vi sono fondati motivi per ritenere che una persona abbia presentato la domanda di protezione al solo fine di ritardare una procedura di rimpatrio (lett. d), per motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico (lett. e)¹³ e, infine, in presenza di

¹⁰ Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione).

¹¹ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

¹² Art. 8, par. 1, direttiva 2013/33/UE, cit. Tale divieto è espressione del principio fondamentale che informa la disciplina del trattenimento del richiedente protezione "in particolare in conformità agli obblighi giuridici internazionali degli Stati membri, e all'articolo 31 della convenzione di Ginevra" (così il considerando n. 15 della direttiva). Di analogo tenore l'art. 28, par. 1, e il considerando n. 20 del regolamento n. 604/2013, cit.

¹³ La Corte ha peraltro chiarito che "il rigoroso inquadramento cui è soggetto il potere

un rischio notevole di fuga durante lo svolgimento delle procedure previste dal regolamento Dublino (lett. f).

Il trattenimento dello straniero in condizioni di soggiorno irregolare è invece ammesso “per preparare il rimpatrio e/o effettuare l’allontanamento, in particolare quando: a) sussiste un rischio di fuga o b) il cittadino del Paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell’allontanamento”. Il trattenimento è quindi consentito “in particolare” in caso di pericolo di fuga e nell’ipotesi di intralcio delle operazioni di rimpatrio¹⁴.

Nonostante la pluralità degli strumenti e i diversi fini perseguiti, la disciplina derivata presenta diverse analogie e punti di contatto.

Anzitutto, proprio per la sua grave incidenza sul diritto alla libertà della persona, in tutti gli atti sopra menzionati, il trattenimento si configura come una misura di applicazione eccezionale e residuale (rispetto alle misure meno afflittive che gli Stati membri sono tenuti a prevedere nell’ordinamento interno)¹⁵. Inoltre, l’applicazione di questa misura coercitiva presuppone valutazioni individualizzate ed è ammessa solo in situazioni predeterminate e per il minor tempo possibile¹⁶. Infine, tutti gli atti considerati prevedono l’obbligo di liberazione immediata del trattenuto qualora non ricorrano o cessino di sussistere i presupposti della detenzione¹⁷.

Queste disposizioni lette assieme alla loro finalità di salvaguardia dei di-

riconosciuto alle autorità nazionali competenti di trattenere un richiedente sulla base dell’articolo 8, paragrafo 3, primo comma, lettera e), della direttiva 2013/33, è altresì garantito dall’interpretazione di cui costituiscono oggetto, nella giurisprudenza della Corte, le nozioni di «sicurezza nazionale» e di «ordine pubblico» che compaiono in altre direttive e che si applica parimenti rispetto alla direttiva 2013/33”, riferendosi espressamente (anche) alle medesime nozioni contenute nella deroga alla libera circolazione delle persone. V. sentenza della Corte del 15 febbraio 2016, causa C-601/15 PPU, *J. N. c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, punti 64-67. Più di recente, sullo stesso tema, si v. sentenza della Corte del 30 giugno 2022, causa C-72/22 PPU, *Valstybės sienos apsaugos tarnyba*, punti 86-88.

¹⁴ Art. 15, par. 1, direttiva 2008/115/CE, cit.

¹⁵ Cfr. art. 8, par. 4, direttiva accoglienza, cit.; art. 28, par. 3, regolamento Dublino III, cit.; art. 15, par. 1, direttiva rimpatri, cit.

¹⁶ Cfr. art. 9, par. 1, direttiva accoglienza, cit.; art. 28, par. 3, regolamento Dublino III, cit.; art. 15, par. 1, secondo periodo, direttiva rimpatri, cit.

¹⁷ Cfr. art. 9, par. 3, ultimo periodo, direttiva accoglienza cit.; art. 28, par. 3, ultimo periodo, regolamento Dublino III, cit.; art. 15, par. 2, ultimo periodo, direttiva rimpatri, cit.

ritti fondamentali dell'interessato sono state valorizzate dalla Corte di giustizia. L'esito è stato quello di ricondurre l'esercizio dello spazio lasciato dal diritto derivato alla discrezionalità statale – spazio talvolta anche ampio e relativo ad aspetti cruciali – alle esigenze proprie del rispetto della garanzia protetta dall'art. 6 della Carta e di quella corrispondente sancita dall'art. 5 CEDU¹⁸. I regimi specifici sono stati così inseriti in una cornice comune di diritti fondamentali.

Un esempio di questa dinamica è rappresentato dalla giurisprudenza relativa all'individuazione dei casi in cui il trattenimento è ammesso.

La Corte di giustizia ha adottato un approccio molto rigoroso e restrittivo relativamente alle ipotesi di trattenimento del richiedente protezione internazionale¹⁹. In considerazione del sacrificio che il trattenimento comporta per la libertà personale, la Corte ha sottolineato che il richiedente protezione non può essere trattenuto per motivi ulteriori rispetto a quelli elencati in maniera tassativa dalla direttiva accoglienza²⁰.

Nel contesto della direttiva rimpatri, la Corte ha invece ammesso la facoltà statale di individuare “motivi complementari” di trattenimento, ulteriori rispetto a quelli espressamente indicati. Questa facoltà è stata tuttavia subordinata alla rigorosa osservanza dell'art. 6 della Carta, interpretato alla luce dell'art. 5 CEDU e delle relative pronunce della Corte di Strasburgo. La discrezionalità statale di fissare “motivi complementari” di trattenimento è dunque non solo condizionata ai presupposti e agli obiettivi della direttiva, ma anche vincolata allo stretto vaglio di proporzionalità imposto alle limitazioni dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta: pertanto, la previsione di un motivo di trattenimento complementare da parte di uno Stato membro “non può, in nessun caso, riguardare una situazione in cui l'applicazione di misure meno coercitive (...) sia sufficiente”²¹.

¹⁸ Si v. le *Spiegazioni* relative all'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali.

¹⁹ Art. 8, par. 3, ultimo periodo, direttiva 2013/33/UE, cit.

²⁰ Sentenza *Valstybės sienos apsaugos tarnyba*, cit., punto 83.

²¹ Sentenza della Corte del 6 ottobre 2022, causa C-241/21, *Politsei- ja Päärivalveamet*, punti 36, 38-43 e 46-49). Per una lettura restrittiva di questa giurisprudenza e del margine di libertà lasciato agli Stati nel definire i “motivi complementari di trattenimento”, si v. S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Torino, 2022, pp. 394-397.

Un altro esempio di interpretazione orientata al rigoroso rispetto dei diritti fondamentali è rappresentato dalla giurisprudenza sulla fissazione dei termini di durata del trattenimento.

In diverse pronunce relative alla direttiva rimpatri la Corte ha sottolineato che la necessità di limitare nel tempo la privazione della libertà personale dello straniero implica che la durata del trattenimento (fino a sei mesi, eccezionalmente prorogabile fino a dodici mesi ulteriori)²² debba essere considerata, senza possibilità di eccezione una durata massima. La scadenza di questi termini impedisce in qualunque caso la prosecuzione della misura coercitiva e impone sempre la liberazione del soggetto trattenuto²³.

Ancora più rilevanti sono le pronunce della Corte di giustizia relative alla durata del trattenimento dei richiedenti protezione, dato che la direttiva accoglienza non fissa un termine massimo della detenzione. Limiti temporali al trattenimento sono stati tratti dalla giurisprudenza proprio alla luce della qualificazione dell'istituto come misura limitativa dell'art. 6 della Carta. La Corte ha precisato che il perdurare del trattenimento è conforme al diritto dell'Unione soltanto se l'interessato beneficia di tutte le garanzie previste dalla direttiva accoglienza, finché permane, in concreto, uno dei presupposti sanciti dalla direttiva stessa e purché lo Stato agisca con la debita diligenza²⁴.

²² Più precisamente, la direttiva obbliga gli Stati a fissare “un periodo limitato di trattenimento” il quale “non può superare i sei mesi”, prorogabile, a determinate condizioni, per un massimo di ulteriori dodici mesi (art. 15, parr. 5 e 6, direttiva rimpatri, cit.).

²³ Il termine di diciotto mesi che si ricava dai parr. 5 e 6, dell'art. 15, è infatti garanzia di “una comune durata massima del trattenimento negli Stati membri” e non è pertanto superabile “in nessun caso”. Ne segue che “quando il periodo massimo di trattenimento previsto dalla direttiva sia scaduto” non è possibile trattenere oltre l'interessato, che deve pertanto essere immediatamente liberato, anche qualora egli sia privo “di validi documenti, (tenga) un comportamento aggressivo e non (disponga) di mezzi di sussistenza propri né di un alloggio o di mezzi forniti dallo Stato membro a tale fine” (sentenza della Corte del 30 novembre 2009, causa C-357/09 PPU, *Kadzoev*, punti 37, 54, 61, 69 e 71).

²⁴ Cfr. art. 9, par. 1, secondo periodo e considerando n. 16 della direttiva accoglienza, cit. Nelle parole della Corte “l'assenza di fissazione di una durata massima del trattenimento di un richiedente protezione internazionale rispetta il suo diritto alla libertà, come sancito all'articolo 6 della Carta, solo a condizione che tale richiedente benefici, come richiesto dall'articolo 9 della direttiva 2013/33, di garanzie procedurali effettive che consentono di porre fine al suo trattenimento non appena quest'ultimo cessa di essere necessario o proporzionato alla luce dall'obiettivo perseguito dal medesimo. In particolare, se il trattenimento di un richiedente protezione internazionale non è delimitato da un limite temporale, l'autorità accertante (...) deve agire con

Il ruolo “unificante” della giurisprudenza emerge ulteriormente se si considerano le pronunce che hanno elaborato una nozione “comune” di “trattenimento”²⁵. Come si è ricordato sopra, questo termine assume lo stesso significato nel contesto della direttiva accoglienza e della direttiva rimpatri. Benché i soggetti considerati siano diversi (rispettivamente, i richiedenti protezione e gli stranieri in condizione di soggiorno irregolare), in entrambi i sistemi normativi il trattenimento consiste in “una misura coercitiva che priva” lo straniero “della sua libertà di circolazione e lo isola dal resto della popolazione, imponendogli di soggiornare in modo permanente in un perimetro circoscritto e ristretto”²⁶.

L’importanza di questa elaborazione non appare esaurirsi in esigenze di sistematica o coerenza tra settori affini (e che, peraltro, frequentemente finiscono per intersecarsi nella prassi). Essa sembra risiedere soprattutto nella portata di nozione autonoma di trattenimento ricostruita in via giurisprudenziale. A partire dalle singole discipline, la Corte di giustizia ha infatti definito le caratteristiche specifiche che, nei casi concreti, consentono di qualificare una misura coercitiva come trattenimento ai fini del diritto dell’Unione. In tal modo, sono attratte nell’ambito d’applicazione del diritto dell’Unione anche le situazioni nelle quali la misura coercitiva non è formalmente disposta dagli Stati membri nella cornice del diritto nazionale di trasposizione del diritto derivato ovvero è da questi praticata “in fatto”. Se ricorrono i presupposti indi-

tutta la diligenza richiesta (...) Ne consegue che l’articolo 9 della direttiva 2013/33 non osta ad una normativa di uno Stato membro che non prevede un termine alla scadenza del quale il trattenimento di un richiedente protezione internazionale sarebbe automaticamente considerato irregolare, purché tale Stato membro vigili affinché, da un lato, il trattenimento duri soltanto fintantoché il motivo che lo giustifica permane applicabile e, dall’altro, gli adempimenti amministrativi inerenti a tale motivo siano espletati con diligenza”. Sentenza *Országos*, cit., punti 264-265.

²⁵ Sentenza *Országos*, cit., spec. punto 231.

²⁶ Sentenza *Országos*, cit., punti 223-225, e sentenza della Corte del 10 marzo 2022, causa C-519/20, *Landkreis Gifhorn*, punto 35.

viduati nella definizione dettata dalla Corte di giustizia, anche casi di “confinamento” dell’individuo in zone di transito²⁷ o in centri di prima identificazione²⁸ e, più in generale, anche ipotesi di mera detenzione di fatto sono attratti alla disciplina dell’Unione e alle garanzie da essa previste.

Anche in queste situazioni, pertanto, gli Stati membri sono obbligati a garantire che il trattenimento non avvenga al di fuori dei casi e dei tempi consentiti dalle fonti derivate e ad assicurare all’individuo coinvolto tutte le garanzie previste dal diritto dell’Unione.

3. *La tutela giurisdizionale effettiva dello straniero trattenuto nella giurisprudenza della Corte di giustizia*

Tra le disposizioni a tutela dello straniero trattenuto particolarmente significative, ai fini della nostra analisi, sono quelle relative alla tutela giurisdizionale²⁹. La direttiva accoglienza (art. 9), il regolamento Dublino (art. 28, par. 3) e la direttiva rimpatri (art. 15) obbligano gli Stati ad assicurare il sindacato giurisdizionale qualora la decisione che dispone il trattenimento sia stata assunta da un’ autorità amministrativa (e non direttamente da un organo giurisdizionale). Prevedono poi

²⁷ Proprio nel caso *Országos*, cit., la Corte di giustizia ha qualificato come “privazione della libertà, caratteristica di un «trattenimento» ai sensi delle direttive di cui trattasi” l’obbligo imposto dall’Ungheria ai cittadini stranieri di permanere nella zona di transito di Röszke. Ne segue l’obbligo di estendere a tali cittadini tutte le garanzie sostanziali, procedurali e giurisdizionali previste per il trattenuto dal diritto dell’Unione. Per un commento, anche in relazione alla diversa soluzione nel merito raggiunta dalla Corte EDU su fattispecie analoga (sentenza della Corte EDU del 21 novembre 2019, ric. n. 47287/15, *Ilias and Ahmed c. Ungheria*) si v. E. COLOMBO, *Trattenimento nelle zone di transito e inammissibilità delle domande di asilo. La Corte di giustizia e le procedure di frontiera*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2020, pp. 211-238.

²⁸ Di recente, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha accertato che il mantenimento di alcuni migranti per una decina di giorni nel c.d. *hotspot* di Lampedusa, in assenza di adeguata base giuridica, considerate anche natura e funzioni di tali centri, integra una privazione arbitraria della libertà personale, che viola l’art. 5, par. 1, lett. f), CEDU. Cfr. sentenza della Corte EDU del 30 marzo 2023, ric. n. 21329/18, *J.A. e a. c. Italia*.

²⁹ Accanto a quelle di natura procedurale, strumentali al loro esercizio: come l’obbligo di disporre il trattenimento con atto scritto e motivato, i diritti all’informazione e all’assistenza legale. Cfr. art. 9, parr. 4 e 6 direttiva accoglienza, cit., e art. 16 direttiva rimpatri, cit.

un riesame giudiziario periodico “a intervalli ragionevoli”. Il controllo giurisdizionale può essere svolto d’ufficio oppure su iniziativa dell’interessato³⁰.

I giudici nazionali sono pertanto investiti dal diritto dell’Unione del controllo sul rispetto, nel caso concreto, dei presupposti sostanziali e temporali d’applicazione della misura coercitiva stabiliti dalla normativa derivata. La disciplina specifica dei rimedi interni è rimessa ai legislatori nazionali, sebbene pur sempre entro le coordinate dell’effettività e dell’equivalenza proprie del noto principio di autonomia procedurale³¹.

La portata del sindacato giurisdizionale è stata estesa dalla Corte di giustizia, in considerazione del fatto che il principio della tutela giurisdizionale effettiva è un principio generale, dotato di efficacia diretta, garantito dall’art. 47 della Carta³² e in ragione della strumentalità di detto sindacato rispetto alla tutela del diritto alla libertà di cui all’art. 6 della Carta³³.

³⁰ Con riferimento ai richiedenti protezione, il riesame avviene “in particolare nel caso di periodi di trattenimento prolungati, qualora si verificano circostanze o emergano nuove informazioni che possano mettere in discussione la legittimità del trattenimento” (art. 9, par. 5, direttiva accoglienza, cit.).

³¹ Tra i molti contributi: L. DANIELE (con la collaborazione di S. AMADEO, G. BIAGIONI, C. SCHEPISI, F. SPITALERI), *Diritto dell’Unione Europea*, 2022, pp. 321-329; A. IERMANO, *I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia procedurale e ‘limiti’ alla tutela nazionale*, in *Il diritto dell’Unione europea*, n. 3, 2019, pp. 525-560; E. CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell’Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Il diritto dell’Unione europea*, n. 3, 2013, pp. 659-677; ID., *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell’Unione europea*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2008, pp. 447-468; D. U. GALETTA, *L’autonomia procedurale degli Stati membri dell’Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009; S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002, spec. p. 305 ss.; A. ADINOLFI, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2001, pp. 41-61; L. DANIELE, *Forme e conseguenze dell’impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2001, pp. 61-78, spec. p. 74 ss.

³² Sul principio di tutela giurisdizionale effettiva la letteratura è vastissima. Ci si limita a richiamare solo alcuni tra i più recenti contributi che trattano il tema in relazione all’art. 19 TUE, tra i quali A. FAVI, *La dimensione “assiologica” della tutela giurisdizionale effettiva nella giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di crisi dello Stato di diritto: quali ricadute sulla protezione degli individui?*, in *Il diritto dell’Unione europea*, n. 4, 2020, pp. 795-821; M. E. BARTOLONI, *La natura poliedrica del principio della tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell’art. 19, par.1, TUE*, in *Il diritto dell’Unione europea*, n. 2, 2019, pp. 245-259; P. MORI, *Il primato dei valori comuni dell’Unione europea*, in *Il diritto dell’Unione europea*, n. 1, 2021, pp. 73-92; G. TESAURO, *Commento all’art. 19 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, Milano, 2014, pp. 195-215, spec. p. 208 ss.

³³ Queste due differenti strade sembrano inquadrabili nei due diversi “orientamenti” della

Anzitutto, questi parametri interpretativi di diritto primario hanno contribuito a colmare delle lacune rilevabili nello stesso diritto derivato.

È questo il caso delle garanzie procedurali che gli Stati membri devono apprestare in fase di proroga del trattenimento dello straniero irregolarmente soggiornante. In effetti, la direttiva rimpatri non prevede espressamente un controllo giurisdizionale in questa fase che, come si è detto sopra, può condurre a un prolungamento del trattenimento fino a dodici mesi ulteriori. Nel caso *Mabdi*³⁴, la Corte ha esteso anche alla decisione di proroga l'obbligo (previsto per la decisione iniziale sul trattenimento) di adottare un provvedimento scritto e motivato in fatto e in diritto, proprio sul rilievo della natura di misura coercitiva, che limita il diritto alla libertà. La Corte ha sottolineato che l'adozione di un provvedimento scritto e motivato è strumentale all'esercizio effettivo della tutela giurisdizionale³⁵.

Inoltre, l'interpretazione dell'art. 47 della Carta ha portato all'affermazione, in capo ai giudici degli Stati membri, di poteri inediti³⁶ e finanche alla creazione di appositi rimedi giurisdizionali in situazioni limite caratterizzate da una carenza totale, sul piano interno, di strumenti di tutela giurisdizionale.

Un primo esempio di questo approccio è costituito ancora una volta dalla giurisprudenza in tema di proroga del trattenimento disposto nei confronti di uno straniero in condizione di soggiorno irregolare.

Corte di giustizia, classificati dalla dottrina, in relazione agli effetti del diritto dell'Unione sugli ordinamenti processuali nazionali, ossia quello tracciato dai limiti al principio di autonomia processuale e quello che deriva dai principi del primato e dell'effetto diretto. In proposito, E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, cit., p. 447 ss.

³⁴ Sentenza della Corte del 5 giugno 2014, causa C-146/14 PPU.

³⁵ Sentenza *Mabdi*, cit., punto 44 ss.

³⁶ Dai limiti all'autonomia procedurale derivano al giudice "poteri eccezionali, perché estranei a quelli previsti dall'ordinamento di cui usualmente è l'organo giurisdizionale: l'ordinamento dello Stato membro del foro. Quei poteri eccezionali, infatti, gli sono attribuiti in quanto organo giurisdizionale di un altro ordinamento: quello dell'Unione. È questo, del resto, l'approdo cui è giunta la giurisprudenza della Corte di giustizia, nel delineare il ruolo del giudice nazionale come giudice europeo di diritto comune, in relazione all'essenziale connessione tra quel giudice e la Corte di giustizia rappresentata dal rinvio pregiudiziale". Così B. CORTESE, *L'ordinamento dell'Unione Europea tra autocostituzione, collaborazione e autonomia*, Padova, 2018, pp. 84-85.

Nel già ricordato caso *Mabdi*, la Corte di giustizia è interrogata da un giudice bulgaro sull'ampiezza del sindacato giurisdizionale nel caso in cui sia stata disposta la proroga della detenzione. Per il diritto processuale bulgaro, infatti, il controllo del giudice era in tale contesto limitato ai motivi definiti dall'autorità amministrativa nella richiesta di prorogare la misura; l'organo giurisdizionale adito non avrebbe potuto, in particolare, adottare una pronuncia sul merito né estendere il proprio sindacato alla decisione iniziale di trattenimento. La Corte ha stabilito invece che il giudice nazionale chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di una richiesta di proroga può "deliberare su tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti per stabilire se la proroga del trattenimento sia giustificata"; a tal fine è necessario "un esame approfondito delle specifiche circostanze del singolo caso", che non può essere limitato "ai soli elementi dedotti dall'autorità amministrativa interessata". Il giudice nazionale deve inoltre "essere in grado di sostituire la propria decisione a quella dell'autorità amministrativa o, se del caso, a quella dell'autorità giudiziaria che ha disposto il trattenimento iniziale e di pronunciarsi sulla possibilità di disporre una misura sostitutiva o il rilascio del cittadino di un paese terzo interessato"³⁷. L'autorità giudiziaria nazionale gode dunque della più ampia cognizione e di rilevanti poteri istruttori attivabili d'ufficio.

Più di recente, la Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi sulla portata del sindacato giurisdizionale con riferimento a tutti e tre gli strumenti di diritto derivato presi in considerazione nel presente contributo.

L'occasione è stata offerta dai dubbi sollevati dal giudice olandese in relazione alle norme processuali interne che disciplinano il controllo del giudice sulla decisione amministrativa che dispone il trattenimento. Il rito applicabile in detto Stato non consentirebbe al giudice di pronunciarsi su elementi non

³⁷ Sentenza *Mabdi*, cit., punto 62. In precedenza, la giurisprudenza si era occupata (sempre nel silenzio della direttiva) delle conseguenze della violazione del diritto dell'interessato a essere sentito nell'ambito del procedimento amministrativo finalizzato all'adozione del provvedimento di proroga. Alla luce della salvaguardia dell'effettività della tutela giurisdizionale nel caso concreto e degli obiettivi generali dell'istituto del trattenimento, la Corte aveva precisato che una simile violazione può condurre alla cessazione della misura coercitiva "soltanto se (...) tenuto conto di tutte le circostanze di fatto e di diritto di ciascun caso di specie" sia possibile ritenere "che tale violazione abbia effettivamente privato colui che la invoca della possibilità di difendersi più efficacemente, di modo che il procedimento amministrativo in questione avrebbe potuto comportare un risultato diverso" (v. sentenza della Corte del 10 settembre 2013, causa C-383/13 PPU, *G. e R.*, punti 44 e 45).

dedotti dalle parti, neppure qualora detti elementi fossero indicativi dell'illegitimità del trattenimento nel caso di specie. Nel caso *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*³⁸ la Corte ha affermato che la salvaguardia del “rispetto dei rigorosi presupposti” di legittimità sanciti dal diritto derivato può essere conseguita solo se il giudice è “in grado di deliberare su tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti ai fini della verifica di detta legittimità”. L'organo giurisdizionale adito deve non soltanto poter prendere in considerazione gli elementi addotti dall'autorità amministrativa e dall'interessato, ma deve poter anche “ricercare, laddove lo ritenga necessario, tutti gli altri elementi rilevanti ai fini della propria decisione”. Infatti, le garanzie giurisdizionali “comuni” previste dal diritto derivato dell'Unione assicurano che “la tutela giurisdizionale del diritto fondamentale alla libertà sia garantita in modo efficace in tutti gli Stati membri, che essi prevedano un sistema in cui la decisione di trattenimento è adottata da un'autorità amministrativa con sindacato giurisdizionale o un sistema nel quale tale decisione è adottata direttamente da un'autorità giudiziaria”³⁹.

Le garanzie giurisdizionali “comuni”, disposte da norme munite di efficacia diretta, conferiscono dunque all'interessato il diritto di accedere al giudice nazionale per far valere il sorgere o il perdurare di una situazione di illegittima privazione della libertà e, dunque, il diritto alla liberazione immediata. Ai giudici nazionali devono essere riconosciuti ampi poteri istruttori attivabili anche d'ufficio. Le disposizioni interne che negassero o limitassero queste prerogative devono all'occorrenza essere disapplicate.

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha dunque elaborato alcune caratteristiche uniformi del sindacato giurisdizionale, che in questo settore devono essere garantite da tutti gli Stati membri.

³⁸ Sentenza della Corte dell'8 novembre 2022, cause riunite C-704/20 e C-39/21, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Examen d'office de la rétention)*.

³⁹ Ossia che si avvalgano dell'una o dell'altra possibilità concessa agli Stati dal diritto derivato circa l'autorità (amministrativa o giurisdizionale) legittimata ad adottare la decisione di trattenimento: sentenza *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, cit., punti 77, 87 e 90. La Corte precisa anche che “il rigoroso inquadramento, istituito dal legislatore dell'Unione, del trattenimento e del mantenimento di una misura di trattenimento conduce a una situazione che non è in tutto e per tutto simile a un contenzioso amministrativo in cui l'iniziativa e la delimitazione del procedimento spettano alle parti” e che i poteri officiosi vantati in tale contesto dal giudice prescindono “dalla questione se le rilevanti disposizioni di diritto siano di ordine pubblico” (punti 91-93 e giurisprudenza ivi richiamata).

La Corte si è spinta anche oltre. Essa ha affermato che la competenza ad accertare la legittimità di una misura di privazione della libertà possa eccezionalmente trovare fondamento nello stesso diritto dell'Unione.

Ciò si verifica quando l'ordinamento interno non ha previsto una via di ricorso che consenta all'interessato di adire un giudice. Nel già richiamato caso *Országos*, la Corte ha stabilito infatti che, in simili situazioni, è violato il "contenuto essenziale del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, garantito all'articolo 47 della Carta", poiché si "impedisce, in maniera assoluta, che un giudice statuisca sul rispetto dei diritti e delle libertà garantiti dal diritto dell'Unione al cittadino di un paese terzo trattenuto". In queste ipotesi eccezionali, il giudice comunque adito dalla persona privata della libertà deve dunque disapplicare le norme nazionali che gli impediscono di conoscere della legittimità del trattenimento e dichiarare, sulla base dell'art. 47 della Carta, la propria competenza⁴⁰. Il contenuto essenziale del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva deve quindi essere salvaguardato in ogni ipotesi di trattenimento. Laddove gli Stati membri abbiano omissso la previsione di qualsiasi forma di controllo giurisdizionale, il giudice adito dalla persona coinvolta risulta competente per effetto di una norma dell'Unione direttamente efficace.

4. *L'effettività della tutela nei giudizi interni: il caso italiano*

Le garanzie procedurali previste dal diritto dell'Unione in favore dello straniero detenuto sono state valorizzate dai giudici italiani, per arricchire gli strumenti di tutela stabiliti dal diritto interno. Particolarmente significativo in questo senso è il filone giurisprudenziale sul riesame della decisione amministrativa di trattenimento. Tale rimedio è previsto sia dalla direttiva rimpatri che dalla direttiva accoglienza⁴¹: dopo il primo controllo di legittimità, il trattenimento deve essere sottoposto a riesame a intervalli di tempo ragionevoli. Tuttavia, esso non è mai stato disciplinato dal legislatore italiano⁴². Tanto che

⁴⁰ Sentenza *Országos*, cit., punto 290 ss., spec. punto 294.

⁴¹ Art. 15, par. 3 direttiva rimpatri, cit., e art. 9, par. 5, direttiva accoglienza, cit.

⁴² Sul travagliato percorso che ha portato, tardivamente e con notevolissime lacune, al recepimento in Italia della direttiva rimpatri, si v. C. FAVILLI, *L'attuazione in Italia della direttiva rimpatri: dall'inerzia all'urgenza con scarsa cooperazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3, 2011, pp. 693-

ancora oggi è integralmente regolato in via pretoria.

Secondo la disciplina interna, il trattenimento – sia dello straniero in attesa di rimpatrio che del richiedente protezione⁴³ – è disposto dall'autorità amministrativa, in casi tassativamente previsti dalla legge e purché non sia applicabile nessuna misura alternativa meno afflittiva. Entro 48 ore, il provvedimento amministrativo deve essere convalidato da un organo giurisdizionale⁴⁴. Si tratta del Giudice di Pace per gli stranieri trattenuti a fini di espulsione e della Sezione Specializzata del Tribunale ordinario per i richiedenti protezione. La legge individua la durata massima complessiva del trattenimento e scandisce dei termini intermedi (o termini “di fase”) allo scadere dei quali sono previste nuove verifiche: se l'autorità amministrativa accerta il perdurare delle esigenze di trattenimento può chiederne la proroga, che deve essere oggetto di convalida giudiziaria (sempre entro 48 ore). La questione che si era posta era se, anche prima della scadenza dei termini intermedi, il trattenuto potesse introdurre una domanda giudiziale per veder rivalutata la propria posizione. Tuttavia, nel silenzio della legge, un simile ricorso appariva improcedibile.

Il problema è stato dapprima affrontato dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento al provvedimento che dispone la misura coercitiva (in particolare del trattenuto in attesa di rimpatrio). La Corte di Cassazione ha riconosciuto che il trattenuto trae direttamente dall'art. 15 della direttiva rimpatri, in quanto norma sufficientemente precisa e incondizionata⁴⁵, il diritto a proporre

730. Per una panoramica generale del quadro normativo italiano in materia di allontanamento e detenzione amministrativa dei cittadini stranieri nell'ordinamento italiano prima dell'adozione della direttiva, si v. P. BONETTI, *National Reports – Italy*, in B. NASCIBENE (ed.), *Expulsion and Detention of Aliens in the European Union Countries*, Milan, 2001, pp. 311-376, spec. p. 353 ss., e p. 374 ss.

⁴³ Benché regolati da fonti distinte, il trattenimento dello straniero in attesa di espulsione (art. 14 Testo Unico Immigrazione) e il trattenimento del richiedente asilo (articolo 6 d.lgs. 142/2015) presentano rilevanti sovrapposizioni disciplina, specie per i profili procedurali (cfr., in particolare, art. 6, comma 5, d.lgs. n. 142/2015, cit., che rinvia alla disciplina sugli stranieri trattenuti per il rimpatrio “in quanto compatibile”).

⁴⁴ Cfr. art. 13 Cost.

⁴⁵ La Cassazione richiama in proposito la sentenza *El Dridi*, in cui la Corte ha effettivamente chiarito la diretta efficacia dell'art. 15 della direttiva rimpatri (sentenza della Corte del 28 aprile 2011, causa C-61/11). È opportuno ricordare però che la questione oggetto del rinvio pregiudiziale riguardava un diverso problema, ossia la “compatibilità” (infine negata dalla soluzione della Corte) con la direttiva rimpatri della normativa italiana che puniva con la reclusione le violazioni dell'ordine di allontanarsi dal territorio nazionale, anche in pendenza della

“domanda giudiziale di riesame” del provvedimento che ne ha disposto il trattenimento⁴⁶. La Corte di cassazione ha altresì individuato il giudice competente e il rito da seguire per l'esame della domanda di riesame. La scelta è ricaduta sul rito camerale, ritenuto idoneo ad assicurare le garanzie del contraddittorio, da svolgersi davanti allo stesso giudice della convalida⁴⁷. La soluzione elaborata dalla Cassazione appariva però circoscritta a certe condizioni, in particolare alla “novità” degli elementi che il trattenuto avrebbe potuto sottoporre al giudice.

Il giudice di legittimità ha in seguito esteso l'applicazione di questo approccio anche al caso in cui la domanda di riesame riguardi, non la decisione iniziale, ma il provvedimento che dispone la proroga del trattenimento. La Cassazione ha inoltre chiarito maggiormente i principi fondativi della propria giurisprudenza. Essa ha stabilito che il diritto al ricorso è conferito al singolo immediatamente dal diritto derivato dell'Unione direttamente efficace. La disciplina applicabile è stata invece ricavata facendo leva sui parametri nazionali (artt. 13 e 24 Cost.) e sovranazionali (l'art. 47 Carta e l'art. 5 CEDU), che impongono nell'ordinamento italiano la tutela effettiva della posizione dello straniero privato della libertà⁴⁸.

La portata del rimedio è stata ancora ampliata dalla giurisprudenza successiva valorizzando la natura del trattenimento come misura privativa della libertà personale e quindi “coperta” dalla riserva di giurisdizione assoluta di cui all'art. 13 della Costituzione⁴⁹. Così facendo, sono state estese al riesame

procedura di rimpatrio.

⁴⁶ Sentenza della Corte di cassazione, sez. I civ., del 29 settembre 2017, n. 22932, si v. spec. il punto 4.6.2.

⁴⁷ In base al principio c.d. di “concentrazione delle tutele”.

⁴⁸ Sentenza della Corte di Cassazione del 23 settembre 2019, n. 27076.

⁴⁹ Si v. anche sentenza della Corte costituzionale del 10 aprile 2001, n. 105, in cui la Corte ha affermato che il trattenimento previsto dal legislatore italiano “presso i centri di permanenza temporanea e assistenza è misura incidente sulla libertà personale, che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell'articolo 13 della Costituzione. Si può forse dubitare se esso sia o meno da includere nelle misure restrittive tipiche espressamente menzionate dall'articolo 13; e tale dubbio può essere in parte alimentato dalla considerazione che il legislatore ha avuto cura di evitare, anche sul piano terminologico, l'identificazione con istituti familiari al diritto penale, assegnando al trattenimento anche finalità di assistenza e prevedendo per esso un regime diverso da quello penitenziario. Tuttavia, se si ha riguardo al suo contenuto, il trattenimento è

del trattenimento alcune caratteristiche essenziali del sindacato giurisdizionale tipiche dei giudizi in materia di libertà personale. Su questi presupposti, la Corte di Cassazione ha ritenuto, ad esempio, che il giudice del riesame del trattenimento non sia vincolato ai motivi addotti dalle parti e sia dunque libero di vagliare qualsiasi elemento rilevante nel caso di specie. Inoltre, la cognizione del giudice adito per il riesame non è circoscritta ai fatti “nuovi” o comunque “non noti” in precedenza⁵⁰. Non opera, cioè, l’effetto preclusivo del giudicato, in ragione della natura cautelare attribuita al giudizio⁵¹.

La garanzia effettiva del diritto alla libertà personale del trattenuto ha anche determinato l’estensione ad altre garanzie, tipicamente connesse alla detenzione penale. La Corte di cassazione ha così riconosciuto che allo straniero illegittimamente trattenuto spetta il risarcimento per ingiusta detenzione, come disciplinato dal codice di procedura penale interno, proprio per l’analogia tra il sacrificio alla libertà che si determina per effetto del trattenimento e per effetto della detenzione⁵².

L’applicazione del principio della tutela giurisdizionale effettiva, consacrato all’art. 47 della Carta e concretizzato nell’art. 15 della direttiva rimpatri, ha consentito di arricchire le garanzie processuali previste dall’ordinamento italiano. La diretta efficacia di questo principio, e della relativa disposizione che ne è espressione specifica, ha imposto il riconoscimento di un’apposita via di ricorso, voluta dal diritto dell’Unione, ma ignorata dall’ordinamento italiano. La disciplina specifica di questo rimedio è stata poi ricostruita dai giu-

quantomeno da ricondurre alle “altre restrizioni della libertà personale”, di cui pure si fa menzione nell’articolo 13 della Costituzione. (...) Si determina dunque nel caso del trattenimento, anche quando questo non sia disgiunto da una finalità di assistenza, quella mortificazione della dignità dell’uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all’altrui potere e che è indice sicuro dell’attinenza della misura alla sfera della libertà personale” (punto 4).

⁵⁰ Si v. da ultimo in questo senso l’ordinanza dell’11 dicembre 2022, con cui il Tribunale di Milano ha sottoposto una questione di legittimità costituzionale che verte sulle implicazioni della corretta individuazione del momento di acquisizione della qualifica di richiedente asilo ai fini del calcolo dei termini di convalida del trattenimento (con evidenti ripercussioni sul calcolo della durata massima dello stesso) nel caso in cui sia disposta la prosecuzione della misura coercitiva nei confronti dello straniero che richiede protezione essendo già trattenuto in attesa di espulsione.

⁵¹ Così, ad esempio, sentenza della Corte di Cassazione, sez. I civ., del 14 settembre 2021, n. 24721; sentenza della Corte di Cassazione, sez. VI civ., del 6 ottobre 2022, n. 29152.

⁵² Sentenza della Corte di Cassazione, sez. I civ., dell’11 febbraio 2022, n. 4562.

dici italiani, ricorrendo non solo alle fonti dell'Unione, ma anche (e soprattutto) alle disposizioni costituzionali e della CEDU che delineano le garanzie a favore delle persone private della libertà.

5. *Considerazioni conclusive*

L'analisi svolta consente di tracciare alcune considerazioni conclusive circa la centralità del sindacato giurisdizionale sui presupposti di legittimità del trattenimento.

Presupposti che, come si è visto, sono stati ricostruiti rigorosamente dalla Corte di giustizia, a salvaguardia del diritto fondamentale alla libertà personale dello straniero trattenuto. Tale approccio ha portato la Corte a intendere restrittivamente il potere degli Stati membri di disporre o prolungare la misura coercitiva, anche laddove maggiormente ampia è la discrezionalità concessa dal diritto derivato. A partire da essenziali caratteristiche, comuni a tutti gli strumenti di settore, la Corte ha inoltre elaborato una nozione autonoma di trattenimento, così da attrarre nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, con tutte le connesse garanzie individuali, anche situazioni "elusive", in cui l'individuo è sottoposto a misure coercitive assimilabili, nella sostanza, al trattenimento.

A questo rigore ricostruttivo e "creativo" la Corte ha accompagnato il rafforzamento del sindacato giurisdizionale dei giudici interni. Spetta a costoro, quali "giudici comuni dell'Unione", garantire le prerogative dei singoli nel caso concreto. Questo assunto generale e cardinale per l'architettura giurisdizionale dell'Unione⁵³ assume, nell'ambito che ci occupa, una connotazione peculiare, in considerazione della natura dello stesso diritto fondamentale inciso. La rapida protezione giudiziaria contro la privazione illegittima o arbitraria della libertà è infatti un elemento proprio del valore

⁵³ V. art. 19, par. 1, secondo comma, TUE. Sulla centralità del sindacato dei giudici nazionali, sia quali garanti dei diritti dei singoli sia in rapporto al sistema del rinvio pregiudiziale e, dunque, alla tenuta complessiva del sistema giurisdizionale dell'Unione, si v. le recenti riflessioni di B. CORTESE, *Il divieto di espulsioni collettive: riflessioni sul rischio di snaturamento dell'ordinamento giuridico dell'Unione alle sue frontiere esterne*, in A. TIZZANO, P. DE PASQUALE, F. FERRARO, R. MASTROIANNI (a cura di), *Giuseppe Tesaurò. Un uomo, un europeista*, Napoli, 2023, pp. 245-264.

comune dello Stato di diritto, sancito anche dagli obblighi internazionali degli Stati membri⁵⁴.

L'esigenza di garantire effettività al diritto fondamentale di cui all'art. 6 della Carta corrisponde allora alla garanzia (assicurata da un organo giurisdizionale nel caso concreto) che nell'ordinamento dell'Unione la privazione della libertà per fini di controllo dell'immigrazione avvenga esclusivamente nelle modalità e nei casi definiti dal legislatore.

Questa esigenza è stata soddisfatta dalla Corte non solo ponendo degli argini alla discrezionalità statale di regolare aspetti procedurali (c.d. autonomia procedurale). Ma anche attraverso l'ampliamento della portata del sindacato giurisdizionale, abilitando il giudice a disapplicare le norme interne limitative o preclusive. Ma soprattutto è tale esigenza a imporre che sia istituito e accessibile un rimedio giurisdizionale effettivo nelle situazioni in cui tale rimedio non è stato predisposto dall'ordinamento interno, in grave violazione del valore fondamentale dello Stato di diritto, nonché degli obblighi internazionali già ricordati.

Una situazione (solo per alcuni aspetti) simile si è verificata nell'ordinamento italiano. Si è visto come la giurisprudenza di legittimità si sia sostituita al legislatore nazionale nell'adempimento del vincolo attuativo, elaborando, a partire dal diritto derivato direttamente efficace, un rimedio giurisdizionale che consente all'individuo interessato di sottoporre al riesame del giudice la sussistenza o la permanenza dei presupposti giustificativi del trattenimento.

La Corte di Cassazione italiana si è dimostrata sensibile al dato normativo dell'Unione nel settore esaminato, valorizzando le garanzie giurisdizionali "rafforzate" del singolo previste dal diritto derivato. Per altro verso però, la giurisprudenza interna appare incline a ricostruire la tutela giurisdizionale del diritto alla libertà dello straniero trattenuto secondo il parametro costituzionale. I richiami, solo talvolta presenti, alla Carta dei diritti fondamentali sem-

⁵⁴ V. art. 5, par. 4, CEDU. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte qualificato la necessità del sindacato giurisdizionale sui vari profili che attengono alla garanzia contro le privazioni arbitrarie della libertà personale quale caratteristica essenziale dello Stato di diritto: si v. sentenza della Corte EDU del 28 novembre 1988, ric. nn. 11209/84, 11234/84, 11266/84 e 11386/85, *Brogan e a. c. Regno Unito*, punto 58; del 5 luglio 2016, ric. n., 23755/07, *Buzadji c. Repubblica di Moldavia*, punto 84; del 22 ottobre 2018, ric. nn. 35553/12, 36678/12 e 36711/12, *S., V. e A. c. Danimarca*, punti 73 e 83.

brano avere un ruolo meramente rafforzativo di un *iter* logico fondato principalmente sulle garanzie costituzionali interne. La stessa giurisprudenza della Corte di giustizia, nonostante i relevantissimi approdi, non trova ampia collocazione nei casi esaminati. Guardando a queste “lacune” formali si potrebbe facilmente immaginare una certa distanza tra l’approccio interno e quello “comune” alla tutela giurisdizionale effettiva del diritto alla libertà personale.

Tuttavia, se si considerano invece i risultati concreti, si nota piuttosto come entrambi i filoni giurisprudenziali coincidano su un punto cardinale, ossia il rafforzamento dell’intensità del sindacato del giudice nazionale, come presidio essenziale del diritto alla libertà personale dell’individuo. Regolando in via pretoria il riesame del trattenimento, la giurisprudenza italiana appare invero realizzare proprio le esigenze dell’effettività come sopra intese, ristabilendo un punto di equilibrio tra le prerogative fondamentali del singolo e lo spazio di arbitrio lasciato dalla grave inerzia del legislatore nazionale.

*I meccanismi istituzionali di attuazione
del diritto dell'Unione europea*
Terza sessione

IL FENOMENO DEL *GOLD-PLATING*: UN OSTACOLO
(SOTTOSTIMATO) ALL'EFFETTIVITÀ
DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Camilla Burelli¹

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La definizione (incerta) di *gold-plating*. – 3. Gli effetti del *gold-plating* e la *ratio* del suo divieto nella disciplina “comunitaria” e nazionale. – 4. Le ragioni per cui gli Stati membri ricorrono al *gold-plating*. – 5. I principali settori in cui si verifica il *gold-plating* in Italia. – 6. Brevi considerazioni conclusive: il *gold-plating* e l'effettività del diritto dell'Unione europea.

1. *Premessa*

Il termine *gold-plating*, di evidente derivazione anglofona, significa letteralmente “placcare d'oro”². L'icastica espressione ha lo scopo di descrivere un fenomeno relativo all'attuazione del diritto dell'Unione europea all'interno degli Stati membri. Tale momento attuativo, come sembra suggerire la locuzione, sarebbe caratterizzato da un'attività consistente metaforicamente nel ricoprire d'oro e, quindi, nell'impreziosire l'atto di origine “comunitaria”. Non deve stupire, quindi, che in italiano l'espressione sia stata tradotta talvolta con il termine “orpellatura”³, talaltra

¹ Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Milano. Il contributo costituisce una versione ridotta e parzialmente modificata dell'articolo *Il gold-plating e l'armonizzazione “spontanea”, due tecniche legislative a confronto*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2022, p. 617 ss.

² Ricostruiscono l'origine nel termine, ad esempio, G. RIVELLINI, *Il divieto di gold-plating e il problema della sua giustiziabilità in Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2021, p. 815 ss., spec. p. 816 ss.; L. SQUINTANI, *Beyond Minimum Harmonisation. Gold-Plating and Green-Plating of European Environmental Law*, Cambridge, 2019, spec. p. 13 ss. In anni più risalenti v. anche T. AMBLER, F. CHITTENDEN, M. OBODOVSKI, *How Much Regulation Is Establishing Gold Plating? A Study of UK Elaboration of EU Directives*, London, 2004, spec. p. 10 ss.

³ V. la risoluzione del Parlamento europeo, del 9 settembre 2010, su “Legiferare meglio” – 15a relazione annuale della Commissione ai sensi dell'art. 9 del Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità (2009/2142 (INI)), spec. punto 38.

con il termine “infiorettatura”⁴, che ugualmente rievocano l’operazione di aggiungere (inutilmente) “lustro”.

Il *gold-plating* può quindi essere definito, in via di prima approssimazione, come un eccesso di regolamentazione da parte del legislatore nazionale in fase di attuazione del diritto dell’Unione. Tale “sovraregolamentazione” sarebbe contraddistinta dall’imposizione di oneri normativi, amministrativi e burocratici ulteriori e più stringenti rispetto a quelli richiesti esplicitamente dall’atto “comunitario”.

La diretta conseguenza di tale fenomeno è un’applicazione divergente e disomogenea del diritto dell’Unione europea da Stato a Stato; applicazione divergente che può verosimilmente determinare – pur, come si vedrà, nella sua tendenziale legittimità – un ostacolo al conseguimento di obiettivi di uniformità ed efficacia legislativa.

Lo scopo del presente contributo, quindi, è quello di comprendere (*recitius*, tentare di comprendere) come e in che misura tale fenomeno agisca (più o meno negativamente) sull’effettività del diritto dell’Unione europea. Considerando, infatti, che il problema della sovraregolamentazione si pone nel momento dell’attuazione degli atti dell’Unione, è giocoforza presumere che esso possa costituire un importante ostacolo all’effettività delle norme “comunitarie” e al conseguimento del loro effetto utile.

2. *La definizione (incerta) di gold-plating*

Prima di concentrare l’attenzione sul rapporto tra *gold-plating* ed effettività del diritto dell’Unione europea, pare utile delineare i tratti essenziali della nozione di *gold-plating*, operazione invero tutt’altro che agevole, risultando i confini definatori del termine piuttosto incerti. Alla forza evocativa del termine *gold-plating*, infatti, non corrisponde un’eguale chiarezza sulla sua portata applicativa. Le difficoltà derivano principalmente dalla trasversalità che connota il fenomeno: può invero assumere forme, fisionomie e, soprattutto, avere una *ratio* parzialmente differenti a seconda del

⁴ V. il parere del Comitato delle Regioni, del 13 maggio 2013, Adeguatezza della regolamentazione dell’Unione europea, spec. punto 39.

contesto politico, economico e financo culturale in cui si verifica⁵. Si pensi, ad esempio, all'Italia e alla Spagna, dove il fenomeno rileva soprattutto nel settore dei contratti pubblici⁶. Nel Regno Unito e in Svezia, invece, sembra spicchino per importanza settori come la sicurezza dei lavoratori e la salute⁷.

Il diverso contesto giuridico di ciascun Paese determina, quindi, l'emersione del fenomeno in aree dell'ordinamento completamente diverse e implica, di conseguenza, che le ragioni per cui si verifica il *gold-plating* siano potenzialmente molto eterogenee e, quindi, di complessa razionalizzazione.

Le difficoltà legate alla ricostruzione semantica del termine derivano anche dall'assenza di una definizione univoca a livello "comunitario": si rinvengono, tutt'al più, molteplici versioni definitorie che, sebbene caratterizzate da un "minimo comune denominatore" (*i.e.* "regolamentazione oltre i requisiti imposti dalla legislazione UE"⁸), risultano

⁵ È stato correttamente scritto che il fenomeno del *gold-plating* è "tipicamente europeo ed è conosciuto in diversi Stati membri, ma nonostante i vocaboli utilizzati siano tutti riconducibili all'espressione inglese *gold-plating*, quest'ultima non sembra sufficientemente delineata nei suoi profili funzionali e strutturali. Sicuramente la declinazione del *gold-plating* in varie lingue aiuta a individuare alcuni tratti comuni, ma non è detto che, passando da un ordinamento all'altro, la portata del fenomeno resti la stessa", v. G. RIVELINI, *op. cit.*, spec. p. 818.

⁶ Con riferimento alla Spagna v., *amplius*, J. TEJEDOR BILESA, *La contratación pública en España: ¿sobre-regulación o estrategia? Causas y consecuencias de su problemática aplicación*, Madrid, 2018. Con riguardo all'Italia, invece, v. *infra*, § 5.

⁷ Svolge una ricognizione dei casi in cui si è verificato il *gold-plating* in alcuni Stati membri, tra cui Regno Unito e Svezia, il *report* del Comitato economico e sociale, *Smart Governance of the internal market for business*, Bruxelles, 2014, p. 1 ss., spec. p. 39 ss.

⁸ Tale definizione è riportata in quasi tutti i documenti che trattano il tema: v. *Mandelkern Group on Better Regulation, Final Report*, 13 November 2001, spec. p. 66; comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, "Legiferare con intelligenza nell'Unione europea", Bruxelles, 8 ottobre 2010, COM (2010) 543def., p. 6, spec. punto 15; Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici – Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, Bruxelles, 27 gennaio 2011, COM (2011) 15def., spec. p. 14; relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, "Ridurre al minimo indispensabile gli oneri normativi che gravano sulle PMI - Adeguare la normativa dell'UE alle esigenze delle microimprese", Bruxelles, 23 novembre 2011, COM (2011) 803, spec. p. 2; risoluzione del Parlamento

nei fatti parzialmente diverse⁹.

Le differenze, benché apparentemente minime¹⁰, possono in potenza determinare conseguenze pratiche di non poco conto. Si pensi, a mero titolo

europeo, del 14 settembre 2011, su una migliore legiferazione, sulla sussidiarietà, la proporzionalità e la normativa intelligente, (2011/2029 (INI)), spec. punto L; parere del Comitato delle Regioni, “Adeguatezza della regolamentazione dell’Unione europea”, cit., spec. punto 39; High Level Group on Administrative Burdens, “Cutting Red Tape in Europe”, Final Report, Bruxelles, 2014, spec. p. 20; risoluzione del Parlamento europeo, del 4 febbraio 2014, sull’adeguatezza della regolamentazione dell’Unione europea e sulla sussidiarietà e la proporzionalità (“Legiferare meglio” - 19a relazione riguardante l’anno 2011) (2013/2077 (INI)), spec. punto 19; parere del Comitato europeo delle regioni, “Agenda dell’UE ‘Legiferare meglio’”, 14 ottobre 2015, CDR 4129/2015, spec. punto 43; comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, “Legiferare meglio per ottenere risultati migliori – Agenda dell’UE”, Strasburgo, 19 maggio 2015, COM (2015) 215final, spec. p. 7; decisione del Parlamento europeo, del 9 marzo 2016, sulla conclusione di un accordo interistituzionale “Legiferare meglio” tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell’Unione europea e la Commissione europea (2016/2005 (ACI)), spec. p. 95; risoluzione del Parlamento europeo, del 12 aprile 2016 “Verso una migliore normativa sul mercato unico” (2015/2089 (INI)), spec. p. 57; Commission staff working document, “Better Regulation Guidelines”, Bruxelles, 7 July 2017, SWD (2017) 350, spec. p. 9; risoluzione del Parlamento europeo, del 30 maggio 2018, sull’interpretazione e l’applicazione dell’accordo interistituzionale “Legiferare meglio” (2016/2018 (INI)), spec. p. 99; comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, “Piano d’azione a lungo termine per una migliore attuazione e applicazione delle norme del mercato unico”, Bruxelles, 10 marzo 2020, COM (2020) 94final, spec. p. 3; comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, “Una strategia per le PMI per un’Europa sostenibile e digitale”, Bruxelles, 10 marzo 2020, COM (2020) 103final, spec. p. 8.

⁹ L’assenza di una definizione standard di *gold-plating* è stata rilevata più volte dal Comitato delle Regioni. Già nel 2013 auspicava l’adozione di “[...] una definizione standard di tale pratica valida per tutta l’UE, allo scopo di garantire la certezza del diritto nell’attuazione e applicazione delle norme europee [...]” (v. il parere “Adeguatezza della regolamentazione dell’Unione europea”, cit., spec. punto 40); nel 2015, a fronte della formulazione di “definizioni diverse di *gold-plating*”, ribadiva “la sua proposta di adottare una definizione uniforme per garantire chiarezza giuridica nel recepimento e nell’applicazione della legislazione dell’UE” (v. il parere “Agenda dell’UE ‘Legiferare meglio’”, cit., spec. punto 44); proposta ancora una volta avanzata nel parere “Il programma REFIT: la prospettiva locale e regionale”, Bruxelles, 9 giugno 2017, p. 8 ss., spec. punto 25.

¹⁰ Non è possibile, in questa sede, elencarle tutte. Per una loro completa analisi, quindi, sia concesso rinviare a C. BURELLI, *Il gold-plating*, cit., spec. pp. 628-629.

esemplificativo, all'estensibilità del fenomeno al solo recepimento di direttive ovvero all'attuazione di qualsivoglia atto di derivazione "comunitaria". In questo senso, i documenti ufficiali sono poco chiari, essendovene alcuni che (consapevolmente o meno) parlano solo di "recepimento di direttive"¹¹ e altri che, all'opposto, parlano più genericamente di "recepimento della legislazione dell'UE"¹² o, con condivisibile eshaustività, di "recepimento o attuazione della legislazione dell'Unione"¹³ (corsivo aggiunto).

Tra le varie definizioni, spicca per chiarezza e completezza quella data dalla Commissione nella comunicazione del 2010 "Legiferare con intelligenza nell'Unione europea", secondo cui il termine *gold-plating* si riferisce: "alla prassi delle autorità nazionali di regolamentare oltre i requisiti imposti dalla legislazione UE, in sede di recepimento o di attuazione in uno Stato membro". Tale descrizione sembra invero sufficientemente ampia da annoverare al suo interno: (i) tutte le autorità nazionali (*ergo*, non solo il legislatore – sia esso delegato o meno – ma anche le autorità indipendenti con funzioni regolatorie); (ii) l'elemento dell'imposizione di requisiti ultronei, in quanto tali di per sé legittimi ma potenzialmente ingiustificati e (iii) il fatto che questo "eccesso di regolamentazione" possa avvenire in sede di recepimento di direttive, ma anche, più in generale, nel momento attuativo di qualsivoglia atto dell'Unione europea.

La Corte di giustizia, dal canto suo, non si è mai pronunciata sulla questione¹⁴. In effetti, a meno che il superamento dei requisiti imposti dalla

¹¹ V., ad esempio, il citato *report* finale del *Mandelkern Group*, spec. pp. 66-69; il parere "Adeguatezza della regolamentazione dell'Unione europea", cit., spec. punto 39; la risoluzione del Parlamento europeo sull'adeguatezza della regolamentazione dell'Unione europea e sulla sussidiarietà e la proporzionalità, cit., spec. punto 41.

¹² V., ad esempio, relazione della Commissione, "Ridurre al minimo indispensabile gli oneri normativi che gravano sulle PMI", cit., spec. p. 2; parere "Agenda dell'UE 'Legiferare meglio'", cit., spec. punto 43; COM (2015) 215final, cit., spec. p. 7; parere del Comitato economico e sociale europeo su "L'impatto della sussidiarietà e della sovraregolamentazione sull'economia e l'occupazione" (parere esplorativo richiesto dalla presidenza austriaca), Bruxelles, 2018, spec. punto 1.4.

¹³ V., sempre a titolo esemplificativo, COM (2010) 543def., cit., spec. p. 6, punto 15; accordo interistituzionale "Legiferare meglio", cit., spec. punto 4; il Commission staff working document, "Better Regulation Guidelines", cit., spec. p. 9.

¹⁴ Il termine *gold-plating* compare solamente nelle conclusioni dell'Avvocato generale Michal Bobek, del 18 marzo 2021, causa C-605/18, *Adler Real Estate e a.*, spec. punto 10, in

legislazione dell'Unione non si traduca in uno scorretto recepimento di direttive o, comunque, in una vera e propria violazione del diritto "comunitario", la Corte non ha competenza a pronunciarsi sull'eccesso di regolamentazione, trattandosi di una questione che attiene sì al rapporto tra ordinamenti, ma che, in concreto, concerne la sola attività legislativa domestica¹⁵.

La giurisprudenza nazionale, invece, tende a riprendere testualmente quanto stabilito dall'art. 14, comma 24-*bis*, della legge n. 246/2005¹⁶, che impone al legislatore delegato un divieto generale di *gold-plating*: esso è stato infatti definito, al pari della menzionata disposizione, come "l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive"¹⁷.

I sostantivi "introduzione" e "mantenimento" suggeriscono la possibilità, per il *gold-plating*, di assumere due forme: una attiva e l'altra passiva¹⁸. Con *gold-plating* attivo si intende la circostanza per cui il legislatore nazionale aggiunge ulteriori e diversi requisiti rispetto a quelli previsti nella disciplina "comunitaria" rilevante. Con *gold-plating* passivo, invece, si intende l'ipotesi in

materia di obblighi di trasparenza riguardanti i valori mobiliari ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato situato o operante in uno Stato membro.

¹⁵ Tratta il tema G. RIVELLINI, *op. cit.*, spec. pp. 828-829.

¹⁶ Il divieto di *gold-plating* è stato introdotto in Italia dall'art. 15, comma 2, lett. b), della legge del 12 novembre 2011, n. 183, con l'inserimento, nell'art. 14 della legge del 28 novembre 2005, n. 246, dei commi 24-*bis*, *ter* e *quater*, su cui *infra*, § 3.

¹⁷ V., ad esempio, sentenza della Corte costituzionale del 5 maggio 2020, n. 100. Con riguardo alla giustizia amministrativa v., *ex multis*, sentenze del TAR Roma, del 19 marzo 2014, n. 3009; del TAR Genova, del 15 novembre 2018, n. 886; del TAR Milano, del 26 agosto 2019, n. 1919; sentenze del Consiglio di Stato, del 30 giugno 2020, sez. VI, n. 4156; del 5 agosto 2020, sez. IV, n. 4937; del 12 febbraio 2021, sez. V, n. 1291; del 19 ottobre 2021, sez. IV, n. 7023. La Cassazione civile si è pronunciata, ad esempio, con sentenza del 21 marzo 2019, n. 8047 e con sentenza del 3 maggio 2019, n. 11722. Non si rinvergono casi in materia penale.

¹⁸ Il primo documento in cui si distingue espressamente tra *gold-plating* attivo e *gold-plating* passivo è la relazione sulle buone pratiche degli Stati membri per l'attuazione della normativa UE con il minor onere amministrativo, del Gruppo ad alto livello di parti interessate indipendenti sugli oneri amministrativi, redatta a Varsavia, il 15 novembre 2011, spec. pp. 35-36 e 75. In seguito, la distinzione è stata ripresa anche in dottrina. V., ad esempio, G. RIVELLINI, *op. cit.*, spec. p. 816; M. JABŁOŃSKI, *The Danger of So-Called Regulatory 'Gold-Plating' in Transposition of EU Law - Lessons from Poland*, in *Studia Iuridica*, 2017, p. 73 ss., spec. p. 77; E. OJETTI, *Il controllo parlamentare sul gold-plating. L'esperienza italiana nel quadro europeo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017, p. 1 ss., spec. p. 5.

cui il legislatore, non abrogando delle disposizioni nazionali preesistenti alla normativa UE, mantiene dei requisiti ulteriori.

Il *gold-plating*, sia attivo che passivo, può essere giustificato o ingiustificato. L'eccesso di sovraregolamentazione potrebbe essere infatti giustificato da primarie esigenze dell'ordinamento interno, con cui il divieto di *gold-plating* deve essere bilanciato¹⁹.

Nel primo caso, l'art. 14, comma 24-*quater*, della menzionata l. n. 246/2005 dispone che il legislatore italiano, ritenendolo evidentemente giustificato, debba darne conto nella c.d. AIR (analisi di impatto di regolamentazione, su cui *infra*, § 6)²⁰.

Si noti, infine, come accennato, che il *gold-plating* non è di per sé illegittimo: se proporzionato e, quindi, giustificato da circostanze eccezionali che lo rendono necessario, non pone problemi in punto di legittimità.

Peraltro, affinché il *gold-plating* possa dirsi effettivamente legittimo è a monte necessario che il livello di armonizzazione richiesto dall'atto di derivazione "comunitaria" sia minimo²¹. Come noto, l'armonizzazione minima comporta che gli Stati membri conservino un certo grado di discrezionalità nell'attuazione del diritto dell'Unione. Ne segue che, entro questo margine, sempre che la sovraregolamentazione sia proporzionata, il *gold-plating*, per quanto preferibilmente da evitare per gli effetti negativi che produce su imprese e cittadini (su cui *infra*, § 3), sarà in ogni caso possibile e legittimo²². Viceversa,

¹⁹ Nel già citato parere del Comitato delle regioni, "Adeguatezza della regolamentazione dell'Unione europea", spec. punto 42, si dà atto del fatto che il *gold-plating* non è proibito dal diritto dell'Unione e che, in alcuni casi, può essere "giustificato che la legislazione nazionale o subnazionale introduca un livello più elevato di protezione rispetto a quello stabilito dalla direttiva europea da recepire".

²⁰ V. L. SQUINTANI, *op. cit.*, spec. p. 33, che rileva: "Another refinement is that between voluntary and inadvertent gold-plating. Inadvertent gold-plating means that the gold-plating was not motivated or justified in consultation and through costs/benefits analyses, or that past justifications no longer suffice".

²¹ Nel *report* del Comitato economico e sociale, "Smart Governance of the internal market for business", cit., spec. p. 15, si legge: "While it is legally clear that there is no right or obligation of the EU to intervene when Member States are gold-plating, the European Commission itself sees 'gold-plating' as a risk to its Better Regulation policy and has noted that, whilst not illegal, 'gold-plating' is bad practice because it imposes costs that could have been avoided".

²² Collega il livello (minimo) di armonizzazione al *gold-plating* il *Mandelkern report*, ove si legge: "'gold plating' usually occurs where a Directive provides for minimum harmonisation"

qualora venga imposta un'armonizzazione massima, non potendo gli Stati membri discostarsi da quanto previsto dall'atto "comunitario" (*ie* una direttiva), ogni eventuale sovraregolamentazione non solo non è *gold-plating*, ma è verosimilmente fonte di una violazione del diritto dell'Unione per scorretto recepimento, in quanto tale suscettibile di essere contestato con una procedura di infrazione²³. Ne deriva che, *a contrario*, quando è lo stesso diritto dell'Unione ad accordare la possibilità di introdurre misure più stringenti, allo stesso modo non si sarà in presenza di *gold-plating*²⁴.

3. *Gli effetti del gold-plating e la ratio del suo divieto nella disciplina "comunitaria" e nazionale*

Il *gold-plating*, come accennato, concerne tipicamente il momento attuativo del diritto UE ed è caratterizzato dall'imposizione di oneri normativi, amministrativi e burocratici ulteriori rispetto a quelli espressamente richiesti dall'atto UE.

Il fenomeno può essere inserito (e così generalmente è stato fatto) entro un più generale discorso di *better regulation*²⁵. D'altronde, specie in un sistema di *governance* multilivello com'è quello dell'Unione europea, è chiaro che la realizzazione di una migliore regolamentazione e, in particolare, il conseguimento della semplificazione normativa e della riduzione degli oneri amministrativi dipende inevitabilmente (anche) da un'efficace, omogenea e uniforme applicazione della legislazione "comunitaria" negli e tra gli Stati membri²⁶.

(spec. p. 68). Anche la Corte costituzionale, nella sentenza n. 100/2020, cit., ha dichiarato che "L'esatta individuazione [del] fenomeno andrebbe operata tenendo conto della finalità di omogeneità che la legislazione europea mira a realizzare nell'ambito dell'Unione [...]" (spec. punto 2.2).

²³ V., in questo senso, G. RIVELLINI, *op. cit.*, spec. p. 829.

²⁴ Come osservato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 100/2020, cit.: "Ove la legislazione europea riconosca ai singoli Stati facoltà di autonoma disciplina, in relazione alla individuazione di più stringenti sistemi di tutela, non potrebbe ravvisarsi una ipotesi di *gold-plating*" (spec. punto 2.2). Si pensi, ad esempio, all'art. 193 TFUE (dettato in materia di ambiente), che prevede che "I provvedimenti di protezione adottati in virtù dell'art. 192 non impediscono ai singoli Stati membri di mantenere e di prendere provvedimenti per una protezione ancora maggiore".

²⁵ V. *infra*, nota 34.

²⁶ Pone in termini problematici il tema il *report* del Comitato economico e sociale, "Smart

Eventuali differenze “in eccesso” nell’applicazione del diritto dell’Unione, infatti, possono avere come effetto quello di aumentare gli oneri burocratici che gravano sulle imprese e sui cittadini dello Stato che fa *gold-plating* e, di conseguenza, provocare iniqui *gap* concorrenziali tra gli operatori economici dei vari Paesi membri²⁷. In questo senso, il fenomeno del *gold-plating*, comportando un’applicazione disomogenea del diritto dell’Unione da Paese a Paese, può verosimilmente determinare, nella sua tendenziale legittimità, un ostacolo al raggiungimento dei menzionati obiettivi di uniformità, omogeneità ed efficacia legislativa e, quindi, può verosimilmente impedire il conseguimento degli obiettivi imposti dalla norma “comunitaria”²⁸.

È stato correttamente evidenziato che un “quadro regolatorio stabile e chiaro che si applichi, indistintamente, in tutti [gli] Stati membri”²⁹ ha il pregio di “livellare” possibili squilibri competitivi ed evitare una “sleale concorrenza tra ordinamenti in possibili *race to the top* o *race to the bottom*”³⁰. Inoltre, la diversità regolamentare tra Stati membri, e in particolare l’eccesso di regolamentazione in alcuni di essi, potrebbe favorire l’emergere di pratiche abusive (in specie da parte dei privati) volte alla scelta dell’ordinamento più favorevole³¹.

La *ratio* degli interventi dell’Unione e nazionali diretti a impedire il fenomeno del *gold-plating* è, quindi, evidente: impedire “l’introduzione, in via

Governance of the internal market for business”, cit., p. 1 ss., spec. p. 12, ove si legge: “Because of the multi-level governance in the EU, unnecessary complexity may emerge at different levels; hence it may prove equally difficult to understand the most appropriate way to intervene and introduce smart governance”.

²⁷ Nel menzionato parere “L’impatto della sussidiarietà e della sovraregolamentazione sull’economia e l’occupazione”, viene altresì rilevato che “alcuni portatori di interessi, invece, sono del parere che l’uso del termine stigmatizzato di “sovraregolamentazione” rischi di mettere in discussione alcune norme più avanzate adottate democraticamente dagli Stati membri e da questi introdotte nei loro ordinamenti giuridici, in particolare in materia di diritto del lavoro, dei consumatori e dell’ambiente nonché di libere professioni”, spec. punto 1.4.

²⁸ V., in questo senso, Comitato economico e sociale europeo, “L’impatto della sussidiarietà e della sovraregolamentazione sull’economia e l’occupazione”, cit., spec. punto 1.3.

²⁹ Così E. OJETTI, *op. cit.*, spec. p. 1.

³⁰ *Ibidem*, spec. p. 1.

³¹ Sul tema dell’abuso del diritto, qui non affrontabile, v., per tutti, G. TESAURO, *L’abuso del diritto nel sistema giuridico dell’Unione europea*, in AA.VV., *Liber amicorum Antonio Tizzano. Se la Cour CECA à la Cour de l’Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 953 ss.

legislativa, di oneri amministrativi e tecnici, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa “comunitaria”, che riducano la concorrenza in danno delle imprese e dei cittadini”³² al fine di evitare, in ultima istanza, anche il problema del “race to the bottom” – more elegantly termed the problem of the lowest common denominator”³³.

A livello europeo, peraltro, manca – come accennato – una disciplina specifica sul *gold-plating* o, quantomeno, anche solo una comunicazione o degli orientamenti specifici sul tema. La ragione dell’assenza di una disciplina cogente “comunitaria” è autoevidente: il *gold-plating* è un fenomeno eminentemente nazionale e gli Stati membri, in ossequio al principio di sussidiarietà e con i limiti citati *supra*, § 2, conservano la facoltà di introdurre misure aggiuntive rispetto a quelle previste dai requisiti (minimi) dell’UE, mentre le istituzioni non hanno “il potere di intervenire in modo giuridicamente vincolante sul fenomeno del *gold-plating*”³⁴.

Più singolare, invece, è l’assenza di un atto di *soft-law ad hoc*. Peraltro, come già accennato, i riferimenti sono di regola contenuti in atti relativi alla *better regulation*, il primo dei quali è il *report* del 2001 del Mandelkern Group sulla qualità della regolamentazione a cui si sono succeduti molteplici altri³⁵.

³² In questi precisi termini v. sentenza n. 100/2020, cit., spec. punto 5.

³³ Così D. CHARNY, *Competition among Jurisdictions in Formulating Corporate Law Rules: An American Perspective on the Race to the Bottom in the European Communities*, in *Harvard International Law Journal*, 1991, p. 423 ss., spec. p. 423. Parla, con toni più preoccupati, del rischio di un “regulatory meltdown” M. G. WARREN III, *Regulatory Harmony in the European Communities: The Common Market Prospectus*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 1990, p. 19 ss., spec. pp. 50-51.

³⁴ Così G. RIVELLINI, *op. cit.*, spec. p. 821.

³⁵ La volontà di intervenire il più possibile sulla qualità della legislazione “comunitaria” (anche al fine di prevenire eventuali infrazioni da parte degli Stati membri, che sovente violano il diritto dell’Unione a causa della caotica e complessa produzione normativa) ha portato la Commissione ad adottare, il 6 giugno 2002, la comunicazione “Governance europea: legiferare meglio”, (COM (2002) 275def.) che accompagnava l’accordo istituzionale “Legiferare meglio”, del 22 dicembre 1998, sugli orientamenti comuni relativi alla qualità redazionale della legislazione comunitaria e sarebbe stata seguita da una lunga (e articolata) serie di ulteriori atti di *soft-law* caratterizzati dal medesimo obiettivo: v. il progetto interistituzionale “Legiferare meglio”, del 31 dicembre 2003; la comunicazione “Attuazione del programma comunitario di Lisbona: Una strategia per la semplificazione del contesto normativo”, del 25 ottobre 2005 (COM (2005) 535def.); il “Programma d’azione per la riduzione degli oneri amministrativi in Europa (Action Programme for Reducing Administrative Burdens in the European Union - ABR Plus)”, del 24

Indubbiamente, i molti atti in materia consentono di apprezzare gli sforzi profusi dalle istituzioni, dagli organi e dagli organismi dell'Unione nel garantire una legislazione migliore³⁶. È evidente che tali sforzi derivino dalla consapevolezza che una migliore regolamentazione produce “effetti positivi immediati, indipendentemente dal merito delle regole stabilite: sia sul rapporto di queste ultime con i cittadini (in termini di leggibilità, trasparenza, certezza del diritto) che con il mondo produttivo (concorrenza, occupazione, qualità e prezzi dei servizi, ostacoli burocratici allo sviluppo economico)”³⁷. Tuttavia, va osservata – quantomeno *prima facie* – una certa disorganicità e stratificazione degli atti in materia che, lungi dal semplificarla, sembrerebbero renderla di difficile consultazione³⁸.

gennaio 2007 (COM (2007) 23def.), integrato con le comunicazioni “Pensare anzitutto in piccolo - Uno Small Business Act per l'Europa”, del 25 giugno 2008 (COM (2008) 394def.) e “Ridurre al minimo gli oneri normativi che gravano sulle PMI”, del 23 novembre 2011 (COM (2011) 803def.); la comunicazione “Action Programme for Reducing Administrative Burdens in the EU”, del 22 ottobre 2009 (COM (2009) 544final); COM (2010) 543def., cit.; la già citata comunicazione “Adeguatezza della regolamentazione dell'Unione europea”, con cui la Commissione ha lanciato il programma di controllo dell'adeguatezza e dell'efficacia della regolamentazione (*Regulatory Fitness and Performance Programme*, c.d. REFIT) che mirava (e mira) a semplificare la legislazione “europea” al fine di renderla più comprensibile; COM (2015) 215final, cit., spec. p. 7; il citato accordo istituzionale “Legiferare meglio”, del 13 aprile 2016; le menzionate linee guida “Better regulation” e la “Better regulation Toolbox”, del 7 luglio 2017, e, infine, la comunicazione della Commissione “Legiferare meglio: unire le forze per produrre leggi migliori”, del 29 aprile 2021 (COM (2021) 219final).

³⁶ Il sistema “Legiferare meglio” dell'Unione è considerato dall'OCSE uno degli approcci normativi esistenti più avanzati. V. OCSE, *Prospettive OCSE 2018 sulla politica della regolazione*, Parigi, 3 ottobre 2019.

³⁷ Così L. CARBONE, G. TIBERI, *La “better regulation” in ambito comunitario*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, p. 699 ss., spec. pp. 700-701, che comunque analizzano con toni critici la reale portata pratica di tale fenomeno: le istituzioni, e la Commissione in particolare, non si sarebbero occupate del più comprensivo problema di *come* governare le politiche regolative.

³⁸ Potrebbe sembrare invero paradossale che il *corpus* giuridico che mira a migliorare, semplificare e rendere più accessibile la legislazione dell'Unione sia a sua volta piuttosto frammentato e non sistematizzato. Sul punto, e in particolare sul fenomeno della proliferazione di atti (qui innegabile), è interessante riportare le considerazioni di D. SIMON, *La lisibilité du droit communautaire*, in J. RIDEAU (sous la direction de), *La transparence dans l'Union européenne: mythe ou principe juridique?*, Paris, 1998, p. 79 ss., spec. p. 84: “La démultiplication des sources, ajoutée à la prolifération des actes, constitue donc incontestablement un facteur de confusion normative, et d'opacification du droit dérivé”.

Con riguardo alla normativa italiana, invece, si è già anticipato che è l'art. 14, comma 24-*bis*, della l. n. 246/2005 a porre il generale divieto di introdurre o mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle (sole) direttive.

Il comma 24-*ter*, invece, puntualizza che, per livelli di regolazione superiori, devono intendersi (*i*) l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive; (*ii*) l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari; (*iii*) l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive.

Il comma 24-*quater*, infine, abbracciando la logica "*comply or explain*", dispone che l'amministrazione debba dare conto delle "circostanze eccezionali, valutate nell'analisi d'impatto della regolamentazione, in relazione alle quali si rende necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria".

Sempre nell'ambito di norme di fonte primaria, l'art. 32, comma 1, lett. c), della l. n. 234/2012³⁹ prevede espressamente che "gli atti di recepimento di direttive dell'Unione europea non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, ai sensi dell'art. 14, commi 24-*bis*, 24-*ter* e 24-*quater*, della legge 28 novembre 2005, n. 246". Tale indicazione, insieme alle altre contenute nell'art. 32 della l. n. 234/2012, funge da criterio direttivo generale per l'esercizio della delega sul recepimento del diritto dell'Unione europea. In tal modo, come rilevato in letteratura, il divieto di *gold-plating* ha assunto lo statuto di parametro interposto di legittimità *ex art.* 76 Cost.⁴⁰ che, come noto, prevede che l'esercizio della funzione legislativa non possa essere delegato al governo se non con la determinazione di principi e criteri direttivi.

Con riguardo, invece, alla normativa attuativa, rileva la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 16 febbraio 2018⁴¹ (che ha sostituito quella del 16 gennaio 2013⁴²) che chiarisce, da un lato, cosa debba intendersi

³⁹ Legge del 24 dicembre 2012, n. 234.

⁴⁰ V. G. RIVELLINI, *op. cit.*, spec. p. 826.

⁴¹ Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri, del 16 febbraio 2018, "Approvazione della Guida all'analisi e alla verifica dell'impatto della regolamentazione", in attuazione del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, del 15 settembre 2017, n. 169.

⁴² Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri, del 16 gennaio 2013, "Disciplina sul

con “livello minimo di regolazione europea” e, dall'altro lato, quando possa ritenersi giustificato il “superamento” dello stesso.

Rispetto al primo profilo, l'atto in parola delinea tre ipotesi: (i) le direttive UE indicano i livelli minimi di regolazione attraverso disposizioni dettagliate; (ii) le direttive UE non indicano alcunché rispetto ai propri livelli minimi di regolazione, ma non lasciano spazio agli Stati membri per prevederne; (iii) le direttive UE non indicano i propri livelli minimi di regolazione, ma rimettono agli Stati membri la possibilità di delinearli.

Con riguardo al “superamento” di tali limiti, l'atto del Presidente del Consiglio dei Ministri offre alcuni esempi: se la direttiva UE impone, per l'avviamento di una certa attività, il rilascio di un'autocertificazione, l'imposizione di eventuali adempimenti ulteriori costituirà *gold-plating*. O, ancora, se per svolgere una determinata attività la direttiva UE non prevede alcun tipo di requisito, la previsione di requisiti specifici integrerà la violazione del divieto di *gold-plating*.

Infine, con riguardo alla normativa speciale, un vero e proprio criterio direttivo specifico è stato previsto per la materia dei contratti pubblici all'art. 1, comma 1, lett. a), della l. n. 11/2016, che ha attribuito le deleghe al governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE⁴³, 2014/24/UE⁴⁴ e 2014/25/UE⁴⁵, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

Il quadro normativo si chiude con l'art. 234, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016⁴⁶ (il c.d. “codice dei contratti pubblici”), che prevede che l'Autorità nazionale anticorruzione si doti, nelle sue funzioni regolatorie, di “forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione

rispetto dei livelli minimi di regolazione previsti dalle direttive europee, nonché aggiornamento del modello di Relazione AIR”, ai sensi dell'art. 14, comma 6, della legge 28 novembre 2005, n. 246.

⁴³ Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

⁴⁴ Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE. In dottrina v., per tutti, N. SPIEGEL, M. URBANI, *La “modernisation” des règles européennes sur les marchés publics: la nouvelle directive 2014/24/UE*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2014, p. 701 ss.

⁴⁵ Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE.

⁴⁶ Decreto legislativo del 18 aprile 2016, n. 50, su cui, per tutti, R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, p. 503 ss.

[...] in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016”.

4. *Le ragioni per cui gli Stati membri ricorrono al gold-plating*

Per quanto riguarda le motivazioni che spingono gli Stati a ricorrere al *gold-plating* (che, è opportuno precisare, si verifica meno frequentemente del c.d. “*copy-out*”, l’ipotesi cioè in cui i legislatori si limitano a riprodurre testualmente l’atto dell’Unione), è possibile individuare almeno sei ragioni principali.

Una prima, intuitiva, ragione è legata alla fisiologica diversità politica, economica e sociale che caratterizza i vari Stati membri: l’imposizione di requisiti più stringenti di quelli richiesti da un atto dell’Unione è generalmente legata alle specificità del singolo Paese⁴⁷. Ciò, peraltro, non sempre è sinonimo di giustificabilità: si pensi al divieto generalizzato di subappaltare oltre il limite del 30% previsto dalla previgente normativa italiana in materia di contratti pubblici⁴⁸: sebbene il governo italiano lo ritenesse necessario per prevenire il fenomeno dell’infiltrazione mafiosa nelle commesse pubbliche, la Corte, nelle sentenze *Vitali e Tedeschi*⁴⁹, ha statuito che l’obiettivo potesse essere raggiunto anche attraverso misure meno restrittive.

⁴⁷ Cfr. il *report* del Comitato economico e sociale, “Smart Governance of the internal market for business”, cit., spec. p. 24, che riporta, come esempi, “more insulation in particularly cold or hot climates; stricter construction regulations in seismic ground”.

⁴⁸ Il decreto-legge del 31 maggio 2021, n. 77, intervenendo sull’art. 105 del Codice dei contratti pubblici, ha abrogato il limite, in precedenza più volte modificato (al 50% con il decreto-legge del 18 aprile 2019, n. 32, ridotto al 40% in sede di conversione) per rispondere alle censure della Commissione nel frangente di una procedura di infrazione (la P.I. n. 2018/2273).

⁴⁹ Sentenze della Corte del 26 settembre 2019, causa C-63/18, *Vitali*; del 27 novembre 2019, causa C-402/18, *Tedeschi*, rispettivamente commentate da, *inter alia*, A. GIUSTI, *Il subappalto nei contratti pubblici fra certezze europee e incertezze nazionali*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020, p. 157 ss.; F. DAMIN, *I limiti al ricorso del subappalto e l’interpretazione dei principi di proporzionalità e del “favor participationis” della Corte di giustizia dell’Unione europea*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2020, p. 126 ss. Si noti che la Corte si era già pronunciata, in analoghi termini, nella sentenza del 14 luglio 2016, causa C-406/14, *Wroclaw – Miasto na prawach powiatu c. Minister Infrastruktury i Rozwoju*, anche se con riferimento alle precedenti direttive sui contratti pubblici del 2004.

Una seconda ragione, strettamente connessa alla prima, risiede nell'esigenza di mantenere una certa organicità all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale o, in altri termini, di garantire coerenza con le normative interne vigenti⁵⁰.

Una terza, opposta, ragione che può indurre il legislatore nazionale a fare *gold-plating* è l'inerzia, cioè il mantenimento di eventuali normative incoerenti con quella di derivazione "comunitaria". Come giustamente osservato, "when the topic is already covered at national level, policy makers may simply not eliminate previously enacted rules, which do not contradict the new EU directive, but make it stricter. This triggers unnecessary costs [...]"⁵¹.

Ancora, una quarta ragione è stata identificata nella mancanza di coordinamento in fase di attuazione dell'atto dell'Unione quando questa coinvolga competenze (istituzionali, governative, territoriali) diverse⁵². In tale ipotesi il *gold-plating* è a tutti gli effetti identificabile come un caso di "cattiva regolamentazione".

Una quinta, interessante, ragione è legata alla prudenza di certi legislatori nazionali che, consapevoli o meno di fare *gold-plating*, appaiono eccessivamente cauti nell'attuazione degli atti "comunitari". In un certo senso, si potrebbe anche ammettere che la spinta sia financo "europeista" o, comunque, dettata da uno spirito di collaborazione. Tale cautela, peraltro, si può tradurre in un'interpretazione restrittiva dei requisiti minimi imposti dall'atto dell'Unione, che viene in tal modo reso più stringente. Sovente, dietro a tale atteggiamento, vi è la volontà di evitare di incorrere in violazioni del diritto dell'Unione e, quindi, nell'apertura di procedure di infrazione⁵³.

Un ulteriore motivo è rintracciabile nell'esigenza di garantire un'elevata protezione giuridica. In alcuni Stati membri, per motivi strettamente connessi

⁵⁰ In dottrina si è parlato di "unavoidable gold-plating": v. J. H. JANS, L. SQUINTANI, A. ARAGÃO, R. MACRORY, B. W. WEGENE, 'Gold Plating' of European Environmental Measures?, in *Journal for European Environmental and Planning Law*, 2009, p. 417, spec. p. 426.

⁵¹ V. il report del Comitato economico e sociale, "Smart Governance of the internal market for business", cit., spec. pp. 24-25. Il tema è stato approfondito anche da S. SCHAEFER, E. YOUNG, *Burdened by Brussels or the UK? Improving the Implementation of EU Directives*, A joint publication by the Foreign Policy Centre and the Federation of Small Businesses, 2006, disponibile online: www.fpc.org.uk/wp-content/uploads/2011/11/1417.pdf.

⁵² V. sempre il report del Comitato economico e sociale, "Smart Governance of the internal market for business", cit., spec. p. 25.

⁵³ *Ibidem*, spec. p. 25. Nel report, che parla di "conservatism", si legge che i legislatori nazionali: "Occasionally [...] are even accused of doing it as a way to justify their jobs".

alla configurazione di quegli Stati, gli standard minimi imposti dalle direttive europee potrebbero non essere sufficienti a garantire il conseguimento dell'effetto utile dell'atto⁵⁴.

Infine, è probabile che, al netto delle ragioni sopra individuate, esista una quantità significativa di *gold-plating* involontario di cui è difficile tenere traccia. In questa circostanza è chiaro che, essendo le misure più rigorose imposte inconsapevolmente, manchi uno scopo, una ragione specifica che giustifichi (o anche solo spieghi) la sovraregolamentazione.

5. *I principali settori in cui si verifica il gold-plating in Italia*

La (breve) ricognizione che sarà di seguito proposta non ha l'ambizione di esaurire la gamma di settori e di ipotesi in cui il *gold-plating* si è verificato e si verifica. Ciò per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, come si è detto, a fronte di una sovraregolamentazione volontaria, vi è anche una sovraregolamentazione involontaria che, per sua stessa natura, è di difficile tracciamento. Non solo: anche la sovraregolamentazione passiva, a differenza di quella attiva, comportando un'articolata stratificazione normativa, può essere complicata da identificare.

In secondo luogo, anche con riferimento al *gold-plating* volontario, le AIR – dove l'amministratore è tenuto a rendere noto, giustificandolo, l'eventuale superamento dei livelli minimi di regolazione europea – non sono sistematicamente rinvenibili tramite gli ordinari canali istituzionali⁵⁵ e, comunque, non sono sempre

⁵⁴ Svolgono simili considerazioni J. H. JANS, L. SQUINTANI, A. ARAGÃO, R. MACRORY, B. W. WEGENE, *op. cit.*, spec. p. 425.

⁵⁵ Da settembre 2015, il Servizio per la qualità degli atti normativi del Senato (Ufficio per la verifica della fattibilità amministrativa e per l'analisi di impatto degli atti *in itinere*) pubblica, con cadenza mensile, un *report* diretto a monitorare la presenza delle AIR nei disegni di legge governativi e negli schemi di atti normativi del governo presentati alle Camere. A partire da ottobre 2017, il *report* dà atto anche delle AIR realizzate dalle autorità amministrative indipendenti (da queste trasmesse al Senato ai sensi dell'art. 12, comma 2, della legge n. 229 del 29 luglio 2003). Al seguente *link*, quindi, è possibile verificare se e quante AIR, in relazione ai diversi atti adottati, sono state realizzate: www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Dossier/Elenchi/39_1.htm. L'Osservatorio AIR, invece, raccoglie annualmente i dati statistici: www.osservatorioair.it/losservatorio/annuario/. Manca, invece, un'analogia raccolta dei testi delle analisi, il cui contenuto, quindi, è di difficile consultazione.

obbligatorie, nemmeno in fase di recepimento di atti dell'Unione⁵⁶, rendendo quindi difficilmente realizzabile un'esaustiva analisi quantitativa.

Tali considerazioni impongono dunque di limitarsi a (tentare di) delineare, sulle basi di alcuni casi guida esaminati in dottrina, i principali settori in cui si verifica il *gold-plating* in Italia, tenendo a mente che, passando da un ordinamento all'altro, la portata del fenomeno tende a mutare, essendo profondamente influenzato dal contesto politico, economico e sociale in cui si inserisce⁵⁷.

In Italia una delle materie più "colpite" dall'eccesso di regolamentazione è quella dei contratti pubblici e, in misura minore ma comunque rilevante, il settore dei mercati finanziari.

Per quanto riguarda i contratti pubblici, la legge delega n. 11/2016, in virtù della quale è stato poi adottato il d.lgs. n. 50/2016, prevedeva, al suo art. 1, comma 1, lett. a), una riproposizione del divieto di cui all'art. 14, commi 24-ter e 24-quarter, della l. n. 246/2005 (invero espressamente richiamata), e cioè del "divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive [del 2014]". Come osservato in dottrina, esso "lungi dall'essere un mero richiamo alla disciplina generale [...] assurge [così] a vero e proprio criterio direttivo specifico per la materia dei contratti pubblici"⁵⁸, diventandone un vero e proprio "segno distintivo"⁵⁹. Il fatto, poi, che sia il primo criterio di recepimento "conferisce allo stesso un'importanza particolare"⁶⁰.

D'altro canto, uno dei principali obiettivi delle direttive del 2014 era quello di facilitare la partecipazione alle gare pubbliche (in particolare alle piccole medie imprese⁶¹) anche attraverso la riduzione degli oneri burocratici (sovente, si è visto, causati dall'eccesso di regolamentazione)⁶².

⁵⁶ Vi sono sia casi di esclusione che di esenzione dall'obbligo di redigere l'AIR. I primi sono elencati all'art. 6 del già citato DPCM n. 169/2017, mentre i secondi sono enucleati al successivo art. 7.

⁵⁷ Per un'analisi più esaustiva sia concesso rinviare a C. BURELLI, *op. cit.*, spec. pp. 668-680.

⁵⁸ G. RIVELLINI, *op. cit.*, spec. p. 827.

⁵⁹ *Ibidem*, spec. p. 827.

⁶⁰ A. PAJNO, *disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, p. 1127 ss., spec. p. 1151.

⁶¹ V., sul punto, il considerando n. 2 della direttiva appalti, ma anche il considerando n. 1 direttiva concessioni. V., in dottrina, per tutti, F. MARTINES, *La direttiva UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in *federalismi.it*, 2015, p. 1 ss., spec. p. 13 ss.

⁶² V., in proposito, il considerando n. 2 della direttiva concessioni e i considerando nn. 63,

Nonostante l'importanza del divieto contenuto nella legge delega, il codice dei contratti pubblici ha dato risultati piuttosto modesti sul piano del rispetto dei livelli minimi di regolazione richiesti dalle direttive, offrendo molteplici esempi di *gold-plating*, specialmente nella disciplina di quelle procedure tradizionalmente interessate da fenomeni mafiosi.

Spicca, su tutti e in primo luogo, l'istituto del subappalto che, secondo alcuni Autori, è quello che ha posto "maggiori questioni"⁶³. L'art. 105, comma 2, terza frase, del d.lgs. n. 50/2016 prevedeva che l'eventuale subappalto non potesse superare la quota del 30% dell'importo totale del contratto di lavori, servizi o forniture; mentre l'art. 105, comma 5, per le opere di cui all'art. 89, comma 11 (quindi le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica), limitava il subappalto alla stessa percentuale parametrata all'importo delle opere.

Tale percentuale è stata successivamente aumentata al 50%, poi ridotta al 40% e infine rimossa, anche per ottemperare a quanto richiesto dalla Commissione nell'ambito della procedura di infrazione n. 2018/2273 e per ossequiare la citata giurisprudenza *Vitali* e *Tedeschi* della Corte di giustizia.

La Commissione contestava che un siffatto limite impedisse il raggiungimento dell'effetto utile della direttiva, e cioè favorire una maggiore partecipazione delle piccole medie imprese agli appalti pubblici. D'altronde, la direttiva 2014/24/UE, in specie all'art. 63, par. 2, consente alle amministrazioni aggiudicatrici di limitare il diritto degli offerenti di ricorrere al subappalto solo se il limite è giustificato dalla particolare natura delle prestazioni da svolgere. La stessa impostazione si trova anche nell'art. 79, par. 3, della direttiva 2014/25/UE (e nel suo considerando n. 87).

La *ratio* alla base di tale limite era quello di proteggere il mercato dalle infiltrazioni della criminalità organizzata, avvertita in Italia come una

84 e 126 della direttiva appalti. In dottrina è stato scritto che "ripetute e condivise" erano le "istanze di *sburocratizzazione* e semplificazione del sistema dei contratti pubblici", v. N. DURANTE, *Aspetti irrisolti in tema di gold plating e di efficacia scriminante delle linee guida*, relazione al convegno "I contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi", Università degli Studi di Ferrara, 8 novembre 2019, p. 1 ss., spec. p. 4.

⁶³ Così M. BENEDETTI, F. IELO, M. MANOCCHIO, G. MOCAVINI, G. NAPOLITANO, M. C. PANGALLOZZI, M. SIMONCINI, G. VALENTI, *Il culto del diritto amministrativo frena la ricostruzione dell'amministrazione? vincoli vs opportunità*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2021, p. 1097 ss., spec. p. 1126.

“minaccia effettiva ed abbastanza grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività” (condizione invero invocabile per ottenere la deroga dell’ordine pubblico)⁶⁴. Il medesimo ragionamento era (ed è) estendibile ad altri casi di *gold-plating* contenuti nel codice dei contratti pubblici, e cioè il divieto per il subappaltatore di subappaltare (il c.d. subappalto a cascata, previsto in via generale dall’art. 105, comma 19) e il divieto di sub-avvalimento (c.d. avvalimento a cascata, previsto dall’art. 89, comma 6).

Peraltro, la Corte di giustizia, nelle menzionate sentenze, ha stabilito che l’obiettivo di tutela e protezione perseguito dal legislatore avrebbe potuto essere idoneamente conseguito anche attraverso misure meno restrittive⁶⁵. Inoltre, la Corte ha rilevato che il diritto italiano già prevedeva numerose attività interdittive espressamente finalizzate a impedire l’accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamento mafioso⁶⁶.

Oltre agli istituti testé menzionati, il codice dei contratti pubblici ha presentato (e presenta) ulteriori ipotesi di *gold-plating*. Come si dirà a breve, alcune di queste risultano, comunque, giustificate.

Si pensi, ad esempio, all’originaria formulazione dell’art. 83, comma 9, in materia di soccorso istruttorio – istituto che, come noto, ha lo scopo di sanare eventuali carenze formali della domanda. La regolarizzazione della domanda era prevista solo se il concorrente avesse proceduto al “pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all’uno per mille e non superiore all’uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro”. Tale prescrizione poteva costituire un’ipotesi di eccesso di regolamentazione a discapito, soprattutto, delle piccole medie imprese, nei cui confronti l’imposizione di una sanzione pecuniaria a carattere fisso avrebbe potuto rappresentare un ostacolo maggiore rispetto a un’impresa di grandi dimensioni. Sul punto la Corte di giustizia si è in effetti pronunciata statuendo che, in linea di principio, una normativa nazionale che istituisca un meccanismo di soccorso istruttorio previo pagamento di una sanzione è di per sé ammissibile, salvo che l’importo di

⁶⁴ V. sentenza della Corte del 27 ottobre 1977, causa 30/77, *Regina c. Bouchereau*, spec. punti 33-35. V. altresì sentenza della Corte del 19 gennaio 1999, causa C-348/96, *Procedimento penale a carico di Donatella Calfa*, spec. punto 21; nonché del 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega Spielballen*, spec. punto 99.

⁶⁵ V. sentenza *Vitali*, cit., spec. punto 42, e sentenza *Tedeschi*, cit., spec. 49.

⁶⁶ Sentenza *Vitali*, cit., spec. punto 42, e sentenza *Tedeschi*, cit., spec. 49.

questa “rimanga conforme al principio di proporzionalità”⁶⁷. Ad ogni modo, il legislatore ha eliminato tale previsione con l’art. 52 del d.lgs. n. 56/2017⁶⁸.

Un’ulteriore ipotesi di sovraregolamentazione all’interno del codice dei contratti pubblici può trovarsi nell’art. 95, comma 10, rubricato “Criteri di aggiudicazione dell’appalto”. La disposizione prevede, differenziandosi dal corrispondente art. 67 della direttiva appalti, che “Nell’offerta economica l’operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro”. La Corte di giustizia si è pronunciata sul punto statuendo che, pur non ostando il diritto dell’Unione a una siffatta normativa, se le disposizioni della gara d’appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati “nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall’amministrazione aggiudicatrice”⁶⁹.

Per quanto riguarda, invece, il settore delle concessioni, è da premettere, su un piano generale, che la direttiva 2014/23/UE ha lasciato ampi spazi di discrezionalità agli Stati membri, evitando di introdurre disposizioni eccessivamente dettagliate. La *ratio* di tale assenza è stata identificata nella stessa natura dell’istituto: considerato che l’elemento che caratterizza la concessione è l’assunzione del rischio economico da parte del concessionario, allora allo stesso deve essergli garantita una certa autonomia nel gestire, con regole privatistiche, i contratti che deve stipulare in funzione dell’adempimento dell’oggetto della concessione⁷⁰.

I vincoli o i limiti introdotti in materia, quindi, derivano direttamente da un eccesso di regolazione del legislatore nazionale.

⁶⁷ V. sentenza della Corte del 28 febbraio 2018, cause riunite C-523/16 e C-536/16, *MA.T.I. Sud*, spec. punto 65.

⁶⁸ Decreto legislativo del 19 aprile 2017, n. 56.

⁶⁹ Sentenza della Corte del 2 maggio 2019, causa C-309/18, *Lavorogna Srl c. Comune di Montelanico e a.*, spec. punto 32.

⁷⁰ V., sul punto, sentenza della Corte del 10 marzo 2011, causa C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, spec. punto 37: “il concetto di rischio economico deve essere inteso come rischio di esposizione all’alea del mercato [...], il quale può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio d’insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura integrale delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio”.

Si pensi, ad esempio, all'art. 177, comma 1, del codice che prevede l'obbligo di esternalizzare l'80% dei lavori o servizi in quelle concessioni originariamente affidate senza procedure ad evidenza pubblica, in tal modo rendendo applicabili anche alle concessioni in essere l'apertura della concorrenza che la direttiva imponeva solo per le nuove concessioni. Inoltre, è stato osservato in dottrina che il riferimento all'obbligo di indire "procedure ad evidenza pubblica" non è chiaro, essendo dubbio se debba intendersi come un "richiamo sintetico ai principi che ispirano la disciplina delle gare pubbliche oppure come la piena applicazione delle regole codicistiche"⁷¹.

Come anticipato, un altro settore in cui sono stati riscontrati, perlomeno in Italia e soprattutto in passato, dei casi di sovraregolamentazione è quello dei mercati finanziari. È, anzi, questo un settore dove l'attenzione al fenomeno del *gold-plating* è stata particolarmente scrupolosa⁷², soprattutto in vista del consolidamento di un'Unione dei mercati dei capitali che, per sua stessa natura e per esigenze di corretto funzionamento, richiede un *level playing field* per gli operatori di tutti gli Stati membri, che sarebbe evidentemente compromesso da un eccesso di regolamentazione.

Proprio al fine di adeguare, quindi, il livello di regolamentazione nazionale a quello di derivazione "comunitaria", la Consob ha adottato tutta una serie di misure espressamente volte a ridurre il *gold-plating* all'interno della regolamentazione secondaria⁷³. La menzione di alcune di esse può essere utile a mettere in evidenza, *a contrario*, alcune delle ipotesi di *gold-plating* che interessavano, in passato, la materia dei mercati finanziari⁷⁴.

⁷¹ Cfr. M. MACCHIA, *La regolamentazione degli affidamenti da parte dei concessionari*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2018, p. 153 ss., spec. p. 162.

⁷² Si esprime in questi termini D. SICLARI, *Gold plating e nuovi principi di vigilanza regolamentare sui mercati finanziari*, in *Amministrazione in Cammino*, 2007, p. 1 ss., spec. p. 3. Sull'attività di misurazione degli oneri amministrativi al fine di semplificare la normativa regolamentare in materia di emittenti, intermediari e mercati, avviata a partire dal 2011, v. S. CARBONE, F. FIAMMA, T. MARCELLI, V. MIRRA, D. ZAOTTINI, *La qualità della regolazione nell'esperienza della Consob. Dalla misurazione degli oneri amministrativi al ciclo della valutazione. Il caso dell'equity crowdfunding*, Discussion Paper, Consob, 2016, p. 1 ss.; M. BENEDETTI, *Il programma di riduzione degli oneri amministrativi della CONSOB*, in *Rassegna trimestrale dell'Osseatorio Air*, 2013, p. 1 ss.

⁷³ Per approfondimenti v. S. CARBONE, F. FIAMMA, T. MARCELLI, V. MIRRA, D. ZAOTTINI, *op. cit.*, p. 1 ss.; M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 1 ss.

⁷⁴ Le analizzano nel dettaglio V. R. DRAGANI, V. SEMINARA, *Gold-plating e semplificazione regolamentare: le novità introdotte dalla Delibera Consob n. 18214 del 9 maggio 2012*, in *Rivista delle società*, 2013, p. 1281 ss.

Con la deliberazione n. 18214/2012⁷⁵, la Consob ha, *inter alia*, abrogato il comma 2 dell'art. 37-*bis* del c.d. regolamento emittenti⁷⁶. Tale disposizione prevedeva che l'offerente che avesse comunicato alla Consob un'offerta pubblica di acquisto o di scambio ai sensi dell'art. 102, comma 1, T.U.F.⁷⁷, dovesse, non solo presentare le congrue garanzie di pagamento, ma anche inviare una dichiarazione che attestasse le modalità di pagamento del corrispettivo dell'offerta, obbligo – ulteriore e più stringente – non previsto dalla direttiva 2004/25/CE concernente le offerte pubbliche di acquisto⁷⁸.

Un ulteriore esempio si rinviene nella modifica del comma 3 dell'art. 37-*bis* del regolamento emittenti, rubricato “Promozione dell'offerta”, che imponeva che l'emittente dovesse promuovere l'offerta, quindi darne notizia, presentando “senza indugio” e “contestualmente” una “comunicazione” sia al mercato che alla Consob. La menzionata deliberazione, ritenendo inutilmente oneroso il “doppio” adempimento (peraltro non previsto nella direttiva 2004/25/CE), ha abrogato l'obbligo di attenzionare la Consob.

Si pensi, ancora, all'art. 117, comma 1, lett. *b*), del regolamento emittenti – rubricato “Comunicazione delle partecipazioni rilevanti in azioni” – dove sono stati rimossi gli obblighi di comunicazione, a carico di coloro che partecipano al capitale sociale di un emittente azioni quotate, del superamento, raggiungimento o riduzione al di sotto delle soglie del 35%, 40%, 45% e 75%. Sull'articolo è successivamente intervenuta la deliberazione n. 19614/2016⁷⁹ e l'obbligo di comunicazione, oggi, è previsto per il raggiungimento o il superamento delle soglie del 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 30%, 50%, 66,6% e 90%⁸⁰.

⁷⁵ Deliberazione n. 18214, del 9 maggio 2012, comportante modifiche ai regolamenti di attuazione del decreto legislativo del 24 febbraio 1998, n. 58, concernenti la disciplina degli emittenti e la disciplina dei mercati, adottati, rispettivamente, con delibere n. 11971 del 14 maggio 1999 e n. 16191 del 29 ottobre 2007 e successive modificazioni.

⁷⁶ Regolamento di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina degli emittenti, adottato con delibera della Commissione nazionale per le società e la borsa n. 11971, del 14 maggio 1999, da ultimo aggiornato con delibera n. 22423 del 28 luglio 2022.

⁷⁷ Decreto legislativo del 24 febbraio 1998, n. 58, Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52.

⁷⁸ Direttiva 2004/25/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, concernente le offerte pubbliche di acquisto.

⁷⁹ Deliberazione Consob, del 26 maggio 2016, n. 19614, modifiche al regolamento di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

⁸⁰ L'art. 9, comma 1, della direttiva 2004/109/CE del Parlamento europeo e del Consiglio,

Anche l'art. 117, comma 1, lett. a), è stato modificato con la deliberazione n. 19614/2016, sempre al fine di rendere meno stringenti taluni obblighi di comunicazione delle partecipazioni rilevanti in azioni, in particolare quello del “superamento della soglia del 3% nel caso in cui la società non sia una PMI”, precedentemente prevista nella misura del 2%. Peraltro, è opportuno osservare che la direttiva di riferimento, cioè la direttiva 2004/109/CE, prevede che tali specifici obblighi di comunicazione debbano essere adempiuti solo nei confronti dell'emittente e non anche dell'autorità competente, a differenza di quanto previsto dall'art. 117, comma 1, lett. a) e lett. b), che, invece, dispone che l'adempimento debba essere espletato anche nei confronti della Consob. Tale “aggiunta” potrebbe costituire un'ulteriore ipotesi di *gold-plating*.

Come premesso, questi sono solo alcuni esempi e, in quanto tali, non esauriscono le ipotesi di *gold-plating* né nel settore dei contratti pubblici, né in quello dei mercati finanziari. Peraltro, il solo fatto che non sia possibile citare compiutamente tutte le ipotesi di sovraregolamentazione dà la misura di quanto il fenomeno abbia interessato (e in parte interessi ancora) queste due materie. Entrambe, d'altro canto, sono caratterizzate, in termini generali, da esigenze di protezione: in un caso, si è visto, dell'ordine pubblico contro l'infiltrazione mafiosa nelle commesse pubbliche; nell'altro caso, del corretto e trasparente funzionamento del mercato finanziario⁸¹.

del 15 dicembre 2004, sull'armonizzazione degli obblighi di trasparenza riguardanti le informazioni sugli emittenti i cui valori mobiliari sono ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato e che modifica la direttiva 2001/34/CE, stabilisce le seguenti percentuali: “5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 30%, 50% e 75%”. Al successivo comma 3, lett. b), è fatta peraltro salva la possibilità per gli Stati membri di non applicare la soglia del 75% “quando esso applica una soglia di due terzi”. Dato che l'art. 117, comma 1, lett. b), del regolamento emittenti già prevedeva la soglia del 66,6%, la soglia del 75% è stata rimossa. V., *amplius*, V. R. DRAGANI, V. SEMINARA, *op. cit.*, spec. p. 1318.

⁸¹ È stato evidenziato che “[...] le due esigenze che da sempre connotano la tutela del mercato finanziario [sono] la necessità di evitare un'ipertrofia regolamentare che ostacoli gli investimenti e, al contempo, quella di offrire ai risparmiatori un livello di fiducia sufficiente sull'integrità e il corretto funzionamento del mercato”: così, per tutti, A. DE NICOLA, *Il dovere di riservatezza nel mercato finanziario*, in AA.VV., *Scritti giuridici per Piergaetano Marchetti*, Milano, 2011, p. 207 ss., spec. p. 207. V. anche, in tempi più risalenti, P. MARCHETTI, *Profili privatistici dell'insider trading*, in C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Il dovere di riservatezza nel mercato finanziario*, Milano, 1992, p. 145 ss.

6. *Brevi considerazioni conclusive: il gold-plating e l'effettività del diritto dell'Unione europea*

Alla luce di quanto precede, pare potersi affermare che il *gold-plating*, sebbene si concretizzi sovente in disposizioni di mero dettaglio, “iper” tecniche, talvolta apparentemente trascurabili, costituisce in realtà un ostacolo non indifferente all'effettività del diritto dell'Unione europea. L'ordinamento giuridico “comunitario”, infatti, esiste e funziona efficacemente soltanto all'imperativa condizione che, all'interno degli Stati membri, il diritto di fonte “europea” sia applicato in modo pieno e coerente⁸². D'altro canto, ogni volta in cui si fornisca un'interpretazione e/o un'applicazione scorrette e parziali delle norme dell'Unione, non solo il diritto UE perde di effettività e di efficacia, ma si genera altresì un *vulnus* a due principi cardine dell'intero sistema, cioè la parità di trattamento e la solidarietà tra gli Stati, con conseguenti discriminazioni a carico dei loro cittadini⁸³. In fondo, già in *Costa c. Enel* la Corte di giustizia aveva avuto modo di osservare che “se l'efficacia del diritto comunitario variasse da uno Stato all'altro in funzione delle leggi interne posteriori, ciò metterebbe in pericolo l'attuazione degli scopi del Trattato contemplata nell'art. 5, secondo comma, e causerebbe una discriminazione vietata dall'art. 7”⁸⁴.

È chiaro che il fenomeno del *gold-plating*, nella sua tendenziale legittimità e nella sua (apparente) “esigua” portata pratica, non sembra porre le stesse criticità di altri fenomeni indubbiamente più problematici. Tuttavia, l'eccesso di regolamentazione da parte del legislatore nazionale in fase di attuazione del diritto dell'Unione comporta un'evidente applicazione divergente e disomogenea di quest'ultimo, con ciò rappresentando indubbiamente una barriera importante (anche se sottostimabile) alla sua piena e uniforme realizzazione e, quindi, alla sua effettività.

Peraltro, l'apparente “trascurabilità” del fenomeno, che deriva dalla sua

⁸² In argomento v., per tutti, J. V. LOUIS, *L'ordinamento giuridico comunitario*, Lussemburgo, 1995, spec. p. 243.

⁸³ G. TESAURO, *La sanction des infractions au droit communautaire*, in *Rivista di diritto europeo*, 1992, p. 477 ss., spec. p. 481; v. anche, per tutte, la sentenza della Corte del 7 febbraio 1973, causa 39/72, *Commissione c. Italia*, punto 24.

⁸⁴ Sentenza della Corte del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Flaminio Costa contro E.N.E.L.*, p. 1144.

difficile identificazione e quantificazione, potrebbe indurre a ritenerlo un ostacolo in fondo minimo all'effettività del diritto dell'Unione europea. In realtà, si potrebbe sostenere che proprio ciò che lo rende "impercettibile" è esattamente ciò che lo rende particolarmente problematico, perché di complessa individuazione, razionalizzazione e, quindi, risoluzione.

Pare quindi utile illustrare, in estrema sintesi e senza alcuna pretesa di esaustività, quali potrebbero essere i principali fronti su cui intervenire per tentare (quantomeno) di ridurre il fenomeno.

Un primo punto su cui sarebbe opportuno riflettere è l'impiego, nel diritto derivato, di formule vaghe e di clausole generali – strettamente connesso alla tecnica dell'armonizzazione minima – che può comportare la conseguenza che il legislatore nazionale, assumendosi l'onere di dettagliare l'atto di derivazione "comunitaria", lo faccia in misura eccessiva. Come giustamente osservato in dottrina, "il diritto derivato necessita – per prendere compiutamente forma e divenire cogente – anche del consenso del Consiglio dell'Unione, dove siedono i rappresentanti degli Stati membri, il compromesso tra i quali spesso si raggiunge solo ricorrendo all'impiego di formule vaghe e, quindi, in buona sostanza, di clausole generali. E la tecnica dell'armonizzazione minima (per il tramite di direttive quadro), per non parlare dell'armonizzazione al ribasso, è una chiara testimonianza di quanto testé descritto"⁸⁵.

Si pensi, a mero titolo esemplificativo, al settore delle concessioni: come accennato, la direttiva 2014/23/UE ha lasciato ampi spazi di discrezionalità agli Stati membri, evitando di introdurre disposizioni troppo dettagliate⁸⁶. La *ratio*, si è visto, risiede nella natura stessa della concessione, che è caratterizzata dall'assunzione del rischio economico da parte del concessionario, a cui è opportuno lasciare autonomia nel gestire, con regole privatistiche, i contratti che deve stipulare in funzione dell'adempimento dell'oggetto della concessione. Peraltro, quantomeno in Italia, la formulazione generica e a tratti vaga delle disposizioni contenute nella direttiva ha condotto a svariati casi (talvolta non giustificati) di *gold-plating*, a discapito, *in primis*, degli operatori economici italiani.

Un altro versante su cui si potrebbe lavorare è quello delle c.d. AIR, le

⁸⁵ C. AMALFITANO, F. CROCI, *Identificazione e ruolo delle clausole generali nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2021, p. 9 ss., spec. p. 37.

⁸⁶ V., in materia, G. GRECO, *La direttiva in materia di "concessioni"*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, p. 1095 ss.

analisi di impatto della regolamentazione, che contengono un'apposita sezione dedicata al divieto di *gold-plating* (la sezione 8, rubricata "Rispetto dei livelli minimi di regolazione europea")⁸⁷. Il legislatore italiano, in questo frangente, ha evidentemente abbracciato una logica "*comply or explain*", disponendo che l'amministrazione debba dare conto delle circostanze eccezionali, valutate nell'analisi d'impatto della regolamentazione, in relazione alle quali si rende necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria. Peraltro, come si è accennato, le AIR non sono consultabili in maniera ordinata e, comunque, non sono sempre obbligatorie, rendendo di fatto particolarmente complessa un'analisi esaustiva del fenomeno in Italia.

È chiaro, peraltro, che se vi fosse un uso più "oculato" di questo strumento, così come una sua migliore e maggiore pubblicità, si genererebbe il positivo effetto di rendere le autorità nazionali (e in particolare le pubbliche amministrazioni deputate all'attuazione del diritto dell'Unione europea) maggiormente consapevoli del fenomeno. Una maggiore consapevolezza, sul lungo periodo, condurrebbe, in potenza, a una riduzione del fenomeno.

⁸⁷ L'AIR è disciplinata dalla citata l. n. 246/2005, in specie dall'art. 14 che, al comma 1, la definisce come la "[...] valutazione preventiva degli effetti di ipotesi di intervento normativo ricadenti sulle attività dei cittadini e delle imprese e sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni, mediante comparazione di opzioni alternative". La disciplina sull'AIR è completata dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, del 15 settembre 2017, n. 169, cit., e dalla direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri, del 16 febbraio 2018, cit. In dottrina, se ne sono occupati (non sempre con toni di favore), ad esempio, G. MAZZANTINI, N. RANGONE (a cura di), *L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione*, in *Osservatorio AIR*, 2019, e i contributi ivi contenuti; N. RANGONE, *Regolatori indipendenti e analisi preventiva degli impatti delle regole. Prospettive, limiti e possibili sviluppi dell'AIR*, in *Concorrenza e mercato*, 2012, p. 675 ss.; M. MARTELLI, *L'AIR in chiave comparata*, in A. NATALINI, G. TIBERI (a cura di), *La tela di Penelope. Primo rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica*, Bologna, 2010, p. 139 ss.; B. G. MATTARELLA, *Analisi di impatto della regolazione e motivazione del provvedimento amministrativo*, in *Osservatorio AIR*, 2010, p. 4 ss.

ALLA RICERCA DI UN PUNTO DI EQUILIBRIO
TRA AUTONOMIA ISTITUZIONALE ED EFFETTIVITÀ
DEL DIRITTO PER LE FORME DI INTEGRAZIONE
AMMINISTRATIVA NEL SETTORE DIGITALE

Anna Fiorentini*

SOMMARIO: 1. Note introduttive di contesto e di contenuto. – 2. Una visione d’insieme sulle norme europee nel settore digitale. – 2.1. Le autorità indipendenti e il fenomeno di “agentificazione indotta”. – 2.2. I comitati e le forme di cooperazione amministrativa. – 3. Il divario tra lettera e realtà: i bersagli mancati dal legislatore europeo. – 3.1. I divergenti approcci delle autorità nazionali per la protezione dei dati personali. – 3.2. Il ruolo marginale dell’EDPB e la sostanziale inoperatività dei meccanismi di cooperazione tra autorità di controllo. – 4. Conclusioni e possibili traiettorie future.

1. *Note introduttive di contesto e di contenuto*

Con il Trattato di Lisbona, la continua dialettica – imposta dal processo di integrazione europea – tra Unione e Stati membri ha contribuito a modificare profondamente l’originario modello politico-istituzionale dell’esercizio delle competenze esecutive¹. Basti pensare all’attenuazione della prospettiva

* Dottoranda di Diritto dell’Unione europea presso l’Università di Bologna – Alma Mater Studiorum.

¹ M. LOTTINI, *Principio di autonomia istituzionale e pubbliche amministrazioni nel diritto dell’Unione europea*, Torino, 2017, p. 20. Si vedano, altresì, A. TIZZANO, R. ADAM, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, Torino, 2019, p. 219 ss.; T. M. MOSCHETTA, *Il ravvicinamento delle normative nazionali per il mercato interno*, Bari, 2018, p. 124 ss.; M. SAVINO, *Il nuovo esecutivo europeo: dalla bicefalia alla polinosinodia*, in M. P. CHITI, A. NATALINI (a cura di), *Lo Spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, 2012, p. 124; K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, Londra, 2011, p. 694; J. TRONDAL, *An Emergent European Executive Order*, Oxford, 2010; D. CURTIN, *Executive Power of the European Union. Law, Practices, and the Living Constitution*, Oxford, 2009; U. DRAETTA, *La funzione legislativa ed esecutiva dell’Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, p. 677.

decentrata (“federalismo esecutivo”)², ammettendo la possibilità che la competenza esclusiva degli Stati membri³ venga attribuita, in via sussidiaria⁴, alla Commissione ed, eccezionalmente, al Consiglio⁵. Allo stesso tempo, con l’introduzione dell’art. 197 del TFUE⁶, l’effettiva attuazione del diritto europeo diventa una ‘questione di interesse comune’⁷ che permette interventi sovranazionali volti a favorire la cooperazione tra le amministrazioni nazionali per garantire il buon funzionamento dell’Unione.

² R. SCHÜTZE, *From Rome to Lisbon: ‘Executive Federalism’ in the New European Union*, in *Common Market Law Review*, vol. 47, n. 5, 2010, p. 1394.

³ Art. 291, par. 1, TFUE.

⁴ Art. 5, TUE. Sul principio di sussidiarietà nell’esercizio delle competenze esecutive, si rinvia a P. De Pasquale, *Sharing is caring: i primi trent’anni del principio di sussidiarietà nell’Unione europea*, in *Il diritto dell’Unione europea*, n. 3-4, 2021, p. 429-452; C. PANARA, *The Enforceability of Subsidiarity in the EU and the Ethos of Cooperative Federalism: A Comparative Law Perspective*, in *European Public Law*, vol. 22, n. 2, 2016, p. 305; X. GROUSSOT, S. BOGOJEVIC, *Subsidiarity as a Procedural Safeguard of Federalism*, in L. AZOULAI (a cura di), *The Question of Competence in The European Union*, Oxford, 2014, p. 234-251; P. CRAIG, *Subsidiarity: A Political and Legal Analysis*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 50, n. 1, 2012, p. 73; R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, Cambridge, 2012, p. 184; G. MARTINICO, *Dating Cindarella: On Subsidiarity as a Political Safeguard of Federalism in the European Union*, in *European Public Law*, vol. 17, n. 4, 2011, p. 649; R. SCHÜTZE, *Subsidiarity After Lisbon: Reinforcing the Safeguards of Federalism?*, in *Cambridge Law Journal*, vol. 68, n. 3, 2009, p. 525; A. MASSERA, *I principi generali*, in M. P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, p. 305; G. DAVIES, *Subsidiarity: The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time*, in *Common Market Law Review*, vol. 43, n. 1, 2006, p. 63; P. SYRPS, *In Defence of Subsidiarity*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n. 2, 2004, 323; M. P. CHITI, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Diritto Pubblico*, 1995, p. 504; D. EDWARDS, *Fearing Federalism’s Failure: Subsidiarity in the European Union*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 44, n. 4, 1996, p. 537; G. DE BÜRCA, *The Principle of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor*, *Journal of Common Market Studies*, vol. 36, n. 2, 1998, p. 220.

⁵ Art. 291, par. 2, TFUE.

⁶ A. ROSAS, L. ARMATI, *EU Constitutional Law*, Oxford, 2018, p. 106; M. LOTTINI, *Principio di autonomia istituzionale*, cit., p. 131; E. CHITI, *Governance of Compliance*, in M. CREMONA (ed.), *Compliance and Enforcement of EU Law*, Oxford, 2012, p. 55; E. CHITI, *Le amministrazioni nazionali nel Trattato di Lisbona: la nuova competenza in materia di cooperazione amministrativa*, in *Funzione Pubblica*, n. 2, 2010, p. 50.

⁷ M. MACCHI, *La cooperazione amministrativa come ‘questione di interesse comune’*, in M. P. CHITI, A. NATALINI (a cura di), *op. cit.*, p. 92.

Alcune delle traiettorie evolutive che hanno interessato i modelli di *governance* adottati dall'Unione⁸ assumono rinnovato vigore nel settore digitale, dove sembra possibile individuare due tendenze regolatorie principali: da un lato, la proliferazione degli obblighi di istituire autorità amministrative nazionali disciplinate nel dettaglio da norme europee; dall'altro, la previsione di forme di integrazione amministrativa, come comitati e meccanismi di coordinamento tra autorità nazionali e tra queste e la Commissione.

L'introduzione di misure di regolamentazione istituzionale, combinate ad un intervento di armonizzazione, intensifica la tensione tra autonomia istituzionale degli Stati ed effettività del diritto dell'Unione, rendendo il settore digitale un punto di vista privilegiato per trattare le questioni teoriche che ne derivano.

La domanda di ricerca da cui prende le mosse questo contributo è la seguente: le forme di integrazione amministrativa previste nel settore digitale rappresentano una bilanciata sintesi tra il rispetto dell'autonomia istituzionale nazionale e le esigenze di assicurare l'effettività del diritto europeo?

Per rispondere a tale domanda, occorre innanzitutto descrivere brevemente i tratti essenziali della disciplina europea sul digitale, mettendo in luce alcuni profili di problematicità delle forme di integrazione amministrativa scelte in questo settore circa il rispetto del principio dell'autonomia istituzionale (parte II). Dal momento che il margine di discrezionalità di cui godono gli Stati nell'esecuzione del diritto dell'Unione può subire limitazioni giustificate da necessità di attuazione effettiva del diritto dell'Unione, ci si interroga se le scelte compiute dal legislatore europeo siano idonee, nella pratica, ad assicurare tale effettività (parte III). In caso di risposta negativa, si ritiene necessario ipotizzare l'adozione di forme di integrazione amministrativa alternative (parte IV).

⁸ E. CHITI, *The Agentification Process and the Evolution of the EU Administrative System*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (eds.), *Evolution of EU Law*, Oxford, 2021; P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2018, pp. 4-9; M. DE VISSER, *Network-Based Governance in EC Law. The Example of EC Competition and EC Communications Law*, Oxford, 2009, p. 3 ss.; P. PESCATORE, *The Law of Integration: Emergence of a New Phenomenon in International Relations, Based on the Experience of the European Communities*, Leiden, 1974, pp. 44-45.

2. *Una visione d'insieme sulle norme europee nel settore digitale*

Pur mantenendo come pietra angolare il regolamento 2016/679 (GDPR), il legislatore europeo sta progressivamente ampliando l'architettura delle politiche digitali dell'Unione⁹ attraverso l'adozione di una serie di atti che traducano gli obiettivi espressi dalla Commissione nella Strategia europea per i dati del 2020 (Strategia)¹⁰. Basati prevalentemente sull'art. 114 TFUE¹¹, tali atti dovrebbero consentire all'Unione di beneficiare delle potenzialità dei dati e delle nuove tecnologie all'interno del mercato unico digitale e, al tempo stesso, di garantire il rispetto dei valori e dei diritti fondamentali europei¹².

Il presente contributo si concentra sul GDPR e su alcuni degli atti adottati (o in fase di adozione) nell'ambito della Strategia. Nello specifico, si prendono in considerazione il regolamento sulla *governance* dei dati (DGA)¹³ e le proposte di regolamento sui dati (DA)¹⁴, sull'Intelligenza Artificiale (AIA)¹⁵ e sullo Spazio Europeo dei Dati Sanitari (EHDS)¹⁶.

La ragione principale della scelta di tali atti riguarda la loro impostazione che riproduce, per molti aspetti (i.e. definitivi, sostanziali e istituzionali),

⁹ Politiche così definite dalla COM/2020/767, proposta di regolamento sulla *governance* dei dati, p. 2.

¹⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, "Una strategia europea per i dati", COM (2020) 66final.

¹¹ Tra le eccezioni, si ricorda la proposta di regolamento per l'IA che si fonda sugli artt. 16 e 114 TFUE.

¹² A. ADINOLFI, *Evoluzione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali: qualche considerazione sulle attuali strategie normative dell'Unione*, in *I Post di AISDUE*, n. 15, 14 marzo 2023.

¹³ Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2022, relativo alla *governance* europea dei dati.

¹⁴ COM (2022) 68final, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo.

¹⁵ COM (2021) 206final, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale.

¹⁶ COM (2022) 197final, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sullo spazio europeo dei dati sanitari.

Esulano, invece, dal campo d'indagine il regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e il regolamento 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2022, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale.

quella del GDPR (“GDPR mimesis”)¹⁷ e che, quindi, rende tali atti un parametro di comparazione particolarmente interessante per lo svolgimento della presente analisi. Nonostante gli elementi comuni, non si ignora la presenza di differenze rilevanti tra gli atti della Strategia e il GDPR, specialmente in riferimento alle disposizioni pensate per agevolare la libera circolazione dei dati.

Se il DGA e il DA puntano a favorire la condivisione dei dati generati, rispettivamente, da enti pubblici o altre entità (i.e. fornitori di servizi di intermediazione dei dati o organizzazioni per l’altruismo dei dati) e dall’uso di prodotti o servizi da parte dei loro utenti, l’EHDS rappresenta il primo spazio comune europeo per l’uso primario e secondario dei dati sanitari. Una maggiore disponibilità di dati all’interno del mercato unico digitale dovrebbe contribuire al rafforzamento della competitività dell’Unione nello sviluppo e nella produzione di tecnologie innovative (i.e. IA) conformi alle norme e ai valori europei¹⁸.

Nei paragrafi che seguono ci si soffermerà su due profili principali che caratterizzano il sistema di *governance* del settore digitale: da un lato, l’istituzione di autorità nazionali indipendenti; dall’altro, la presenza di forme di coordinamento amministrativo.

2.1. *Le autorità indipendenti e il fenomeno di “agentificazione indotta”*

In riferimento al primo dei due profili, il GDPR prevede un sistema di *governance* che si fonda sull’istituzione di autorità di controllo nazionali per assicurare la coerente applicazione delle disposizioni¹⁹. Rispetto al regime

¹⁷ V. PAKONSTANTINO, P. DE HERT, *Post GDPR EU Laws and Their GDPR Mimesis. DGA, DSA, DMA and the EU regulation of AI*, in *European Law Blog*, 2021.

¹⁸ COM (2020) 66final, cit., p. 3.

¹⁹ Cfr. O. POLLICINO, M. BASSINI, *Art. 8 Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in R. D’ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Milano, 2021, p. 64; C. KUNER ET AL., *The EU General Data Protection Regulation: A Commentary*, Oxford, 2020, p. 220 ss.; P. DE HERT, *EU Sanctioning Powers and Data Protection New Tools for Ensuring the Effectiveness of the GDPR in the Spirit of Cooperative Federalism*, in S. MONTALDO, F. COSTAMAGNA, A. MIGLIO (eds.), *EU Law Enforcement. The Evolution of Sanctioning Powers*, New York, 2021, p. 291; G. BUSIA, *Il ruolo dell’Autorità indipendente per la protezione dei dati personali*, in N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Padova, 2019, p. 293 ss.; C. RAAB, I. SZEKELY, *Data Protection Authorities and Information Technology*, in *Computer Law & Security Review*, vol. 33, n. 4,

fissato dalla precedente direttiva 95/46/CE (DPD)²⁰, i compiti e poteri attribuiti alle autorità di controllo vengono definiti in modo esaustivo *ex lege*²¹, limitando il margine di manovra degli Stati²². Un ulteriore aspetto di differenziazione rispetto al passato concerne il carattere di indipendenza delle autorità di controllo²³. Oltre alla formula generale della “piena indipendenza”, infatti, il GDPR specifica il significato di tale espressione (i.e. indipendenza funzionale, organizzativa, ecc.), facendo proprie alcune pronunce della Corte²⁴.

2017, pp. 421-433; F. BIEKER, *Enforcing Data Protection Law - The Role of Supervisory Authorities in Theory and Practice*, in A. LEHMANN ET AL., *Privacy and Identity Management: Facing up to the Next Steps*, Springer, 2017, pp. 125-139; D. BERAND-WILLS, *The Technology Foresight Activities of European Union Data Protection Authorities*, in *Technological Forecasting and Social Change*, n. 116, 2017, p. 116; A. VRANAKI, *Social Networking Site Regulation: Facebook, Online Behavioural Advertising, Power and Data Protection Laws*, in *Rutgers Computer & Technology Law Journal*, vol. 43, n. 2, 2017, p. 169; ID., *Learning Lessons from Cloud Investigations in Europe: Bargaining Enforcement and Multiple Centres of Regulation in Data Protection*, in *Journal of Law, Technology and Policy*, n. 2, 2016, pp. 245-275; P. DE HERT, D. KLOZA, P. MAKOWSKI (eds.), *Enforcing Privacy: Lessons from Current Implementations and Perspective for the Future*, Warsaw, 2015, p. 146; S. LAVRIJSEEN, A. OTTOW, *Independent Supervisory Authorities: a Fragile Concept*, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 39, n. 4, 2012, p. 419; P. HUSTINX, *The Role of Data Protection Authorities*, in S. GUTWIRTH ET AL., *Reinventing Data Protection?*, Berlin, 2009.

²⁰ DPD, art. 28. In dottrina, L. A. BYGRAVE, *Data Privacy Law: An International Perspective*, Oxford, 2014, p. 172.

²¹ GDPR, artt. 57-58. Cfr. S. PEERS (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, 2021, p. 259.

²² GDPR, art. 58, par. 6, e considerando n. 129. Secondo H. HIJMANS, *The DPAs and their Cooperation: How Fare Are We in Making Enforcement of Data Protection Law More European*, in *European Data Protection Law Review*, vol. 2, n. 3, 2016, p. 367, il livello di dettaglio previsto dalle disposizioni del GDPR ha fatto sì che “the European dimension of the position of DPAs becomes more dominant [...] leaving little room for national law”. Allo stesso tempo, però, viene anche sottolineato come il GDPR consenta agli Stati membri la possibilità di attribuire alle autorità di controllo ulteriori compiti e poteri.

²³ GDPR, artt. 51, par. 1, e 52.

²⁴ Sentenza del 16 ottobre 2012, causa C-614/10, *Commissione c. Austria*, punti 41-42; del 9 marzo 2010, causa C-518/07, *Commissione c. Germania*, punto 30. In dottrina, cfr. H. HIJMANS, *The European Union as Guardian of Internet Privacy*, Springer, 2016, p. 377; F. FABBRINI, *Il diritto dell'UE e l'indipendenza delle autorità nazionali garanti per la protezione dei dati: nota alla Sentenza Commissione c. Germania*, in *Giornale di diritto amministrativo*, vol. 10, 2010, pp. 1028-1033.

In linea con l'impostazione del GDPR, anche gli atti della Strategia obbligano gli Stati ad istituire o a designare autorità nazionali²⁵ per assicurare la coerente ed effettiva attuazione del diritto dell'Unione.

In particolare, il DGA prescrive l'istituzione di due autorità: le autorità competenti per i servizi di intermediazione dei dati²⁶ e quelle preposte alla registrazione delle organizzazioni per l'altruismo dei dati²⁷. Le prime si occupano principalmente di controllare e monitorare la conformità dei fornitori di servizi di intermediazione di dati rispetto ai requisiti imposti dalla normativa e, in caso di presunta o accertata violazione, di domandare informazioni o osservazioni che giustifichino la condotta tenuta dai fornitori²⁸. Il mancato rispetto dei requisiti previsti *ex lege* può portare a richiedere la cessazione della violazione o a comminare misure sanzionatorie. Analoghi obblighi gravano sulle autorità per la registrazione delle organizzazioni per l'altruismo dei dati²⁹ che condividono con le prime anche determinate caratteristiche, come l'indipendenza funzionale e l'onere di svolgere i propri compiti in maniera imparziale, trasparente, coerente, affidabile e tempestiva³⁰.

Non dissimile è il modello presente nel DA, dove troviamo l'obbligo di individuare autorità nazionali competenti per l'accesso e l'utilizzo dei dati nei rapporti tra imprese ed enti pubblici³¹. Diversamente dal DGA, però, non sono prescritti requisiti di indipendenza³² e viene concessa agli Stati la possibilità di specificare la portata dei compiti assegnati alle autorità competenti³³.

Con le proposte di AIA e EHDS, il quadro istituzionale si arricchisce

²⁵ Tuttavia, occorre precisare che, rispetto al GDPR, gli atti della Strategia ammettono la possibilità per gli Stati di fare affidamento su autorità già esistenti (DGA, art. 26; DA, art. 31, par. 1; AIA, art. 59; EHDS, artt. 10 e 26).

²⁶ DGA, art. 13.

²⁷ DGA, art. 23. Per completezza espositiva, con il DGA, viene prescritta anche l'istituzione di organismi competenti incaricati di svolgere funzioni di assistenza nei confronti degli enti pubblici che concedono o rifiutano l'accesso al riutilizzo di dati (art. 7), e di uno sportello unico per la ricezione delle richieste di informazione e di riutilizzo dei dati (art. 8).

²⁸ DGA, art. 13.

²⁹ DGA, art. 24.

³⁰ DGA, artt. 26-27.

³¹ DA, art. 31.

³² Questi mancano anche nell'EHDS, mentre l'AIA li richiede sia per gli organismi notificati (art. 33, par. 4) sia per le autorità di controllo (art. 59).

³³ DA, art. 31.

ulteriormente. L'AIA prescrive la designazione, tra le autorità nazionali competenti, di un'autorità di controllo che agisca anche in qualità di autorità di notifica e di autorità di vigilanza del mercato³⁴. Rispetto agli altri atti, il legislatore non si limita a definirne i compiti, ma va altresì a stabilire le competenze e conoscenze che il loro personale deve necessariamente possedere³⁵.

Lo EHDS, d'altra parte, prevede ben due sistemi di *governance* (sostanzialmente sovrapponibili): l'uno per l'uso primario e l'altro per l'uso secondario dei dati. Il primo impone l'istituzione di due autorità nazionali: l'autorità di sanità digitale³⁶, in seno alla quale può essere istituito il punto di contatto nazionale per lo scambio dei dati sanitari sulla base del formato europeo di scambio delle cartelle cliniche, e l'autorità di vigilanza del mercato responsabile dei sistemi di cartelle cliniche elettroniche (ruolo che può però essere svolto dalle stesse autorità di sanità digitale)³⁷. Nel secondo, invece, viene prescritta l'istituzione di un organismo dell'accesso ai dati sanitari³⁸, nel contesto del quale, così come per le autorità di sanità digitale, è possibile designare il punto di contatto nazionale per l'uso secondario di dati in contesti transfrontalieri³⁹.

Alla luce dell'analisi svolta emerge come, nel settore digitale, la scelta del legislatore europeo sia stata quella di assegnare ad autorità nazionali⁴⁰ il ruolo (non nuovo) di “veicoli dell'integrazione”⁴¹ e sedi privilegiate per assicurare maggiore efficienza al processo di attuazione del diritto europeo. In dottrina, questo *modus procedendi* dell'Unione è stato efficacemente descritto con l'espressione “agentificazione indotta” per cui il legislatore europeo richiede

³⁴ AIA, art. 59, par. 2. Si ricordi che le autorità di notifica si occupano della valutazione, designazione e notifica degli organismi di valutazione della conformità di alcuni sistemi di IA (art. 30), mentre quelle di vigilanza del mercato devono, ad esempio, ricevere le segnalazioni di incidenti sorti successivamente all'immissione di sistemi di IA sul mercato (artt. 61-62).

³⁵ AIA, art. 59, par. 4.

³⁶ EHDS, art. 10.

³⁷ EHDS, art. 28.

³⁸ EHDS, artt. 36-37.

³⁹ EHDS, art. 52.

⁴⁰ M. LOTTINI, *Indipendenza delle autorità di regolamentazione e principio di autonomia istituzionale*, in *Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, n. 4, 2020, p. 200; A. ROSAS, L. ARMATI, *op. cit.*, p. 106.

⁴¹ G. GIRAUDI, M. S. RIGHETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Roma, 2001, pp. 205-206.

la presenza di uffici nazionali indipendenti incaricati dell'attuazione del diritto dell'Unione a prescindere dalla partecipazione in agenzie sovranazionali⁴².

La disciplina sovranazionale delle funzioni e della struttura interna di tali autorità ne determina un'evoluzione in senso federale⁴³ che, seppur giustificata da ragioni di trasparenza, speditezza ed efficienza⁴⁴, solleva alcuni dubbi circa il rispetto del principio di autonomia istituzionale degli Stati, intesa quale libertà di organizzare autonomamente il proprio apparato amministrativo nell'attuazione del diritto dell'Unione⁴⁵.

2.2. *I comitati e le forme di cooperazione amministrativa*

Passando al secondo profilo, ossia alle forme di cooperazione amministrativa, nel GDPR, lo strumento di raccordo principale tra piano nazionale e sovranazionale è il comitato per la protezione dei dati (EDPB). La sua struttura interna, infatti, prevede la presenza del garante europeo per la protezione dei dati (EDPS), della Commissione⁴⁶ e delle figure di vertice delle autorità di controllo nazionale⁴⁷. Rispetto all'EDPS, la struttura organizzativa dell'EDPB risulta essere più semplice e flessibile. Tra i compiti attribuiti all'EDPB, basti qui ricordare la possibilità di adottare decisioni vincolanti nei casi di controversie tra autorità di controllo⁴⁸ e di pubblicare linee guida, raccomandazioni e *best practices* per fornire consulenza ed assistenza alla Commissione (e non solo)⁴⁹.

Sul modello del GDPR, anche gli atti della Strategia (ad eccezione del

⁴² J. ALBERTI, *Le agenzie dell'Unione europea*, Milano, 2018, pp. 111 e 163.

⁴³ M. DE VISSER, *op. cit.*, pp. 24-6249; F. MERUSI, *Le autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in F. A. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle autorità*, Bologna, 2000, pp. 19-33.

⁴⁴ Artt. 5, par. 3 e 291, TFUE.

⁴⁵ M. LOTTINI, *Principio di autonomia istituzionale*, cit., pp. 58-59; H. HIJMANS, *The European Union*, cit., p. 367; S. LAVRIJSSSEN, A. OTTOW, *op. cit.*, p. 419.

⁴⁶ La Commissione, tuttavia, non è dotata del diritto di voto, diversamente dall'EDPS a cui sono attribuiti diritti di voto specifici (GDPR, art. 68, parr. 5-6).

⁴⁷ GDPR, art. 68.

⁴⁸ GDPR, art. 65.

⁴⁹ GDPR, art. 70.

DA)⁵⁰ prevedono l'istituzione di organi misti⁵¹ che presentano elementi comuni per quanto riguarda la struttura interna e le funzioni svolte.

In riferimento alla struttura organizzativa, la componente nazionale e quella sovranazionale trovano piena rappresentazione in senso ai comitati che sono infatti composti da rappresentanti delle autorità competenti nazionali, da organismi europei (es. EDPB, EDPS e ENISA) e dalla Commissione⁵². Per quanto riguarda le funzioni, i comitati svolgono prevalentemente compiti consultivi e di assistenza alla Commissione su temi e questioni specifiche agli atti di cui si tratta⁵³. Diversamente dall'EDPB, però, essendo sostanzialmente gruppi di esperti privi di personalità giuridica, tali organismi non dispongono del potere di adottare atti vincolanti.

Aldilà dei comitati, gli atti oggetto d'esame presentano ulteriori forme di cooperazione amministrativa. Il GDPR, ad esempio, affianca al sistema di cooperazione "accentrato" in seno al comitato⁵⁴ un sistema di cooperazione "diffuso" che impone alle autorità di controllo specifici obblighi di assistenza reciproca, come lo scambio di informazioni⁵⁵, e di partecipazione ad operazioni congiunte (i.e. indagini o misure di contrasto)⁵⁶. È inoltre previsto un generale obbligo di cooperazione tra le autorità⁵⁷ che, nei casi di trattamento transfrontaliero di dati, si traduce nel meccanismo dello "sportello unico" o *one-stop-shop*⁵⁸.

In breve, secondo tale meccanismo, la responsabilità di vigilare sul rispetto della normativa europea è affidata all'autorità capofila, ossia l'autorità di controllo dello stabilimento principale del titolare o del responsabile del

⁵⁰ L'art. 27, par. 3, del DA, però, rinvia al comitato istituito sotto il DGA.

⁵¹ Il comitato per l'innovazione in materia di dati (DGA, art. 29), il comitato per l'IA (AIA, art. 56), e il comitato EHDS (EHDS, art. 64).

⁵² È possibile che vengano coinvolti altri soggetti, come rappresentanti di organi pertinenti di settori specifici e di organi con competenze specifiche (DGA, art. 29) o altre autorità nazionali (AIA, art. 57).

⁵³ DGA, art. 30 e AIA, art. 58.

⁵⁴ GDPR, artt. 59 e 68.

⁵⁵ GDPR, art. 61.

⁵⁶ GDPR, art. 62. Questo tipo di collaborazione è richiesta anche tra EDPS e autorità di controllo (regolamento (UE) 2018/1725, artt. 61-62).

⁵⁷ GDPR, art. 57, par. 1, lett. g).

⁵⁸ GDPR, artt. 60-65. Sul punto, EDPB, *Guidelines 02/2022 on the Application of Art. 60, 2022*.

trattamento transfrontaliero di dati, assegnando alle altre autorità di controllo interessate compiti secondari di supporto e assistenza. Strettamente connesso al meccanismo dello sportello unico è quello di coerenza⁵⁹, che permette di assicurare l'attuazione delle decisioni adottate dalle autorità capofila in tutti gli Stati membri⁶⁰.

Rispetto al GDPR, negli atti della Strategia sono presenti forme più "blande" di cooperazione tra autorità nazionali, come, ad esempio, obblighi di mutuo riconoscimento dell'attività regolatoria delle autorità nazionali⁶¹. Inoltre, questa collaborazione, favorita dall'azione dei comitati o della Commissione⁶², assume una natura "trasversale", in quanto non solo riguarda i rapporti tra le autorità di un dato settore normativo, ma anche quelli con l'EDPB, l'EDPS, le autorità per la protezione dei dati personali, per la concorrenza, per la cybersicurezza, per l'identificazione elettronica, così come con gli organismi pertinenti e i gruppi di esperti⁶³. In aggiunta, lo EHDS prevede la creazione di due gruppi di controllo congiunto, composti dai rappresentanti dei punti di contatto nazionali e da altri soggetti autorizzati⁶⁴, per il monitoraggio delle infrastrutture transfrontaliere per lo scambio di dati sanitari⁶⁵.

Con riferimento poi alla cooperazione tra livello nazionale e sovranazionale, gli atti della Strategia impongono alle autorità di controllo obblighi di comunicazione e scambio di informazione con la Commissione⁶⁶, a cui vengono affidati compiti di tenuta di registri elettronici⁶⁷ e di gestione di banche dati⁶⁸.

⁵⁹ GDPR, art. 63.

⁶⁰ Si noti come eccezioni all'attivazione di tali meccanismi sono previste per le ipotesi in cui l'autorità di controllo reputi urgente il proprio intervento a difesa dei diritti e delle libertà degli interessati (GDPR, art. 66).

⁶¹ Ad esempio, DGA, art. 19, par. 5; AIA, artt. 40-42; EHDS, art. 8.

⁶² DGA, art. 30, lett. i)-j); DA, art. 31; AIA, art. 59, par. 6; EHDS, art. 65.

⁶³ DGA, art. 13, par. 3; DA, art. 31, par. 2; AIA, artt. 59, par. 7 e 63, par. 2; EHDS, art. 10, par. 2, lett. m)-n) e par. 5 e art. 37, par. 2.

⁶⁴ EHDS, art. 66.

⁶⁵ EHDS, art. 12, par. 9 e art. 52, par. 14.

⁶⁶ GDPR, art. 35, par. 4 e 5, art. 41, par. 3, art. 49, par. 5, art. 88 e art. 90; DGA, artt. 7, 11, 16 e 23; DA, artt. 31 e 33; AIA, art. 59, par. 3-4, art. 64, par. 3, art. 30 e art. 47; EHDS, art. 10, par. 1, art. 12, par. 2, art. 28, par. 2, art. 36, par. 4, art. 39, par. 2, art. 52, par. 1, art. 64, par. 5 e art. 69.

⁶⁷ DGA, art. 8, par. 4; DA, art. 31, par. 5.

⁶⁸ AIA, art. 60; EHDS, art. 32.

In definitiva, così come per il fenomeno di “agentificazione indotta”, anche il ricorso a forme di cooperazione amministrativa che impongono alle autorità nazionali obblighi di ausiliarità reciproca⁶⁹ è già noto nel panorama europeo. Questo approccio infatti è stato sperimentato in altri settori di competenza dell’Unione (i.e. mercato interno, concorrenza e telecomunicazioni)⁷⁰, confermando la volontà di far evolvere i sistemi amministrativi nazionali verso una dimensione sempre più sovranazionale⁷¹.

3. *Il divario tra lettera e realtà: i bersagli mancati dal legislatore europeo*

Il complesso sistema di *governance* del settore digitale, risultante dalla combinazione del fenomeno di “agentificazione indotta” con le forme di cooperazione amministrativa appena descritti, va a incidere direttamente sull’autonomia degli Stati nel dare esecuzione alle norme di diritto europeo. Più nello specifico, a risultare compromessa sembra essere l’autonomia istituzionale, intesa quale libertà di individuare le modalità di attuazione del diritto europeo e, in particolar modo, di scegliere i soggetti a cui attribuire poteri esecutivi⁷².

⁶⁹ E. CHITI, C. FRANCHINI, *Integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2010. Cfr. H. C. H. HOFMANN, A. H. TÜRCK (eds.), *EU Administrative Governance*, Cheltenham, 2006, pp. 90-94.

⁷⁰ M. DE VISSER, *op. cit.*, p. 32 ss.

⁷¹ Si rinvia, tra gli altri, a R. J. G. M. WIDDERSHOVEN, *Developing Administrative Law in Europe: Natural Convergence or Imposed Uniformity?*, in *Review of European Administrative Law*, vol. 7, n. 2, 2015, p. 5; C. FRANCHINI, *L’organizzazione amministrativa dell’Unione europea*, in M. P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013, p. 205; G. DELLA CANANEA, *Administrative Law in Europe: a Historical and Comparative Perspective*, in *European Review of Public Law*, vol. 22, n. 2, 2010, p. 347; H. C. H. HOFMANN, A. H. TÜRCK (eds.), *Legal Challenges in EU Administrative Law. Towards an Integrated Administration*, Cheltenham, 2009; L. DE LUCIA, *Amministrazione transazionale e ordinamento europeo. Saggio sul pluralismo amministrativo*, Torino, 2009; J. H. JANS, A. PRECHAL, R. J. G. M. WIDDERSHOVEN (eds.), *Europeanisation of Public Law*, Groningen, 2007; F. BIGNAMI, S. CASSESE (a cura di), *Il procedimento amministrativo del diritto europeo*, Milano, 2004; J. SCHWARZE (ed.), *Administrative Law under European Influence: On the Convergence of the Administrative Laws of the EU Member States*, Baden-Baden, 1996.

⁷² Cfr. M. LOTTINI, *Indipendenza delle autorità di regolamentazione*, cit., p. 198; M. VERHOEVEN, *The ‘Costanzo Obligation’ and the Principle of National Institutional Autonomy: Supervision as a Bridge to Close the Gap?*, in *Review of European Administrative Law*, vol. 3, n. 1, 2010, p. 24; D. U. GALETTA, *L’autonomia procedurale degli Stati membri dell’Unione europea*:

Come è noto, però, nel beneficiare di tale autonomia, gli Stati sono soggetti al rispetto delle regole e dei principi dell'ordinamento dell'Unione⁷³. In virtù del principio di leale cooperazione⁷⁴, infatti, le amministrazioni nazionali si impegnano a garantire l'effettività delle norme europee⁷⁵, le quali devono poter "addivenire ad una piena esplicazione dei loro effetti e al raggiungimento del loro scopo"⁷⁶.

Ci si domanda allora se il sistema di *governance* scelto dal legislatore europeo nel settore digitale sia idoneo, nella pratica, a realizzare tale fine. Se per gli atti della Strategia è forse precoce ipotizzare una risposta, un discorso diverso vale invece per il GDPR che, ormai dal 2018, trova ampia applicazione in tutta l'Unione.

3.1. *I divergenti approcci delle autorità nazionali per la protezione dei dati personali*

Nonostante la sua natura giuridica di regolamento, è ormai noto ai più

Paradise Lost?, Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata, Torino, 2009, p. 15; F. BECKER, *Application of Community Law by Member States' Public Administrations: Between Autonomy and Effectiveness*, in *Common Market Law Review*, vol. 44, n. 4, 2007, p. 1037.

⁷³ Cfr. M. LOTTINI, *Principio di autonomia istituzionale*, cit., p. 83 ss., spec. pp. 85-88; H. C. H. HOFMANN, *General Principles of EU Law and EU Administrative Law*, in C. BARNARD, S. PEERS (eds.), *European Union Law*, Oxford, 2020, p. 180 ss.

⁷⁴ F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, Napoli, 2020; M. KLAMERT, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford, 2014; F. CASOLARI, *EU Loyalty After Lisbon: An Exception Gap to Be Filled?*, in L. S. ROSSI, F. CASOLARI (eds.), *The EU After Lisbon. Amending or Coping with the Existing Treaties?*, Berlin, 2014, p. 93 ss.; F. CARUSO, *Il principio di leale cooperazione: cardine del processo di integrazione europea*, in G. ROLLA (a cura di), *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati*, Torino, 2013, p. 18; F. G. PIZZETTI, *Principio di leale cooperazione nell'ordinamento europeo*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo e l'esercizio delle competenze*, Milano, 2006, p. 331.

⁷⁵ Sentenza del 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame*, punti 19-20; D. U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 21 ss.

⁷⁶ M. LOTTINI, *Principio di autonomia istituzionale*, cit., pp. 24-27. Si veda altresì I. INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017; M. ROSS, *Effectiveness in the European Legal Order(s): Beyond Supremacy to Constitutional Proportionality?*, in *European Law Review*, n. 4, 2006, p. 480; M. ACETTO, S. ZLEPTING, *The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law*, in *European Public Law*, 2005, p. 375.

come le disposizioni del GDPR non abbiano impedito il sorgere di discipline sull'uso dei dati personali estremamente differenti a livello nazionale per via del margine di discrezionalità riconosciuto dal legislatore europeo ai singoli Stati. Ciò si è verificato, ad esempio, con riferimento all'età del consenso dei minori riguardo i servizi della società dell'informazione, all'equilibrio tra il diritto alla protezione dei dati personali e la libertà di espressione⁷⁷ e all'uso dei dati per finalità di ricerca scientifica⁷⁸.

Le differenti interpretazioni date dai legislatori nazionali alle disposizioni del GDPR hanno segnato il modo in cui le autorità di controllo ne assicurano l'attuazione. Un ambito in cui la diversità negli approcci delle autorità nazionali appare con maggiore evidenza riguarda l'importo delle sanzioni pecuniarie da esse comminate per le violazioni delle norme in materia di protezione dei dati personali.

Basti pensare che nel corso del 2020 le sanzioni amministrative irrogate dal Garante italiano sono state pari a 38.448,895 euro, a fronte dei 3.017,363 euro del 2019⁷⁹. Numeri che fanno riflettere se confrontati, anche tenendo conto della diversa popolazione, con quelli degli altri garanti europei, come il *Data Protection Ombudsman* finlandese che nel 2020 ha imposto sanzioni amministrative pari a 214,500 euro, mentre pari a zero nel 2019⁸⁰.

Nel quadro appena tratteggiato, i pareri predisposti dall'EDPB sul calcolo delle sanzioni non sembrano avere sortito l'effetto auspicato dal legislatore europeo di rendere uniformi le pratiche messe in atto dalle autorità nazionali⁸¹

⁷⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio "La protezione dei dati come pilastro dell'autonomia dei cittadini e dell'approccio dell'UE alla transizione digitale: due anni di applicazione del regolamento generale sulla protezione dei dati", COM (2020) 264final, pp. 8-9.

⁷⁸ GDPR, art. 9, par. 2, lett. j) e par. 4; art. 89.

⁷⁹ Relazione annuale del Garante per la Protezione dei dati personali del 2020. Questi numeri hanno spinto il legislatore nazionale, costretto da vincoli esterni cogenti quali la necessità imposta dall'UE nell'ambito degli impegni da assumere per il *Next Generation EU*, a ridimensionare i poteri conferiti al Garante con il d.l. 139 del 2021 (c.d. "decreto capienze") convertito con modificazioni dalla l. 205/2021.

⁸⁰ *Annual Report Office of the Data Protection Ombudsman*, 2019.

⁸¹ Article 29 Working Party, *Guidelines on the Application and Setting of Administrative Fines for the Purposes of the Regulation 2016/679*, 2017; EDPB, *Guidelines 04/2022 on the Calculation of Administrative Fines under the GDPR*, 2022.

per evitare rischi per la certezza giuridica e pratiche di *forum shopping*⁸². La mancanza di vincolatività di tali documenti finisce per pregiudicare la coerente ed effettiva applicazione della normativa europea⁸³.

A ciò si aggiunge il fatto che, nella fase di preparazione di atti legislativi, non sempre le istituzioni europee richiedono i pareri delle autorità nazionali, presenti all'interno dell'EDPB⁸⁴. Il mancato coinvolgimento delle autorità di controllo da parte delle istituzioni europee rischia di acuire lo scarso senso di "appartenenza" di tali autorità a un progetto sovranazionale più ampio, incrementando l'adozione di orientamenti e pratiche differenti. Al contrario, una maggiore partecipazione delle autorità nazionali alla realizzazione degli obiettivi e dei compiti dell'Unione le renderebbe maggiormente "vincolate nella loro azione al rispetto dei fini e delle regole del sistema, dovendo contribuire all'attuazione dei medesimi in modo unitario e coerente con i principi fondamentali dell'integrazione"⁸⁵.

3.2. *Il ruolo marginale dell'EDPB e la sostanziale inoperatività dei meccanismi di cooperazione tra autorità di controllo*

L'effettività delle disposizioni del GDPR risulta compromessa anche dallo scarso ricorso da parte delle autorità di controllo ai meccanismi di

⁸² Risoluzione del Parlamento europeo, del 25 marzo 2021, sulla relazione di valutazione della Commissione concernente l'attuazione del regolamento generale sulla protezione dei dati due anni dopo la sua applicazione (2020/2717 (RSP)).

⁸³ EDPS, *The Future of Data Protection: Effective Enforcement in the Digital World*, 2022.

Si noti che anche in riferimento alle decisioni vincolanti adottate dall'EDPB nei casi di controversie tra autorità di controllo, è stato rilevato come le autorità di controllo godano di un margine discrezionale nell'attuazione delle stesse che finisce per compromettere la capacità dell'EDPB di risolvere tali controversie. Sul punto, cfr. H. C. H., HOFMANN, L. MUSTERT, *Procedures Matter – What to Address in GDPR Reform and a New GDPR Procedure Regulation*, in *EU Law Live*, 2023.

⁸⁴ Valutazioni rese possibili dal confronto dei *report* annuali predisposti dall'EDPB tra il 2018 e il 2022, disponibili su: www.edpb.europa.eu/about-edpb/about-edpb/annual-reports_en. Si veda altresì quanto rilevato nell'audizione pubblica della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE) del Parlamento europeo su "Attuazione, applicazione e lezioni apprese del regolamento generale sulla protezione dei dati personali" (17 marzo 2022).

⁸⁵ *Concorrenza e Autorità Antitrust: Un bilancio a 10 anni dalla legge* (Roma, 9-10 ottobre 2000).

coordinamento. I *report* annuali predisposti dall'EDPB mostrano la sostanziale assenza di azioni congiunte tra le autorità nazionali, le quali non sembrano particolarmente attive nemmeno nel contesto delle procedure di assistenza reciproca⁸⁶.

A questo proposito, la dottrina ha da tempo sottolineato i difetti di questi meccanismi, come, ad esempio, l'incertezza legata al tipo di responsabilità della autorità capofila nell'ambito dello sportello unico. Nel GDPR manca una disposizione che va in questo senso⁸⁷ e, anche alla luce della più recente giurisprudenza della Corte⁸⁸, non è chiaro come un'eventuale responsabilità di tipo esclusivo possa conciliarsi con gli obblighi di leale ed efficace cooperazione tra le autorità⁸⁹.

Per tentare di rimediare a questa situazione, la Commissione ha recentemente lanciato un'iniziativa che cerca di armonizzare le regole amministrative

⁸⁶ Report annuali dell'EDPB tra il 2018 e il 2022, disponibili su: www.edpb.europa.eu/about-edpb/about-edpb/annual-reports_en. Un discorso parzialmente diverso vale per le procedure di sportello unico che, nel 2022, sono state 714 con 330 decisioni finali, in luogo alle 8 decisioni di coerenza adottate nel 2018. Tali dati, tuttavia, non sembrano essere sufficienti a far venire meno le preoccupazioni espresse, specialmente dal Parlamento europeo, rispetto all'effettivo funzionamento di tale meccanismo. Cfr. risoluzione del Parlamento europeo, del 20 maggio 2022, sulla sentenza della Corte del 16 luglio 2020, causa C-311/18, *Data Protection Commissioner contro Facebook Ireland Limited e Maximilian Schrems* ("Schrems II") — (2020/2789(RSP)), punti 4-5.

⁸⁷ P. HUSTINX, *EU Data Protection Law: The Review of Directive 95/46/EC and the General Data Protection Regulation*, in M. CREMONA (ed.), *New Technologies and EU Law*, Oxford, 2017, p. 39.

⁸⁸ Sentenza del 15 giugno 2021, causa C-645/19, *Facebook Ireland Limited*, punto 63: in cui si afferma che, benché l'art. 56, par. 6 del GDPR attribuisca all'autorità capofila il ruolo di "unico interlocutore" del titolare o responsabile del trattamento transfrontaliero, tale compito deve essere esercitato "nell'ambito di una stretta cooperazione con le altre autorità di controllo interessate. In particolare, l'autorità di controllo capofila non può sottrarsi, nell'esercizio delle sue competenze [...] a un dialogo indispensabile nonché a una cooperazione leale ed efficace con le altre autorità di controllo interessate".

⁸⁹ Tra gli altri, si rinvia a O. LYNKEY, *The Troubled Transnational Enforcement of the GDPR*, in *EU Law Live*, 2023, L. CHEMLALI, *The Competence of Non-Lead Supervisory Authority under the EU GDPR's One-Stop-Shop Mechanism: CJEU Judgment in Facebook and Others (C-645/19)*, in *Journal of Media Law*, vol. 14, n. 2, 2022, pp. 208-218; C. KUNER ET AL., *op. cit.*, p. 220 ss.; H. HIJMANS, *The DPAs and their Cooperation*, *cit.*, p. 368 ss.; P. BALBONI, E. PELINO, L. SCUDIERO, *Rethinking the One-Stop-Shop Mechanism: Legal Certainty and Legitimate Expectation*, in *Computer Law & Security Review*, vol. 30, n. 4, 2014, p. 396 ss.

procedurali delle diverse autorità di controllo coinvolte nei trattamenti transfrontalieri di dati⁹⁰. Tale iniziativa, innescata e fortemente supportata dall'EDPB⁹¹, dovrebbe portare a regole condivise con riferimento, *inter alia*, alle procedure di trattamento dei reclami, alla durata dei procedimenti e ai poteri investigativi delle autorità.

In attesa di ulteriori sviluppi, non sembra che i limiti posti dal modello di *governance* del GDPR all'autonomia istituzionale nazionale possano considerarsi idonei ad assicurare l'effettiva realizzazione degli obiettivi perseguiti dal regolamento, vale a dire “garantire un'applicazione coerente ed omogenea delle norme in materia di protezione delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali in tutta l'Unione e a rimuovere gli ostacoli ai flussi di dati personali all'interno di quest'ultima”⁹².

Al contrario, l'effetto utile delle disposizioni del GDPR risulta pregiudicato sia dalla carenza di omogeneità nelle prassi nazionali delle autorità di controllo sia dalla sostanziale inoperatività delle diverse forme di coordinamento amministrativo. In aggiunta, dal momento che gli atti della Strategia riflettono l'impianto del GDPR, i *deficit* emersi in riferimento all'attuazione di quest'ultimo potrebbero presentarsi anche nell'esecuzione dei primi⁹³.

4. Conclusioni e possibili traiettorie future

Il presente contributo ha mostrato come la scelta di assicurare l'attuazione effettiva delle norme in materia digitale a un sistema di *governance* complesso, che combina elementi del modello decentrato con elementi di co-amministrazione tramite sistemi di cooperazione amministrativa, rappresenti un limite

⁹⁰ Ref. Ares (2023) 1378380.

⁹¹ EDPB, *Document on Coordinated Enforcement Framework under Regulation 2016/679*, 2020; EDPB, *Guidelines 02/2022 on the Application of Article 60 GDPR*, 2022; EDPB, *Statement on Enforcement Cooperation*, 2022; EDPB, *Letter to the EU Commission on Procedural Aspects that Could Be Harmonised at EU Level*, 2022.

⁹² Sentenza *Facebook Ireland Limited*, cit., punto 64.

⁹³ Con ogni probabilità, a queste poi si aggiungereanno quelle proprie degli atti della Strategia, come, ad esempio, la mancanza di indicazioni riguardo alle sedi o ai meccanismi per la cooperazione “trasversale” tra le diverse autorità.

non indifferente all'autonomia istituzionale degli Stati nell'attuazione del diritto dell'Unione (sezione 2).

Se si considera la dimensione transfrontaliera del settore digitale, che richiede interventi di armonizzazione per superare la frammentazione normativa ed evitare costi elevati di transazione e incertezza giuridica, i limiti posti a livello sovranazionale appaiono rispettosi del principio di sussidiarietà. Tuttavia, come emerso con il GDPR, rimangono alcuni dubbi circa la proporzionalità delle forme di integrazione amministrativa rispetto all'obiettivo di assicurare l'attuazione effettiva del diritto (sezione 3)⁹⁴.

In futuro, dunque, potrebbe essere opportuno interrogarsi sulla possibilità di definire un modello alternativo di *governance* per il settore digitale, guardando alle scelte istituzionali compiute in altri ambiti⁹⁵. Per tentare di trovare una sintesi maggiormente bilanciata tra autonomia istituzionale nazionale ed effettività del diritto dell'Unione, una possibile strada potrebbe essere quella di un'integrazione che preveda l'istituzione di un'agenzia decentrata⁹⁶.

⁹⁴ Sul principio di proporzionalità, cfr. A. ADINOLFI, *Materiali di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2021, pp. 130-133; R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, Oxford, 2021, p. 366; P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, 2020, pp. 604-612; A. TIZZANO, R. ADAM, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2019, pp. 341-344; C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford, 2019, pp. 576-578; W. SAUTER, *Proportionality in EU Law: A Balancing Act?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, n. 15, 2013, pp. 439-466; T. BLANKE, *The Principle of Subsidiarity in The Lisbon Treaty*, in N. BRUUN, K. LÖRCHER, I. SCHÖMANN (eds.), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, 2012; C. FAVILLI, *Il principio di sussidiarietà nel diritto dell'Unione europea*, in *Archivio giuridico*, n. 3, 2011, p. 265; M. DE VISSER, *op. cit.*, p. 344; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006, p. 136; D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto spill over negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove autonomie*, 2005, p. 541 ss.; F. IPPOLITO, *Sussidiarietà e armonizzazione: il caso British American Tobacco*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 3, 2004; M. C. CICIRIELLO, *L'Unione europea e i suoi principi giuridici*, Napoli, 2004; P. DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2000; M. C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999; R. CAFARI PANICO, *Il principio di sussidiarietà e il ravvicinamento delle legislazioni nazionali*, in *Rivista di diritto europeo*, n. 1, 1994.

⁹⁵ Di recente, tra le ipotesi di riforma delle disposizioni procedurali del RGPD, H. C. H., HOFMANN, L. MUSTERT, *op. cit.*, 2023, hanno proposto l'adozione di un "dual approach", secondo il quale, da un lato, le attività di trattamento di portata transnazionale dovrebbero rientrare nel mandato di un'agenzia dell'UE ("upgraded EDPB"). Dall'altro, i "more local cases" continuerebbero ad essere gestiti dalle autorità di controllo nazionali.

⁹⁶ Sul tema delle agenzie, si rimanda, senza pretese di esaustività, a E. CHITI, *The*

Il legislatore ha percorso questa strada in settori, come quello finanziario e farmaceutico⁹⁷, che condividono con quello digitale la necessità di un intervento regolatorio capace di realizzare obiettivi particolarmente ambiziosi e di portata transfrontaliera, nonché (ad eccezione del GDPR) la base giuridica.

L'istituzione di un'agenzia *ad hoc* che operi quale "network co-ordinators"⁹⁸ nel settore digitale⁹⁹ sembra poter rappresentare una soluzione di

Agentification Process, cit.; A. TIZZANO, R. ADAM, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 97; A. ROSAS, L. ARMATI, *op. cit.*, p. 98 ss.; E. CHITI, *Decentralized Implementation. European Agencies*, in R. SCHÜTZE, T. TRIDIMAS (eds.), *Oxford Principles of European Union Law, Volume I: The European Union Legal Order*, Oxford, 2018, p. 748; J. ALBERTI, *op. cit.*; M. SIMONCINI, *Administrative Regulation beyond the Non-Delegation Doctrine. A Study on EU Agencies*, Oxford, 2018; T. M. MOSCHETTA, *op. cit.*, p. 161 ss.; C. TOVO, *Le agenzie decentrate dell'Unione europea*, Napoli, 2016; M. CHAMON, *EU Agencies: Legal and Political Limits to the Transformation of the EU Administration*, Oxford, 2016; S. PEERS, M. COSTA, *Reassessing the Accountability of European Union Decentralized Agencies: Mind the Independence Gap*, in *European Public Law*, vol. 22, n. 4, 2016, p. 645; E. CHITI, *European Agencies' Rulemaking: Powers, Procedures and Assessment*, in *European Law Journal*, vol. 19, n. 1, 2013, p. 93; H. C. H. HOFMANN, A. MORINI, *Constitutional Aspects of the Pluralisation of the EU Executive through "Agentification"*, in *European Law Review*, n. 37, 2012, p. 419; J. TRONDAL, M. BUSUIOC, M. GROENLEER (eds.), *The Agency Phenomenon in the European Union*, Manchester, 2012; K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *op. cit.*, p. 707 ss.; E. CHITI, *An Important Part of the EU's Institutional Machinery: Features, Problems and Perspectives of European Agencies*, in *Common Market Law Review*, vol. 46, n. 5, 2009, p. 1395; M. BUSUIOC, *Accountability, Control and Independence: The Case of European Agencies*, in *European Law Review*, vol. 15, n. 5, 2009, p. 599; M. EVERSON, *Agencies: the 'Dark Hour' of the Executive?*, in H. C. H. HOFMANN, A. H. TÜRCK (a cura di), *Legal Challenges in EU Administrative Law*, cit., p. 116; E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, 2002.

⁹⁷ Regolamento (UE) 1093/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità bancaria europea); regolamento (UE) 1094/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali); regolamento (UE) 1095/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati); regolamento (CE) 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, e che istituisce l'agenzia europea per i medicinali.

⁹⁸ R. DEHOUSSE, *Regulation by Networks in the European Community: the Role of European Agencies*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 4, n. 2, 1997, p. 259.

⁹⁹ Sulla base delle indicazioni fornite dalla sentenza della Corte del 2 maggio 2006, causa C-217/04, *Regno Unito e Irlanda c. Parlamento e Consiglio*, punti 44-45, il fondamento

compromesso ottimale nella dialettica tra amministrazione diretta e indiretta¹⁰⁰ per raggiungere un punto di equilibrio adeguato tra il principio dell'autonomia istituzionale e quello dell'effettività, assicurando un' "evoluzione pragmatica del processo di integrazione"¹⁰¹.

Dal punto di vista del rispetto dell'autonomia istituzionale, un'agenzia per il digitale, pur non risolvendo del tutto i profili di problematicità sottolineati in precedenza, garantirebbe la piena rappresentatività della componente nazionale e sovranazionale in seno ai suoi organi decisionali (consiglio di amministrazione e direttore esecutivo), dove potrebbe prevedersi la presenza di rappresentanti del Parlamento europeo¹⁰² per scongiurare pregiudizi al rispetto del principio democratico in un settore che si connota già in termini spiccatamente tecnocratici¹⁰³.

Dal punto di vista invece dell'effettività del diritto, questa verrebbe assicurata dotando l'agenzia di maggiori poteri decisionali (simili a quelli di ESMA)¹⁰⁴, oltre che di funzioni come raccogliere informazioni rilevanti, offrire

normativo per l'istituzione di tale agenzia, così come per ENISA, dovrebbe essere l'art. 114 TFUE.

¹⁰⁰ E. CHITI, *The Agentification Process*, cit., p. 132; E. CHITI, *Le agenzie europee*, cit, p. 56; R. DEHOUSSE, *op. cit.*, p. 257.

¹⁰¹ J. ALBERTI, *op. cit.*, p. 105.

¹⁰² Come avviene per EMA. Cfr. regolamento (CE) 726/2004, cit., art. 65.

¹⁰³ La preminenza della componente intergovernativa nel processo decisionale europeo per affrontare periodi di crisi ha suscitato molte critiche dalla dottrina. Cfr. B. CRUM, *Parliamentary Accountability in Multilevel Governance: What Role for Parliaments in Post-crisis EU Economic Governance?*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 25, n. 2, 2018, p. 268; S. FABBRINI, *Intergovernmentalism in the European Union: A Comparative Federalism Perspective*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 24, n. 4, 2017, p. 580; V. CUESTA LOPEZ, *The Lisbon Treaty's Provisions on Democratic Principles: A Legal Framework for Participatory Democracy*, in *European Public Law*, vol. 16, n. 1, 2010, p. 123 ss.; G. GIRAUDI, M. S. RIGHETTINI, *op. cit.*, p. 25 ss.

¹⁰⁴ Si pensi, ad esempio alle "comply or explain guidelines" di ESMA che obbligano i destinatari che non le recepiscono a fornire adeguate motivazioni. Tuttavia, nel rispetto della dottrina *Meroni* (sentenza del 13 giugno del 1958, causa C-9/56, *Meroni*), i poteri esecutivi conferiti a tale agenzia dovranno essere definiti in modo chiaro, sottoponendo il loro esercizio a un rigido controllo da parte del soggetto delegante ed escludendo poteri esecutivi ampiamente discrezionali nel rispetto del principio dell'equilibrio interistituzionale. Cfr. R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, cit., p. 142; J. ALBERTI, *op. cit.*, pp. 41-42; P. CRAIG, *EU Administrative Law*, cit., pp. 167-174.

consulenza ed assistenza alla Commissione e agli Stati e migliorare la cooperazione tra la moltitudine di attori che operano in questo ambito.

Benché, in termini di effettività, risultati simili potrebbero essere raggiunti anche tramite l'adozione di un sistema di *governance* come quello in materia di concorrenza, questa opzione non sembra praticabile per il settore digitale. Riservare un ruolo centrale alla Commissione imporrebbe a quest'ultima compiti che, per disponibilità di risorse umane e di *expertise*, difficilmente potrebbe riuscire a svolgere, specialmente dopo che il legislatore ha deciso di servirsi di un modello accentrato anche per il regolamento sui mercati digitali e, in parte, per quello sui servizi digitali¹⁰⁵.

Infine, la scelta di istituire un'agenzia per il digitale rifletterebbe in maniera coerente l'approccio del legislatore europeo nell'affrontare periodi di crisi servendosi (anche, ma non solo)¹⁰⁶ di agenzie europee¹⁰⁷. Benché nel digitale non si possa ancora parlare di una vera e propria "crisi dei dati", vi è il rischio che le debolezze nel modello di *governance* del GDPR, e con buona

¹⁰⁵ Cfr. E. A. RAFFAELLI, *Antitrust, politica industriale e Digital Markets Act*, in F. ROSSI DAL POZZO (a cura di), *Fascicolo speciale "Politiche di concorrenza e politica industriale, sinergia o conflitto?"*, in *rivista.eurojus.it*, 2023, p. 79; E. FAZIO, *Adapting Competition Law to the Digital Transition. Two Challenges*, in *europeanpapers.eu*, vol. 7, n. 3, 2022, pp. 981-992; P. AKMAN, *Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act*, in *European Law Review*, n. 47, 2021, pp. 4-5.

¹⁰⁶ Ad esempio, con la crisi pandemica, l'Unione ha, *inter alia*, istituito l'Autorità europea per la preparazione e la risposta alle emergenze sanitarie (HERA), non come agenzia decentrata, ma come dipartimento specializzato in seno alla Commissione. Cfr. decisione della Commissione, del 16 settembre 2021, che istituisce HERA (2021/C 393 I/02).

¹⁰⁷ V. DELHOMME, T. HERVEY, *The European Union's Response to the Covid-19 crisis and (the Legitimacy of) the Union's Legal Order*, in *Yearbook of European Law*, 2023, p. 11; D. FROMAGE, A. HERRANZ-SURRALLÉS, *Executive-Legislative (Im)balance in the European Union*, in N. LUPO, R. SCHÜTZE (eds.), *Parliamentary and Democracy in Europe*, 2020, pp. 1-7; P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, cit., pp. 363-372; M. RINHARD, *The Crisisification of Policy-Making in the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 57, n. 3, 2019, p. 627; N. SCICLUNA, *Integration through the Disintegration of Law? The ECB and EU Constitutionalism in the Crisis*, in *Journal of European Public Policy*, 2018, vol. 25, n. 2, p. 1874; E. CHITI, *In the Aftermath of the Crisis – The EU Administrative System between Impediments and Momentum*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 17, n. 1, 2015, p. 311; S. PIATTONI (ed.), *The European Union: Democratic Principles and Institutional Architectures in Times of Crisis*, Oxford, 2015, p. 67; J. WHITE, *Emergency Europe*, in *Political Studies*, vol. 63, n. 2, 2015, p. 300.

probabilità in quello degli atti della Strategia che ne riproducono l'impianto, non consentano di sfruttare pienamente le potenzialità dei dati e delle tecnologie a essi connesse¹⁰⁸.

Per evitare ciò, un modello di integrazione amministrativa come l'istituzione di un'agenzia per il digitale potrebbe risultare maggiormente rispettoso della filosofia di fondo dell'Unione, "unità nella diversità", in cui la dialettica tra piano nazionale e sovranazionale si sviluppa nel senso della "ricerca della compatibilità e dell'osmosi tra i valori giuridici degli uni e degli altri"¹⁰⁹.

¹⁰⁸ COM (2020) 66 final, cit., p. 7.

¹⁰⁹ K. LENAERTS, *The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union*, in *Common Market Law Review*, vol. 44, n. 6, 2007, p. 1625.

LA PROCURA EUROPEA: UNO STRUMENTO AL SERVIZIO
DELL'EFFETTIVITÀ DELLA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA
IN MATERIA PENALE

Benedetta Minucci*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'effettività della cooperazione giudiziaria in materia penale: disomogeneità delle norme tra i vari Stati membri dell'UE. – 3. Segue: la revisione degli atti dell'EPPO da parte della Corte di giustizia. – 4. Le norme relative alle misure investigative e alle indagini transfrontaliere. – 5. Il primo rinvio pregiudiziale in tema di indagini transfrontaliere. – 6. Osservazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Il 1° giugno 2021 è diventata, finalmente, operativa la Procura europea¹ (di seguito, nell'acronimo EPPO, *European Public Prosecutor's Office*) che, dopo una lunga e travagliata fase di gestazione, durata oltre vent'anni, è divenuta protagonista indiscussa della cooperazione giudiziaria in materia penale, almeno con riguardo alla persecuzione dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione².

I positivi risultati raggiunti, in una materia così delicata e in un tempo tanto ristretto, inducono a immaginare che la sfera entro cui il giovanissimo organo europeo è legittimato ad esercitare la propria competenza sia suscettibile di un significativo ampliamento verso ulteriori settori, al fine di

* Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

¹ Sull'entrata in funzione della Procura europea, cfr. L. TAVASSI, *Il primo anno di EPPO: appunti per una revisione critica*, in *Sistema penale*, n. 5, 2022, p. 51 ss.; G. GUAGLIARDI, *Procura Europea. Siamo davvero pronti in assenza di un codice di procedura penale europeo? Una nuova sfida per l'avvocatura e la magistratura*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 2, 2021, p. 1 ss.

² Cfr. S. MONTALDO, *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione Europea*, Torino, 2015; C. AMALFITANO, *Codice di cooperazione giudiziaria penale dell'Unione europea*, Torino, 2017; A. DAMATO, *La tutela degli interessi finanziari tra competenze dell'Unione e obblighi degli Stati membri*, Bari, 2018, p. 1 ss.

garantire un sistema sempre più omogeneo ed uniforme di indagine e di azione penale³.

Il presente lavoro intende piuttosto delineare, senza pretese di esaustività, le problematiche realmente emerse in fase di attuazione della Procura europea, per poi procedere ad esaminare la prima questione pregiudiziale sottoposta al vaglio della Corte di giustizia e le conseguenze che la pronuncia potrebbe di fatto avere sull'effettività della cooperazione giudiziaria in materia penale.

Infine, sulla base del quadro prospettato, saranno tratte talune conclusioni sull'efficacia del nuovo organo, per sottolineare le zone d'ombra che ancora sussistono e evidenziare, al contempo, l'efficienza dimostrata e i progressi già tracciati in favore di una logica verticale di integrazione tra i diversi spazi giuridici.

Restano, invece, esclusi dal campo d'indagine, la struttura, i compiti e le regole di funzionamento⁴, considerato che sono trascorsi ben oltre 5 anni dall'adozione e dall'entrata in vigore del regolamento istitutivo dell'EPPO⁵ e la dottrina si è ampiamente soffermata su questi profili del nuovo organo.

2. *L'effettività della cooperazione giudiziaria in materia penale: disomogeneità delle norme tra i vari Stati membri dell'UE*

È utile ricordare che la costituzione dell'EPPO ha attirato, da subito, l'attenzione sia della dottrina sia dei "tecnici". In particolare, in numerosi commenti⁶ erano stati messi in luce taluni problemi che la sua costituzione

³ Cfr., la comunicazione della Commissione europea "Un'Europa che protegge: un'iniziativa per estendere le competenze della Procura Europea (EPPO) ai reati di terrorismo transfrontaliero, del 12 settembre 2018, COM (2018) 641final.

⁴ Per una ricostruzione puntuale sulla genesi della Procura europea, L. SALAZAR, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in *Archivio penale*, n. 3, 2017, p. 2 ss.; L. SALAZAR, *La Procura Europea alla vigilia dell'entrata in funzione*, in *Questione giustizia*, 17 aprile 2021.

⁵ Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea ("EPPO"), su cui si veda A. CORRERA, *Prime osservazioni sul regolamento che istituisce la Procura europea*, in *rivista.eurojus.it*, 21 ottobre 2017, p. 1 ss.; A. VENEGONI, M. MINÌ, *I nodi irrisolti della nuova Procura europea*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 12, 2017, p. 1 ss.

⁶ In questi termini E. TRAVERSA, *I tre principali aspetti istituzionali dell'attività della Procura europea (EPPO): legge applicabile, rimedi giurisdizionali e conflitti di competenza*, in

comportava e che poi all'atto pratico si sono rilevati non tali o, comunque, sono stati superati facilmente e che, pertanto, non costituiranno oggetto della presente indagine.

Invero, è possibile osservare che, a distanza di quasi due anni dall'inizio dell'operatività della Procura europea, la cooperazione nei settori di sua competenza ha registrato una tendenza piuttosto positiva; a ciò hanno giovato, da un lato, la garanzia dell'indipendenza e dell'autonomia⁷, dall'altro, i metodi di coordinamento transfrontaliero, che hanno permesso di portare avanti le operazioni di perquisizioni e arresti con tempi molto ridotti rispetto a quelli nazionali.

Più precisamente, gli elementi di radicale novità e di successo di EPPO attengono sia alla sua struttura – caratterizzata da procuratori europei delegati, vale a dire magistrati nazionali che operano in piena indipendenza dalle rispettive autorità nazionali – che supera la dimensione del mutuo riconoscimento, in favore di una logica di integrazione; sia alla sua natura di organo dell'Unione che presuppone una cessione di porzioni della sovranità statale in materia penale.

Accanto ai risultati positivi, però, l'entrata in vigore dell'EPPO ha evidenziato taluni aspetti critici, che riguardano proprio l'apporto della Procura europea all'effettività della cooperazione giudiziaria in materia penale; questione tanto delicata quanto assai rilevante, perché consente di vagliare i limiti attuali, ma anche le potenzialità future, dell'integrazione tra l'ordinamento dell'Unione e gli ordinamenti nazionali. L'istituzione dell'EPPO rappresenta, cioè, una sorta di cartina di tornasole per misurare il grado di emancipazione della cooperazione giudiziaria in materia penale.

Archivio penale, n. 3, 2019, p. 46 ss.; M. FIDELBO, *La cooperazione rafforzata come modalità d'istituzione della procura europea*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3, 2016, p. 92 ss.; W. NOCERINO, *L'istituzione della "Super Procura Europea" e il complesso adeguamento interno*, in *Cammino diritto*, 11 gennaio 2022, p. 11; A. VENEGONI, *La Procura Europea (EPPO) nel panorama della cooperazione giudiziaria europea*, in *Il diritto vivente*, 26 aprile 2022, p. 1 ss.

⁷ Per un approfondimento sull'indipendenza della Procura europea, A. CIPRANDI, *L'indipendenza della magistratura requirente, dalle procure nazionali a EPPO: quale modello europeo di pubblico ministero?*, in *I Post di AISDUE*, n. 4, 23 gennaio 2023; D. CAVALLINI, *Analisi della disciplina e prime riflessioni sui profili ordinamentali della procura europea, alla luce del d.lgs. n. 9 del 2021 di adeguamento della normativa nazionale al regolamento europeo*, in *dirittodidifesa.eu*, 14 maggio 2021; L. DE MATTEIS, *Autonomia e indipendenza della Procura europea come garanzia dello Stato di diritto*, in *Questione giustizia*, n. 2, 2020.

In quest'ottica, le principali questioni che meritano di essere analizzate attengono, in *primis*, al rischio di disparità nei diritti all'interno dei diversi Stati membri e, in secondo luogo, alle limitazioni nell'ambito della revisione degli atti dell'EPPO da parte della Corte di giustizia⁸.

Quanto al primo profilo, le principali difficoltà nascono dalla disomogeneità delle norme e delle procedure investigative tra i vari Stati membri dell'UE, ovvero dal difetto di coordinamento fra l'esigenza di reprimere più efficacemente i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione e l'armonizzazione dei sistemi penali – soprattutto delle regole processuali – dei singoli Stati membri. Infatti, essendo l'EPPO un'agenzia dell'UE che opera sulla base del diritto nazionale, le divergenze tra le normative interne assumono una notevole rilevanza, con un conseguente impatto sulla posizione e sui diritti della difesa che possono variare da uno Stato membro all'altro⁹.

In questa prospettiva, la sfida più importante per la Procura europea consiste nel garantire al medesimo tempo l'amministrazione efficace della giustizia e la tutela dei diritti fondamentali degli individui coinvolti nelle indagini¹⁰, fermo restando che l'esigenza di contrastare i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione non possa portare ad un "affievolimento" di tali diritti¹¹.

Pur essendo evidente l'enorme impegno perpetrato dal legislatore europeo nel definire la struttura e il funzionamento dell'EPPO, come unico ufficio sovranazionale di pubblica accusa, non pare però di vedere lo stesso livello di dedizione nel prevedere garanzie di difesa aggiuntive rispetto a quelle

⁸ Nello stesso senso, M. BELLACOSA, M. DE BELLIS, *The protection of the eu financial interests between administrative and criminal tools: OLAF and EPPO*, in *Common Market Law Review*, p. 45.

⁹ Proprio recentemente è stata condotta una ricerca sui diritti della difesa incrociando i dati provenienti dai diversi ordinamenti nazionali. Si è notato che, ad esempio, l'ordinamento polacco, che non è parte dell'EPPO, ha un'idea di indagato che diviene tale solo alla fine delle indagini, posticipando l'operatività dei diritti rispetto a quanto garantito da altri Stati e sul punto potrebbero crearsi dei contrasti.

¹⁰ T. WAHL, *The European Public Prosecutor's office and the fragmentation of defense right*, in K. LIGETI, M. J. ANTIUNES, F. GIUFFRIDA (eds.), *The European Public Prosecutor's Office at Launch. Adapting National Systems, Transforming EU Criminal Law*, Milano, 2018, p. 85.

¹¹ Sulla tutela dei diritti fondamentali v. C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 luglio 2013; C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo, Corte di Cassazione e tutela dei diritti fondamentali dell'individuo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007.

nazionali. Difatti, solo quattro dei centoventi articoli complessivi del regolamento EPPO e tre dei centoventuno *consideranda* fanno riferimento ai diritti della difesa¹². Per di più, il complessivo impianto del regolamento istitutivo della Procura europea presenta un marcato squilibrio in danno dell'articolo 6 della CEDU sull'equo processo; infatti, è di chiara evidenza che norme riguardanti la riassegnazione, la riunione o la separazione dei procedimenti avviati dalla Procura europea sono in netta antitesi con le esigenze di ragionevole durata del processo.

Va ammesso, d'altra parte, che l'articolo 5 del regolamento EPPO impegna il pubblico ministero europeo a rispettare i diritti sanciti dalla Carta di Nizza e i principi dello Stato di diritto e della proporzionalità, elevando tale canone comportamentale al rango di principio fondamentale della sua attività. Inoltre, la Camera permanente¹³ – in sede di risoluzione dei conflitti fra pubblici ministeri per l'esecuzione di una misura investigativa, nel caso di indagini transfrontaliere – può ordinare l'adozione di una misura sostitutiva, sull'implicita premessa che quella disposta dal pubblico ministero europeo che esercita la competenza risulti contrastante con il principio di proporzionalità¹⁴.

Pure, sempre in un'ottica di tutela dei soggetti indagati, è orientata la recente raccomandazione della Commissione europea, sui diritti procedurali di indagati e imputati sottoposti a custodia cautelare e sulle condizioni materiali

¹² N. CANESTRINI, *Eppo, cavallo di troia per la tutela dei diritti fondamentali in Europa?*, in *Diritto di difesa*, 19 dicembre 2020.

¹³ Si rammenta che il livello centrale della Procura europea è composto da un Collegio, dalle sue "Camere permanenti" e dai membri di un Collegio composto da un procuratore europeo per ciascuno Stato partecipante. Le Camere permanenti (art. 10) sono costituite in numero non predefinito dal regolamento istitutivo ma rimesso al regolamento interno, che dovrà determinarne anche la composizione e l'attività in modo da contemperare l'esigenza di un'equa distribuzione del carico di lavoro con quella di un'assegnazione automatica dei casi. Esse sono presiedute dal Procuratore capo europeo o da uno dei suoi sostituti e si compongono di altri due membri permanenti oltre che del procuratore europeo incaricato di supervisionare un'indagine o un'azione penale. Il loro *core business* consiste nel monitorare ed indirizzare le indagini e le azioni penali condotte dai procuratori europei delegati, adottando, su proposta di questi ultimi, tutte le principali decisioni procedurali quali quelle relative al rinvio a giudizio, all'archiviazione, alla desistenza in favore di autorità nazionali.

¹⁴ F. CASSIBBA, *Misure investigative del pubblico ministero europeo e principio di proporzionalità*, in *Sistema penale*, 2022, p. 1 ss.

di detenzione¹⁵. Essa, pur non essendo strumento direttamente vincolante, fornisce orientamenti agli Stati membri affinché adottino misure efficaci, appropriate e proporzionate per rafforzare i diritti di tutti gli indagati e imputati in procedimenti penali che sono privati della libertà personale.

Tuttavia, è importante riconoscere che questi sono soltanto *standard* minimi e che si è in presenza di legislazioni ancora troppo disarmoniche, perché un'effettiva tutela sia garantita a livelli adeguati. Molto rimane quindi ancora da fare, nella consapevolezza che il mosaico normativo che si può venire a creare in presenza di diversi ordinamenti giuridici nazionali, non può costituire un ostacolo al corretto funzionamento del nuovo organismo¹⁶.

3. *Segue: la revisione degli atti dell'EPPO da parte della Corte di giustizia*

La seconda e fondamentale questione investe, invece, il controllo giurisdizionale sugli atti adottati dall'EPPO.

In effetti, l'istituzione della Procura europea rappresenta una sfida importante non solo per gli organi requirenti, ma soprattutto per quelli giudicanti, chiamati a governare una complessità senza precedenti. Dunque, nell'ambito dell'indispensabile attività di verifica sugli atti e le misure investigative dell'EPPO, è opportuno volgere l'attenzione alle peculiari problematiche legate alla distinzione tra le competenze riservate ai giudici nazionali e quelle spettanti alla Corte di giustizia.

Le modalità con le quali il suddetto controllo deve espletarsi sono ben descritte nell'articolo 42 del regolamento istitutivo dell'EPPO, che richiama espressamente le principali competenze devolute alla Corte di giustizia¹⁷.

Prima di procedere ad un'analisi più precisa e puntuale, va rammentato che, in realtà, il margine di manovra del legislatore dell'Unione europea, nella definizione delle competenze della Corte di giustizia – al momento

¹⁵ Raccomandazione (UE) 2023/681 della Commissione, dell'8 dicembre 2022, sui diritti procedurali di indagati e imputati sottoposti a custodia cautelare e sulle condizioni materiali di detenzione.

¹⁶ In dottrina v. C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015.

¹⁷ Per un'analisi approfondita, cfr. G. DE AMICIS, "Competenza" e funzionamento della Procura europea nella cognizione del giudice, in *La legislazione penale*, 2022, p. 1 ss.

dell'adozione del regolamento – è stato condizionato sostanzialmente da due limitazioni. La prima è rappresentata dall'obbligo della Procura europea di esercitare l'azione penale dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri (articolo 86, par. 2, TFUE); la seconda è relativa alla prescrizione contenuta in diversi articoli del Trattato, in particolare negli articoli 82 e 83 TFUE, che, di fatto, restringe ad alcuni specifici settori la competenza legislativa dell'Unione in tema di diritto penale sostanziale e processuale. In buona parte, poiché la Procura opera prevalentemente in un contesto caratterizzato per lo più da leggi nazionali, è sembrato logico attribuire il controllo sulla legittimità dei suoi atti procedurali anzitutto, agli organi giurisdizionali nazionali, conformemente ai requisiti e alle procedure stabiliti dall'ordinamento statale. E ciò in deroga al principio generale secondo cui il giudice dell'Unione ha la competenza esclusiva a pronunciarsi sulla legittimità degli atti delle istituzioni europee. Ma non va sottovaluto che nello svolgimento dell'attività investigativa di cui all'art. 30 del regolamento, la Procura è assimilabile ad un'autorità nazionale e gli atti che adotta ricadono naturalmente sotto il controllo del giudice nazionale, dovendo essere autorizzati *ex ante* o *ex post*, a seconda dei casi.

Tale soluzione, all'evidenza, porta con sé il rischio di difformità nelle forme e nei livelli di tutele assicurate, giacché poggia su 22 legislazioni penali diverse che ben potrebbero risolversi in 22 differenti giurisprudenze nazionali, ancorché i giudici penali degli Stati membri, pur nei casi in cui non sono obbligati, possono applicare il diritto dell'Unione europea. Neppure va dimenticato che il diritto processuale nazionale deve rispettare il principio di equivalenza e il principio di effettività¹⁸. Vale a dire che le modalità procedurali nazionali che disciplinano i ricorsi, come noto, non devono essere meno favorevoli di quelle previste per i ricorsi analoghi di carattere puramente interno e non devono rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'Unione europea.

¹⁸ G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, vol. I, III ed., Napoli, 2021, spec. p. 277 ss. *Ex multis*, sentenza della Corte del 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*, punti 44 e 45; del 26 aprile 2018, causa C-81/17, *Zabrus Siret*, punto 38; del 16 luglio 2020, causa C-424/19, UR (Assoggettamento degli avvocati all'IVA), punto 25. Sul punto, v. l'analisi di A. IERMANO, *I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia procedurale e "limiti" alla tutela nazionale*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 3, 2019, pp. 579-592.

La combinazione di questi due principi ha finito per circoscrivere la discrezionalità degli Stati membri riguardo alla cooperazione giudiziaria in materia penale e finirà verosimilmente per relativizzare l'autonomia procedurale degli Stati nella cooperazione giudiziaria penale. Anche perché, è utile rammentare che, pur nelle materie ad essi riservate, gli Stati membri sono tenuti a rispettare tutti gli obblighi che derivano dall'appartenenza all'Unione europea, come la Corte di giustizia ha più volte ribadito¹⁹.

Analizzando più attentamente le possibilità di intervento della Corte di giustizia, degni di nota sono soprattutto i paragrafi 2 e 3 dell'articolo 42 del regolamento.

Il primo dedicato al controllo giurisdizionale indiretto, vale a dire al meccanismo del rinvio pregiudiziale interpretativo e di validità: conformemente all'articolo 267 TFUE, la Corte di giustizia è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale, sull'interpretazione o la validità di disposizioni del diritto dell'Unione, compreso il regolamento EPPO, nonché sulla validità degli atti procedurali dell'EPPO, nella misura in cui una questione di validità sia sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno Stato membro direttamente sulla base del diritto dell'Unione. Quanto alle questioni d'interpretazione che effettivamente possono essere poste, è lo stesso regolamento a fornire suggerimenti, ponendo l'attenzione sulle disposizioni relative ad eventuali conflitti di competenza tra l'EPPO e le autorità nazionali competenti (art. 42, par. 2, lett. c, reg. 2017/1939).

Inoltre, ai sensi del paragrafo 3 del medesimo articolo, rientra nella competenza esclusiva della Corte di giustizia l'esame della legittimità (*ex art. 263 TFUE*) delle decisioni di archiviazione, nella misura in cui siano contestate direttamente sulla base del diritto dell'Unione, e per quanto riguarda gli atti di natura non procedurale²⁰.

¹⁹ *Ex multis*, sentenza della Corte del 2 marzo 2021, causa C-824/18, *A.B. e a.*, punti 67 e 68: “A tal riguardo, occorre ricordare, da un lato, che, sebbene l'organizzazione della giustizia negli Stati membri rientri nella competenza di questi ultimi, ciò non toglie che, nell'esercizio di tale competenza, gli Stati membri siano tenuti a rispettare gli obblighi per essi derivanti dal diritto dell'Unione”. Sul punto v. anche l'art. 117 della Costituzione: “La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”. V. M. E. BARTOLONI, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, 2018.

²⁰ Pure, la Corte di giustizia è competente in eventuali controversie relative al risarcimento

In un contesto così variegato, la preoccupazione maggiore attiene alla facoltà (obbligo in caso di ultima istanza) dei giudici penali nazionali di sottoporre alla Corte quesiti pregiudiziali. Per il vero, l'atteggiamento prudente che, tendenzialmente, il giudice nazionale assume, potrebbe pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto UE necessaria ad assicurare l'effettività della cooperazione in campo penale e, più in particolare, l'esigenza dell'efficienza investigativa.

Anche perché verosimilmente il giudice interno non di ultima istanza sarà spinto a proporre un rinvio pregiudiziale qualora nutra dubbi sull'interpretazione e la validità di atti rispetto al diritto dell'Unione europea, a condizione però che non riesca a effettuare un'interpretazione conforme del diritto nazionale e che non vi sia spazio per la disapplicazione della norma interna in contrasto con il diritto dell'Unione²¹.

Purtuttavia, soltanto un maggior ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale potrebbe contribuire a garantire un elevato livello di tutela dei diritti fondamentali nel settore in esame e rappresentare il giusto contraltare all'esiguo spazio riservato al giudice dell'Unione²².

4. *Le norme relative alle misure investigative e alle indagini transfrontaliere*

Com'è naturale immaginare, la concreta operatività della Procura europea impone uno studio attento pure delle modalità con le quali la sua attività investigativa si attegga nella realtà. In effetti, uno degli aspetti più interessanti, e allo stesso tempo particolarmente critico, involge proprio le disposizioni relative alle misure investigative²³. Il riferimento è, in particolare, ai rapporti tra i procuratori europei delegati (PED) dei diversi Paesi per l'esecuzione di atti

dei danni causati dall'EPPD; per eventuali controversie relative a clausole compromissorie contenute in contratti conclusi dall'EPPD; per eventuali controversie relative a questioni connesse al personale.

²¹ F. CASSIBBA, *op. cit.*, p. 11.

²² Si sottolinea che comunque un passo in avanti è stato compiuto rispetto alla proposta di regolamento avanzata dalla Commissione nel 2013, che neppure menzionava le competenze devolute alla Corte di giustizia, con il chiaro intento di ridurre al minimo le occasioni di interferenza della stessa nei confronti della Procura europea.

²³ Articoli 30-33 del regolamento (UE) 2017/1939, cit.

di indagine transfrontalieri, atti a cui è doveroso accennare perché rappresentano la più limpida testimonianza di come l'istituzione della Procura europea possa, allo stato, essere considerata sì una tappa decisamente importante ma, ancora, pur sempre intermedia e farraginoso, quantomeno nella prospettiva della creazione di una giustizia europea.

Il principio alla base della disciplina delle suddette misure investigative è contenuto nell'articolo 30 del regolamento EPPO, secondo cui è la legge dello Stato del procuratore europeo delegato incaricato del caso che regola la singola misura che, di volta in volta, si intende adottare.

Ma a ben vedere, è il successivo articolo 31, relativo alle indagini transfrontaliere, che più di tutti ha generato dubbi e perplessità, culminati – come si dirà nel prosieguo – nella proposizione del primo rinvio pregiudiziale. In effetti, esso aggiunge all'osservanza dei presupposti previsti per una determinata misura dalla legge dello Stato richiedente, anche l'osservanza dei presupposti (più o meno equivalenti) richiesti dalla legge dello Stato ove la misura deve essere eseguita. Il carattere transnazionale delle indagini impone, dunque, una stretta cooperazione e una reciproca assistenza tra il procuratore delegato incaricato del caso e i procuratori delegati degli Stati sul cui territorio occorre compiere gli atti investigativi.

Completa, e forse complica ulteriormente il presente quadro normativo, l'articolo 32, il quale prevede che le misure assegnate siano eseguite conformemente al regolamento in esame e al diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza, ma osservando altresì le formalità e le procedure espressamente indicate dal procuratore europeo delegato incaricato del caso, a meno che esse non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato membro del PED a cui compete prestare assistenza.

Tale scelta è probabilmente dovuta alla circostanza che l'ordinamento delegante è, di regola, quello nel quale viene celebrato il processo. Sicché, le indicazioni del PED incaricato del caso risultano assolutamente utili a "sagomare" il modello concreto dell'atto richiesto, poiché volte a delinearne i requisiti di ammissibilità secondo i canoni valutativi propri dell'ordinamento ove l'atto dovrà essere utilizzato.

Orbene, il sistema di indagini transfrontaliere appena descritto sembra improntato ad una logica di prudenza, in forza della quale una misura deve rispettare, secondo il modello della c.d. doppia legalità nazionale, i presupposti di tutti gli Stati membri coinvolti.

5. *Il primo rinvio pregiudiziale in tema di indagini transfrontaliere*

Non c'è, allora, da meravigliarsi che, in un contesto multilivello caratterizzato dalla previsione di regole nazionali diverse, possano sorgere problemi di gestione delle attività investigative; motivo per cui si è giunti alla formale proposizione della prima richiesta di rinvio pregiudiziale che pende, ancor oggi²⁴, innanzi alla Corte di giustizia e che individua il primo settore nel quale si dovrà valutare quale sia la reale effettività della Procura europea.

Nella specie, il rinvio pregiudiziale è stato disposto dall'Oberlandesgericht di Vienna ed è attualmente pendente presso la Corte con il numero C-281/22²⁵.

La vicenda nasce all'interno di un'indagine condotta in Germania da un procuratore europeo delegato di Monaco di Baviera, volta ad accertare l'elusione delle norme doganali, attraverso la presentazione di false dichiarazioni, da parte di una società importatrice di biodiesel dalla Bosnia-Erzegovina alla Germania e all'Austria.

Nell'ambito di tale indagine, il procuratore di Monaco ha disposto la perquisizione ed il sequestro dei documenti contabili nei locali della società austriaca destinataria del biodiesel. Quest'ordine di perquisizione è stato convalidato, così come previsto dal codice di procedura penale tedesco, dal giudice delle indagini preliminari di Monaco, sulla base degli indizi di reato presentati dal PED incaricato del caso.

Tuttavia, anche secondo la legge austriaca, una perquisizione disposta dal pubblico ministero deve essere convalidata dal giudice. Pertanto, sebbene la misura investigativa fosse già stata autorizzata da un giudice nello Stato del PED che conduceva l'indagine principale in Germania, anche il PED austriaco ha richiesto la convalida della perquisizione al giudice austriaco. E il giudice di primo grado ha convalidato la misura.

Sembra emergere fin qui una procedura espletata in un'ottica di massima tutela possibile; senonché la situazione si è complicata quando i soggetti sotto indagine hanno impugnato, dinanzi alla Corte d'appello di Vienna, la

²⁴ Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Oberlandesgericht Wien (Austria) il 25 aprile 2022, causa C-281/22.

²⁵ Sul punto, per un approfondimento, cfr. A. VENEGONI, *Il rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia (caso C-281/22): l'EPPO alla sua prima, importante prova*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 12, 2022, p. 1 ss.

decisione di convalida del giudice austriaco, contestando nel merito la sufficienza degli indizi di reato a loro carico, nonché la mancanza dei requisiti di proporzionalità e di necessità delle misure investigative. In altri termini, con l'impugnazione degli imputati, la misura già convalidata nello Stato titolare dell'indagine, è stata rimessa in discussione nello Stato di esecuzione.

In tale contesto, la Corte d'appello di Vienna ha interrogato il giudice dell'Unione sull'effettiva necessità di un riesame di tutti i requisiti sostanziali della misura investigativa, prospettando il rischio che lo stesso possa tradursi piuttosto in un riesame sulla decisione giurisdizionale di un altro Stato membro.

La questione in esame assume una rilevanza particolarmente significativa, poiché un'eventuale risposta al quesito posto dalla Corte di Vienna nel senso di un duplice controllo sulla legittimità e sui presupposti di adozione dell'atto di indagine (uno da svolgersi preliminarmente secondo le regole dello Stato che ha emesso il provvedimento da eseguire; l'altro, invece, da eseguirsi successivamente, secondo le regole dello Stato ove l'atto viene eseguito), darebbe luogo ad un meccanismo che, anziché facilitare lo svolgimento di indagini transnazionali, finirebbe per appesantirlo notevolmente²⁶.

In effetti, le indagini della Procura europea si rivelerebbero addirittura più complesse di quelle effettuate nei normali casi di cooperazione giudiziaria, dove, con l'uso dell'ordine di indagine europeo²⁷ (l'EIO), le autorità dello Stato richiesto della misura non hanno accesso all'intero *file*, ma esaminano solo il certificato inviato dal procuratore richiedente la misura. Tra l'altro, la direttiva 2014/13/UE²⁸ relativa all'ordine europeo di indagine penale, all'articolo 14, comma 2, prevede espressamente che “le ragioni di merito

²⁶ Peraltro, tale conclusione appare in contrasto con una recente pronuncia della Corte di giustizia che, pronunciandosi in merito all'ordine di indagine europeo, ha espressamente affermato che lo Stato ove lo stesso viene eseguito deve limitarsi ad una verifica formale della legittimità dell'ordine da seguire, potendo le questioni relative ai presupposti di adozione dell'atto stesso essere fatte valere solo dinanzi alla giurisdizione dello Stato che ha emesso il provvedimento, sentenza della Corte dell'11 novembre 2021, causa C-852/19, *Gavanozov II*.

²⁷ Sull'ordine europeo di indagine, tra gli altri M. LANOTTE, *Il requisito dell'indipendenza del pubblico ministero nell'emissione di un ordine europeo di indagine*, in *Cassazione penale*, n. 3, 2021, p. 1060 ss.; A. ROSANÒ, *La Procura della Repubblica tra rinvio pregiudiziale ed esecuzione dell'ordine europeo di indagine penale: considerazioni relative alla causa XK*, in *European-papers.eu*, vol. 7, n. 1, 2022, p. 1 ss.

²⁸ Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale.

dell'emissione dell'EIO possono essere impugnate soltanto mediante un'azione introdotta nello Stato di emissione, fatte salve le garanzie dei diritti fondamentali nello Stato di esecuzione”.

Si dovrebbe allora ritenere che, anche nelle indagini transfrontaliere EPPO, il controllo del giudice dello Stato del PED incaricato di prestare assistenza debba limitarsi ad un controllo meramente formale, o comunque non esteso ai presupposti della misura investigativa. Per di più, una simile soluzione sarebbe in linea con il considerando n. 72 del regolamento EPPO, secondo cui, nei casi transfrontalieri, occorre specificare chiaramente in quale Stato membro debba ottenersi l'autorizzazione giudiziaria al compimento di una determinata misura investigativa, fermo restando che non potrà in alcun caso essere richiesto il consenso due volte per la stessa misura.

In altri termini, l'applicazione pratica dell'articolo 31 non può essere più onerosa, burocratica e dispendiosa in termini di tempo rispetto all'applicazione degli atti dell'Unione che attuano il principio del reciproco riconoscimento; anche perché una norma nata per marcare una differenza tra il sistema EPPO e quello dell'EIO, ma nel senso di agevolare e snellire sempre più le indagini coinvolgenti più Stati membri, finirebbe al contrario per diventare il perno di un meccanismo, in realtà, molto più ingombrante in cui si troverebbe ad operare il nuovo ufficio²⁹.

Ma la soluzione così prospettata non è esente da problematiche.

Invero, l'ulteriore passo avanti compiuto dalla Procura europea verso il riconoscimento reciproco degli atti penali (con annesso controllo limitato ai soli aspetti formali della misura da parte del giudice del Paese di esecuzione) sembrerebbe in contrasto con il principio stabilito dall'articolo 31, paragrafo 6, del regolamento in esame³⁰, il quale impone il principio di sussidiarietà del ricorso agli strumenti giuridici di reciproco riconoscimento o di cooperazione transfrontaliera, vale a dire che sarà consentito ricorrere agli stessi solo come ultima possibile linea d'azione.

²⁹ Così A. VENEGONI, *Il rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia (caso C-281/22)*, cit., p. 3.

³⁰ La disposizione espressamente sancisce: “Se la misura assegnata non esiste in una situazione puramente interna, ma sarebbe disponibile in una situazione transfrontaliera disciplinata da strumenti giuridici di reciproco riconoscimento o di cooperazione transfrontaliera, i procuratori europei delegati interessati di concerto con i procuratori europei incaricati della supervisione, possono ricorrere a tali strumenti”.

In realtà, la vera portata innovativa di tale organismo è rappresentata dalla circostanza di rappresentare un ufficio unico, così come unico è il *file* elettronico avente ad oggetto l'indagine. Orbene, da tale unicità si comprende come il PED che conduce l'indagine ed il PED incaricato di eseguire la misura investigativa, lungi dall'essere autorità giudiziarie di Stati diversi, appartengano allo stesso ufficio ed hanno entrambi le medesime possibilità di accedere al fascicolo, con la logica conseguenza che anche il secondo ben potrebbe metterlo a disposizione del giudice³¹.

Resta però il fatto che, qualora si ritenesse che anche il giudice dello Stato di esecuzione debba esaminare la correttezza della convalida della misura, due giudici di Stati diversi valuterrebbero tutti gli elementi giuridici sostanziali – quali la responsabilità penale, gli indizi di reato, la necessità e la proporzionalità – con rischio di decisioni contrastanti, e questo ben potrebbe compromettere il futuro delle indagini transfrontaliere di EPPO.

In attesa della pronuncia, sembra difficile immaginare che il giudice dell'Unione possa giungere ad una decisione più restrittiva e penalizzante per l'operato di EPPO, su questioni che, già in tema di ordine di indagine europeo, sono state affrontate e risolte.

Tra l'altro, non va dimenticato che l'obiettivo della Procura europea è volto a creare, seppur con qualche difficoltà, uno spazio unico di giustizia; ragion per cui propendere per una duplicazione di controlli su una singola misura investigativa significherebbe innescare un'incomprensibile retromarcia, con conseguenze destinate a riflettersi anche sulla lungaggine del procedimento, a danno della stessa acquisizione della prova e, in senso più lato, dello svolgimento rapido ed efficiente delle indagini che proprio la costituzione di EPPO intende realizzare³². Oltretutto, in questi termini, duplicità vorrebbe dire sindacare ciò che l'autorità nazionale di un altro Stato membro ha già verificato, quasi a voler dimenticare che si è in presenza di uno Stato che

³¹ Cfr. A. VENEGONI, *Il rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia (caso C-281/22)*, cit., p. 6.

³² Per completezza deve rappresentarsi che il Collegio di EPPO, il 26 gennaio 2022, ha adottato delle apposite linee guida riguardanti l'interpretazione dell'articolo 31 del regolamento EPPO nelle quali si suggerisce una interpretazione di detta norma in modo che non possa essere richiesto al PED che presta assistenza al PED assegnatario del caso, di fornire all'autorità giudiziaria del suo Stato membro, competente ad emettere il provvedimento di convalida, maggiori prove ed elementi probatori di quelli usualmente offerti da un pubblico ministero che debba eseguire un EIO.

rispetta i medesimi valori e in antitesi allo spirito di fiducia reciproca sulla quale il processo di integrazione è stato costruito³³.

In conclusione, occorre rilevare che il rinvio pregiudiziale in esame è stato oggetto del parere, del 13 luglio 2022, del Consiglio Superiore della Magistratura italiano. In tale occasione, il CSM ha affermato lo specifico interesse del Governo italiano ad intervenire nella causa pregiudiziale C-281/22, considerata la rilevanza sia teorica che pratica delle questioni pregiudiziali sollevate dai giudici austriaci, involgendo le stesse l'attività ordinaria dei PED.

Insomma, certo è che le domande presentate toccano il nocciolo delle disposizioni sulle indagini transfrontaliere; in altri termini, la futura decisione della Corte di giustizia su questo caso deciderà fino a che punto l'EPPO possa essere efficace. E non si può non sperare che il giudice dell'Unione intervenga con un *dictum* così chiaro, preciso e puntuale, tale da non dover ricorrere alla Corte ogni qual volta ci sia una sovrapposizione, *rectius*, una collaborazione tra più procuratori europei delegati.

6. Osservazioni conclusive

Quel che preme notare, in definitiva, è che dell'imprescindibilità della Procura europea non è d'uopo discutere e non vi è più dubbio che sia in gioco oramai la costruzione di un nuovo assetto dello spazio penale europeo, improntato ad un potenziamento della sua efficacia.

L'attività e l'esperienza in via di consolidamento della Procura europea, difatti, testimoniano come il suo potenziale non possa essere ignorato, essendo oramai evidente la capacità, del tutto inedita, di identificare e tracciare flussi finanziari imprevedibili e di approcciare efficacemente alla gestione dei casi investigativi³⁴; e pure dai numeri, tutti in forte aumento, contenuti nella

³³ Sulla fiducia reciproca nei rapporti tra Stati membri cfr., per tutti, B. NASCIBENE, *Le traité de Lisbonne et l'espace judiciaire européen: le principe de confiance réciproque et reconnaissance mutuelle*, in *Revue des Affaires Européennes*, 2011, p. 787 ss.

³⁴ La caratteristica principale che rende l'EPPO uno strumento investigativo così duttile è rappresentato dalla circostanza che essa è composta da procuratori europei appartenenti a 22 Stati. Ebbene, laddove nell'ambito delle indagini, emerga che parte della condotta sia consumata all'estero, per l'EPPO risulta assai agevole procedere, non essendo costretta ad utilizzare gli strumenti di cooperazione giudiziaria in materia penale attualmente esistenti nei singoli Stati.

relazione annuale³⁵, trasuda l'entusiasmo per la nuova esperienza giudiziaria ed investigativa europea, nonché l'ottimismo per un ulteriore rafforzamento delle maglie della cooperazione tra gli organismi di indagine dell'Unione, sebbene le cifre, per quanto stimolanti, non rispecchino ancora l'auspicato miglioramento del livello complessivo di individuazione delle frodi nell'UE.

La conclusione che si può trarre dall'analisi appena condotta è che tutte le problematiche emerse – la necessità di ravvicinamento dei sistemi penali nazionali, l'esigenza di un maggior controllo della Corte di giustizia sugli atti adottati dall'EPPO, l'opportunità di un controllo meramente formale dello Stato ove la misura investigativa viene eseguita – richiederebbero tutte una revisione dei Trattati (che limitano, allo stato, le competenze dell'UE in materia penale) e una modifica del testo del regolamento EPPO³⁶ che, tra l'altro, presenta una cornice normativa piuttosto disomogenea caratterizzata da continui rinvii a fonti normative diverse.

Non è lecito sperare cioè che le summenzionate criticità possano essere superate senza ricorrere a significative riforme³⁷. Riforme però possibili all'unica condizione che gli Stati UE, c.d. padroni dei Trattati, riescano a rendersi conto che, lungi dal minacciare la sovranità nazionale, la Procura europea potrebbe proteggere gli Stati europei³⁸ e che le importanti conseguenze che potrebbero derivare dall'operatività dell'EPPO, con riguardo alla competenza dell'Unione in materia penale, non possono e non devono essere interpretate come una ulteriore sottrazione di sovranità subita dagli Stati.

Allo stesso tempo, non va ignorato che un approccio graduale è indubbiamente ciò che ha determinato il successo del progetto europeo; al contrario, accelerazioni non adeguatamente equilibrate rischiano di provocare reazioni di chiusura da parte degli Stati che ben potrebbero ostruire il cammino verso una compiuta integrazione europea.

³⁵ EPPO, *Annual Report - European Public Prosecutor's Office*, 2022.

³⁶ A tal proposito, vale la pena sottolineare che una clausola di revisione del regolamento EPPO è espressamente contenuta nell'articolo 119, che obbliga la Commissione a presentare, ogni cinque anni, una valutazione dell'attuazione e dell'impatto del suddetto regolamento, nonché dell'efficacia e dell'efficienza dell'EPPO e delle sue pratiche di lavoro.

³⁷ Così A. BERNARDI, *Note telegrafiche su genesi, evoluzione e prospettive future della Procura europea*, in *Sistema penale*, n. 11, 2021, p. 23 ss.

³⁸ M. DELMAS-MARTY, *Le double context du règlement instituant le Parquet européen*, in *Le Monde*, 2020, p. 1 ss.

Così se l'obiettivo di EPPO attiene al fatto di aver raggiunto un ulteriore tassello necessario a rafforzare l'effettività del sistema nella cooperazione penale, deve essere radicata la consapevolezza che ancora c'è da fare e che tale organismo deve essere considerato soltanto un punto di partenza di una costruzione che ancora è lontana dal perfezionarsi.

CHI BEN COMINCIA È A METÀ DELL'OPERA?
RIFLESSIONI SUL RUOLO DEL PARLAMENTO ITALIANO
NELLA "FASE ASCENDENTE" NELL'OTTICA DELL'EFFETTIVA
APPLICAZIONE DEL DIRITTO UE

Matteo Romagnoli*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'esigenza di prevenire il rischio di antinomie tra ordinamenti già nel corso del procedimento normativo per garantire l'effettiva applicazione del diritto UE negli Stati membri. – 3. Per una fase ascendente funzionale ma necessariamente parlamentare. – 4. Fase ascendente ed effettiva applicazione del diritto UE: chi ben comincia è a metà dell'opera. – 5. Osservazione della prassi del Senato italiano nel periodo 2020-2022: in particolare l'ibridazione compiuta con il parere del Senato sul regolamento riguardo agli *status* di filiazione. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il tema della partecipazione degli organi costituzionali di uno Stato membro alla formazione e all'attuazione del diritto europeo non è immediatamente connesso al tema dell'effettività del diritto UE. Tuttavia, la connessione è pregiudiziale, logica: la partecipazione alla formazione precedono l'attuazione e perciò anche all'effettività. La fase della partecipazione perciò è strumentale, preliminare, all'effettività. L'ipotesi di recuperare la discussione sulla fase ascendente avendo riguardo circa l'effettività del diritto UE nasce dalla convinzione che la partecipazione dei parlamenti nazionali alla formazione del diritto dell'Unione europea ha diversi obiettivi che riguardano il principio di effettività. Una partecipazione attenta alla formazione degli atti permetterebbe un'attuazione che comporti meno problemi dal punto di vista dell'impatto finanziario, amministrativo e – più in generale – dell'impatto sull'ordinamento. Infatti, tra i vari vantaggi che si possono elencare riguardo ad una fase ascendente partecipata e consapevole c'è anche la possibilità che si possano prevenire antinomie tra ordinamenti.

* Dottorando di Ricerca in Scienze Giuridiche, Università di Firenze.

In questo contributo si proverà a declinare questa ipotesi nel contesto ordinamentale e parlamentare italiano. Per cui il secondo paragrafo si concentrerà sulla connotazione dell'esigenza di prevenire le antinomie, il terzo sulle ragioni che spingono a ritenere la necessità di una nuova concezione della fase ascendente. Dal quarto paragrafo si proverà ad entrare nel merito della questione italiana per capire quali sono i punti di forza e i punti deboli della legge n. 234 del 2012 così da paragonarli alla prassi degli anni 2020-2021-2022 del Senato della Repubblica nel quinto paragrafo¹.

2. *L'esigenza di prevenire il rischio di antinomie tra ordinamenti già nel corso del procedimento normativo per garantire l'effettiva applicazione del diritto UE negli Stati membri*

Molte sentenze del c.d. dialogo tra le Corti insistono sulla responsabilità del legislatore nazionale circa l'attuazione del diritto UE. Ad esempio, la Corte di giustizia dell'Unione europea, nella sentenza M.A.S (c.d. Taricco *bis*) evidenziava il problema sostenendo che spetterebbe “*in prima battuta, al legislatore nazionale stabilire norme sulla prescrizione che consentano di ottemperare agli obblighi derivanti dall'art. 325 TFUE, alla luce delle considerazioni esposte dalla Corte al punto 58 della sentenza Taricco*”². Più in generale la Corte aggiungeva che il compito del legislatore consisterebbe anche nel garantire un regime nazionale che non distingua tra una disciplina riguardo agli interessi finanziari dello Stato e una riguardo a quelli dell'Unione. Ciò è importante in quanto responsabilizza il legislatore nazionale visto che il principio della riserva di legge potrebbe registrare ulteriori ridimensionamenti ad opera di direttive europee che, nell'imporre agli Stati membri obblighi di tutela penale, dettaglino sempre più l'intervento richiesto sotto il profilo della descrizione del fatto da reprimere e della cornice sanzionatoria da comminare, oppure con incursioni nella c.d. parte generale. Cioè, la dicotomia tra art. 25 Cost. e un diritto penale europeo sempre meno “indiretto” fa sopravvivere la dicotomia

¹ L'analisi quantitativa dei dati si concentra solo sui *dossier* resi disponibili dal centro studi del Senato della Repubblica italiana. Il presente contributo costituisce soltanto il resoconto iniziale di una ricerca a più ampio spettro che prenderà in considerazione anche i dati relativi alla Camera dei Deputati per avere una visione più completa del fenomeno.

² Sentenza della Corte del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S e M.B.*, punto 41.

tra ordinamenti anche dopo la positiva ricomposizione del caso Taricco. La produzione di direttive dettagliate in materie come il diritto penale, caratterizzato dal principio di riserva di legge parlamentare, si interseca con un altro dato rilevante e più trasversale.

Dal rapporto 2021 sulla legislazione a cura dell’osservatorio legislativo e parlamentare della Camera si evincono dati rilevanti³. Tale studio rileva il consolidamento di alcune tendenze riguardo alla produzione normativa nei primi due anni della 9ª legislatura europea. A fronte di una riduzione del numero complessivo dei provvedimenti, il dato più interessante riguarda la netta preferenza per lo strumento del regolamento. Il documento si spinge fino a sostenere che questo sia ormai la “*principale fonte di produzione normativa*”⁴ dell’UE. Tale affermazione si fonda sull’osservazione del ribaltamento avvenuto tra la preminenza delle direttive rispetto ai regolamenti, che nella 6ª legislatura (2004-2009) era ormai risicato – 43% direttiva e 41% regolamento – ma che già dalla 7ª ha visto il regolamento balzare al 60% della produzione legislativa ordinaria, fino al 70% dell’8ª (2014-2019). L’avvio dell’attuale legislatura consegna un dato ancora più netto a favore del regolamento (come si può osservare nella *Tabella 1*), ma la rilevazione è ancora incompleta. La lettura che viene data di questo dato quantitativo è – *sic et simpliciter* – “*una generale preferenza, maturata dal legislatore europeo, per uno strumento normativo più stringente ed organico, direttamente applicabile, mediante il quale possono ridursi i rischi di mancata o incoerente trasposizione della normativa europea negli ordinamenti nazionali*”⁵.

³ Osservatorio sulla legislazione, La legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea, Rapporto 2021, In collaborazione con il servizio studi del Senato della Repubblica, www.camera.it/temi/2021/10/27/OCD177-5116.pdf, p. 261 ss.

⁴ *Ibidem*, p. 273.

⁵ *Ibidem*, p. 274.

Tabella 1 – Atti normativi adottati attraverso procedura legislativa ordinaria

Tipologia di atto e procedura	7° legislatura del Parlamento europeo 14 luglio 2009 30 giugno 2014	8° legislatura del Parlamento europeo 1° luglio 2014 1° luglio 2019	9° legislatura del Parlamento europeo 2 luglio 2019 19 luglio 2021
Procedura legislativa ordinaria			
Regolamenti	303	280	119
Direttive	140	96	14
Decisioni	48	24	16
Totale	491	400	149

Fonte: Banca dati *Eurlex*

Probabilmente tale lettura necessiterebbe di qualche approfondimento da svolgere però in altra sede, ma sicuramente è evidente come si stia riducendo lo spazio di attuazione nazionale del diritto dell'Unione, almeno a livello legislativo. Inoltre, il dato quantitativo sui regolamenti in sé unito all'esistenza di direttive dettagliate che non lasciano ampio spazio di manovra, in settori caratterizzati dalla riserva di legge parlamentare, mostrano l'evidenza che lo spazio per risolvere antinomie nella fase discendente sia ormai pressoché ridotta al minimo. Proprio per questo motivo *“è bene insistere e dettagliare sull'opportunità, almeno in relazione al diritto derivato, di prevenire il rischio di antinomie già nel corso del procedimento normativo e legislativo utilizzando i numerosi strumenti di controllo giuridico e politico previsti: dal Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, alla regola dell'unanimità, dai freni di emergenza alle clausole passerella”*⁶. Esistono, infatti, molte basi giuridiche del diritto UE che permettono ai governi e ai parlamenti nazionali di evidenziare durante la fase di elaborazione del diritto derivato eventuali violazioni di prerogative statali, oppure l'emergere di probabili antinomie tra gli ordinamenti. Ovviamente, *“non è solo una questione di strumenti giuridici utilizzabili; molto dipende dalla qualità del monitoraggio compiuto da tali soggetti”*⁷. Il rispetto dell'ordinamento nazionale e al contempo l'obbligo di

⁶ G. DI FEDERICO, *Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti interordinamentali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019, pp. 333-357, spec. p. 335.

⁷ G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea*.

effettiva applicazione del diritto UE spettano in via principale ai governi e ai parlamenti nazionali, che dovrebbero farle oggetto della c.d. fase ascendente.

3. *Per una fase ascendente funzionale ma necessariamente parlamentare*

La netta distinzione tra la fase ascendente e quella discendente è sicuramente utile a fini descrittivi dato che le due si occupano di due oggetti distinti: la prima riguarda la partecipazione delle istituzioni italiane alla formazione del diritto UE; la seconda invece riguarda l'adozione di quelle disposizioni nazionali che l'ordinamento necessita per ottemperare agli obblighi previsti dagli atti normativi dell'UE. Nondimeno, è possibile ipotizzare che sia deleteria per gli operatori che si ritrovano nella necessità di utilizzare gli strumenti previsti in quanto sulla base di questa distinzione netta tutto si potrebbe concentrare sul livello di prescrittività delle due fasi: la fase ascendente appare come discrezionale ed eventuale, in quanto riconducibile come natura al diritto parlamentare; la fase discendente è chiaramente obbligatoria, in quanto caratterizzata dall'obbligo che l'Italia ha di ottemperare agli impegni presi in sede europea. Per la dottrina *“la prescrittività del diritto parlamentare non può dirsi acquisita una volta per tutte: ma ciò sembra discendere dal fatto che il diritto parlamentare, per definizione, pretende di porre regole che limitano il potere politico nelle sedi che esso è abituato a considerare come proprie”*⁸. D'altronde, *“quelle del diritto parlamentare sono regole raramente garantite da un giudice esterno rispetto alle Camere (almeno nel nostro ordinamento), e comunque caratterizzate dall'esistenza di una clausola di flessibilità (in assenza di esplicite obiezioni)”*⁹. Già Silvano Tosi nel 1974 evidenziava come *“il diritto parlamentare – nella sua vita concreta che ha per centro le assemblee – si rivela fin troppo chiaramente una «clinica costituzionale», un campo di esperienze costituzionali continue e sempre rinnovantisi, perché possa apparire ragionevole, in sede scientifica come in sede didattica, di prescindere da questa sua natura sperimentale”*¹⁰. Cioè un diritto in cui la statica costituzionale si confronta con la dinamica

Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE, Napoli, 2017, p. 188.

⁸ L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, 2022, p. 19.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ S. TOSI, *Diritto parlamentare*, Milano, 1974, p. 7.

magmaticità dei fatti politici¹¹. Dunque, si comprende come la diversa prescrittività della fase discendente rispetto a quella della fase ascendente non derivi tanto dalle disposizioni della stessa legge n. 234 del 2012, quanto invece dal generale obbligo di attuazione del diritto dell'UE in capo alla Repubblica italiana, e dalle disposizioni europee che lo dettagliano. Perciò, l'ipotesi è quella per cui se si rompesse – almeno a livello concettuale – il muro che separa le due fasi, l'obbligatorietà della fase discendente per un certo verso si irradierebbe anche alla fase ascendente. È piuttosto evidente che le disposizioni contenute nel Trattato di Lisbona e nei protocolli n. 1 e n. 2 allegati al Trattato diano per presupposto un ciclo decisionale senza soluzione di continuità tra Stati membri e Unione: non diviso. Gli stessi procedimenti decisionali previsti rendono “*difficile distinguere oggi il tempo della formazione della decisione da quello della sua attuazione o esecuzione soprattutto in quanto a livello europeo la cura per il monitoraggio e la manutenzione delle norme approvate inizia all'indomani della loro adozione in un ciclo continuo scandito dai tempi fissati alle clausole di revisione*”¹². La compenetrazione tra fase ascendente e discendente renderebbe la partecipazione italiana alla formazione delle norme europee strumentale ad una più tempestiva ed effettiva attuazione del diritto dell'Unione. Soprattutto in uno Stato membro solitamente poco ligio e adempiente riguardo agli obblighi europei come l'Italia¹³. Inoltre, da un punto di osservazione differente, una attività più scrupolosa e consapevole di attuazione delle norme europee permetterebbe anche di comprendere la necessità di un'ulteriore azione normativa a livello sovranazionale e di prevedere quali connotati essa dovrebbe avere per rispondere al meglio agli interessi italiani. Ricapitolando, l'obbligatorietà della fase ascendente è concettuale, logica: non c'è una procedura d'infrazione o un controllo dello Stato membro per una mancata partecipazione alla formazione degli atti normativi UE, ma al contempo, riducendosi gli spazi di manovra nella fase discendente è necessario che il Parlamento si renda conto della necessità di anticipare il controllo

¹¹ Cfr. L. GIANNITI, N. LUPO, *op. cit.*, p. 21.

¹² C. FASONE, *La distinzione tra “fase ascendente” e “fase discendente” e il suo superamento*, in E. MOAVERO MILANESI, G. PICCIRILLI (a cura di), *Attuare il diritto dell'Unione Europea in Italia. Un bilancio a 5 anni dall'entrata in vigore della legge n. 234 del 2012*, Bari, 2018, pp. 103-115, spec. p. 109.

¹³ Vedi E. ALBANESI, *Pluralismo costituzionale e procedura d'infrazione dell'Unione europea*, Torino, 2018, p. 281 ss.

sulle proposte di atti normativi europei, per poter dare il proprio contributo ed indirizzare la politica dell'Esecutivo in sede europea¹⁴.

Tuttavia, partendo da questa necessità funzionalistica ci si potrebbe chiedere perché coinvolgere i parlamenti. Cioè perché coinvolgere istituzioni che non fanno dell'efficienza e dell'effettività una delle loro cifre essenziali? Se il punto è una partecipazione dell'ordinamento nazionale più attenta e funzionale alla legislazione europea, perché il soggetto principale di questa azione dovrebbe essere il Parlamento?

Oggi all'art. 10 del TUE troviamo sancito che “*il funzionamento dell'UE si fonda sulla democrazia rappresentativa*”. Questa previsione si connette strettamente all'antico problema dell'UE: il *deficit* democratico. Si parla, in sostanza, “*dell'incapacità [...] dell'Unione di sviluppare strutture e processi che replichino adeguatamente a livello dell'Unione gli usi anche imperfetti del controllo del governo, della responsabilità parlamentare e di quella amministrativa che sono praticati con diverse modalità nei vari Stati membri*”¹⁵. Tuttavia, l'inserimento dei parlamenti nazionali nell'integrazione europea è il frutto del mutamento che il concetto di *deficit* democratico ha subito nell'ultimo decennio. Il classico, originale, risiedeva nella necessità di un'istituzione democratica parlamentare dell'Unione europea, eletta a suffragio universale dai cittadini che partecipasse al processo legislativo dell'Unione almeno in maniera paritaria rispetto al Consiglio¹⁶. Tuttavia, il rafforzamento dei poteri del Parlamento europeo non è stato sufficiente a risolvere tutti i nodi della democrazia europea. Infatti, si parla oggi di un “nuovo” deficit democratico: “*nuovo perché concettualmente diverso da quello percepito e studiato nei primi sei decenni dell'Unione*”¹⁷. La Grande crisi del 2008 avrebbe mutato i termini della

¹⁴ Cfr. C. FASONE, *op. cit.*, p. 103 la quale ritiene che la distinzione tra fase ascendente e discendente produca “*una semplificazione estrema della realtà e non appaiono neppure adeguate dal punto di vista euristico*”.

¹⁵ J. H. H. WEILER, *Europa: «Nous coalisons des Etats, nous n'unissons pas des hommes»*, in M. CARTABIA, A. SIMONCINI (a cura di), *La sostenibilità della democrazia nel XXI secolo*, Bologna, 2009, p. 60.

¹⁶ Vedi *ex multis* D. MARQUAND, *Parliament for Europe*, London, 1979, pp. 64-66. Rapporto redatto per conto del Comitato affari istituzionali sul *deficit* democratico nella Comunità europea, Doc. PE n. A 2-276/87, 1° Febbraio 1987.

¹⁷ A. MANZELLA, *Verso un governo parlamentare euro-nazionale?*, in A. MANZELLA, N. LUPU (a cura di), *Il sistema parlamentare Euro-nazionale. Lezioni*, Torino, 2014, pp. 1-17, spec. p. 5.

questione classica. Inoltre, “a partire dal 2008 [...] l’Unione europea è stata investita da una serie multipla di crisi che hanno messo in tensione il suo sistema di governance ma anche la coesione tra gli Stati membri e in un certo senso la stessa autocoscienza europea”¹⁸. Tale mutazione del *deficit* democratico si misurerebbe adesso sul margine di discrezionalità che residua ai governi e ai parlamenti nazionali nell’accettazione-esecuzione delle politiche UE¹⁹. In *primis* quelle economico finanziarie (patto di stabilità) e monetarie (programmi BCE), ma con il susseguirsi delle crisi tale mutazione si è man mano andata ad estendere ad altre politiche che l’Unione si è vista riconoscere ma che non sono sempre state al centro dell’integrazione europea. In questi termini si parla di un *deficit* “indotto”: “le istituzioni nazionali ora sono “delegittimate” negli Stati membri non per ragioni di politica interna ma per il fatto del recepimento di impopolari “misure” economiche-finanziarie decise (collettivamente: ma questa circostanza modale è costantemente rimossa dalla percezione comune) nelle istanze istituzionali dell’Unione”²⁰. Si può intuire come questa sia una forma di contestazione che può essere radicalizzata facilmente dalla politica (o dall’antipolitica), ed arrivi fino a mettere in discussione la stessa legittimazione della cessione di sovranità, fondamento dell’adesione all’Unione. La mutazione pertanto consiste nella trasformazione del *deficit* democratico in una ben più complicata questione sulla sovranità nazionale. La dimostrazione della fondatezza di tale ipotesi è rilevabile nell’ordinamento UE se si osserva la giurisprudenza della Corte di giustizia: da *Weiss*²¹ a *Taricco*²² fino al controverso caso polacco *K3/21*²³ – pur nelle loro enormi e inequiparabili differenze – possono essere equiparate dal dato di questo mutamento. Dal fatto che “la “responsabilità europea” che rientrava nel fascio normale della responsabilità di indirizzo politico dei governi è ora diventata una responsabilità di indirizzo

¹⁸ M. COTTA, *Un'altra Europa è possibile*, Bologna, 2017, p. 28.

¹⁹ Cfr. A. MANZELLA, *Verso un governo parlamentare euro-nazionale?*, cit., p. 5.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Vedi sentenza della Corte dell’11 dicembre 2018, causa C-493/17, *Weiss e altri* e la reazione della Corte costituzionale federale tedesca BVerfG, Judgment of the Second Senate of 5 May 2020 - 2 BvR 859/15 - para. 1-237.

²² Vedi ordinanza della Corte costituzionale del 2017, n. 24; ordinanza della Corte costituzionale del 2019, n. 117; sentenza della Corte dell’8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco e a.*; del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, M.A.S e M.B.

²³ Vedi Judgment K 3/21 of the Constitutional Tribunal of Poland, Warsaw, 7 October 2021.

costituzionale: chiamando continuamente in causa il delicato rapporto tra ordinamento dell’Unione e costituzioni nazionali (art. 4 TUE) se non addirittura la possibilità di recesso dall’Unione (art. 50 TUE)”²⁴.

Sicuramente gli studiosi hanno riconosciuto da tempo la separazione tra livelli politici in Europa. Cioè la dissociazione tra *policies* e *politics*, cioè tra la gran parte delle politiche pubbliche ormai europeizzate (con tutto quello che ciò comporta, in particolare le influenze tecnocratiche), e la dialettica politica rimasta all’opposto primariamente nazionale²⁵. Per far fronte a questo vennero introdotti i parlamenti nazionali nel sistema di governo parlamentare dell’UE: “*le istituzioni-simbolo della politica nazionale (intesa nel senso della politics) vengono così immesse, con una gamma di poteri raramente configurati come definitivi e insuperabili, ma che comunque appaiono piuttosto significativi, nel processo di formazione delle politiche europee (le policies)”²⁶. Pertanto lo scopo è quello di tentare di riavvicinare politiche e politica. Lo sviluppo di forme di partecipazione dei parlamenti nazionali al processo decisionale (specialmente legislativo) dell’Unione nasce dall’esigenza di rafforzare la democrazia interna connessa alla partecipazione degli Stati membri. In una prima fase queste procedure hanno avuto un apprezzabile sviluppo che però è risultato al contempo piuttosto asimmetrico, sia nei diversi parlamenti nazionali, sia nelle due camere dei parlamenti bicamerali, e ha prodotto modesti risultati in termini di effettiva influenza sul processo decisionale. Tuttavia, il vero risultato di queste procedure è di aver “*accentuato il processo di europeizzazione dei parlamenti nazionali e contribuito al dibattito politico e non solamente tecnico sulle scelte europee”²⁷. Un ulteriore risultato è stato quello di fare emergere una nuova “rete” parlamentare rispetto a quelle che già avevano informato l’integrazione europea ponendosi così in corrispondenza con le altre: quella governativa, quella giurisdizionale e quella delle banche centrali. Specialmente rispetto ai**

²⁴ *Ibidem*, p. 6.

²⁵ Cft. V. SCHMIDT, *Democracy in Europe. The EU and National Politics*, Oxford, 2006, p. 5 ss.; P. LINDSETH, *Power and Legitimacy: Reconciling Europe and Nation-State*, Oxford, 2012, p. 234 ss.

²⁶ N. LUPO, *I poteri europei dei parlamenti nazionali: questioni terminologiche, classificazioni e primi effetti*, in A. MANZELLA, N. LUPO (a cura di), *Il sistema parlamentare Euro-nazionale.*, cit., pp. 101-131, spec. p. 102.

²⁷ N. LUPO, A. MANZELLA, *Il Parlamento europeo. Una introduzione*, LUISS University Press, Roma, 2019, p. 128.

governi il compito di tale rete parlamentare è principalmente quello di compensare le zone oscure che rendono discontinuo il controllo democratico: *“il parlamento europeo, sfruttando bene i suoi poteri, riesce a ‘vedere’ le responsabilità del complicato ‘governo comunitario’: ma non può far valere le responsabilità dei governi nazionali, che sono grandissime, nelle attuali condizioni di svolgimento dell’integrazione europea. Viceversa, i parlamenti nazionali, potendo agire sui rispettivi governi, non ‘vedono’ – nel senso che non possono indirizzare né controllare – aspetti decisivi dell’azione delle istituzioni europee di vertice”*²⁸.

Tutto questo ha un evidente riverbero sul potere legislativo. Quando si parla della potestà legislativa dell’Unione – che in alcune materie ha eroso la potestà legislativa statale (in origine monopolio del parlamento) – vi è un “peccato originale”. Fin dal periodo istitutivo i Trattati hanno fatto *“degli esecutivi statali l’autorità legislativa per eccellenza”*²⁹ della Comunità. Oggi, il rapporto tra Parlamento europeo e Consiglio dell’Unione quasi esclusivamente si sviluppa e si articola nelle varie fasi delle procedure legislative. Difatti, *“la responsabilità democratica diretta rimane prerogativa dei parlamenti nazionali ai quali devono rispondere i membri del Consiglio”*³⁰. Weiler considera che questa carenza basilare ha significato che *“la costituzionalizzazione, il consolidamento dei provvedimenti comunitari in una normativa superiore, spesso direttamente efficace, e dotata di meccanismi di attuazione incisivi, significò che una volta che queste norme fossero state adottate, i parlamenti nazionali non potevano più avere ripensamenti o controllarne il contenuto a livello di attuazione nazionale”*³¹. Pertanto, *“l’unico modo formale in cui la responsabilità poteva essere garantita era tramite un rigido controllo ex ante da parte dei parlamenti nazionali sull’attività dei ministri del foro comunitario. Ma ciò si è dimostrato nel tempo largamente irrealizzabile. Il risultato è stato infatti che il potere esecutivo degli Stati membri si è trovato ad agire come legislatore al di fuori di qualsiasi controllo da parte dei propri parlamenti. Questi cambiamenti nel procedimento decisionale hanno significato che non è stata semplicemente la voce degli Stati membri ad essere rafforzata ma piuttosto la voce dei «governi»”*³². Ciò se

²⁸ *Ibidem*, p. 20.

²⁹ J. H. H. WEILER, *La Costituzione dell’Europa*, Bologna, 2000, p. 75.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*, p. 76.

paragonato ai dati riportati nel primo paragrafo diviene oggi sempre più vero. Soprattutto considerando determinate materie come il diritto penale per cui l’ancoraggio al principio di riserva di legge *ex art. 25*, comma 2, Cost. configura un monopolio del Parlamento. L’impronta governativa della legislazione europea, pur stemperata, non è eliminata³³. Un mutamento della assoluta riserva di legge parlamentare non può neanche essere giustificato dalla osservazione che nella esperienza nazionale italiana si sia ecceduto con la legislazione penale governativa³⁴ in quanto “*la misura delle garanzie – in questo caso quella del favor libertatis – non può essere affidata alla logica della concorrenza al ribasso*”³⁵. Difatti, “*l’obbligo di tutela penale non può perseguire la logica di risultato fino al punto di compromettere la razionalità e la gradualità del diritto interno. Non bisogna scordare che il legislatore nazionale è gravato da un vincolo di fedeltà bidirezionale, nei confronti sia del diritto dell’UE, sia dell’ordinamento interno, ancorato, tra l’altro, al principio di uguaglianza di trattamento*”³⁶. Da ciò deriverebbe il compito per i legislatori nazionali di trovare il punto di equilibrio tra questi due doveri di fedeltà. Questo dovere di doppia fedeltà corrobora l’ipotesi che si è proposto di una prescrittività concettuale della fase ascendente ad opera del Parlamento.

4. *Fase ascendente ed effettiva applicazione del diritto UE: chi ben comincia è a metà dell’opera*

Le difficoltà nell’adeguamento dell’ordinamento interno del diritto dell’UE – nonostante il totale rinnovo dell’impianto attuativo e degli strumenti legislativi adottati dalla legge n. 234 del 2012 per quel che concerne la fase discendente – possono essere rintracciate nella scarsa partecipazione alla fase ascendente. Questa ha comportato che “*molto spesso gli organi nazionali – al momento dell’attuazione – si siano trovati a dover recepire disposizioni piovute sul nostro ordinamento, senza averne assolutamente potuto valutare in anticipo*

³³ Vedi C. CUPELLI, *Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia*, 2012, p. 542 ss.

³⁴ Vedi C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2017, p. 27 ss.

³⁵ F. GIUNTA, *Europa e diritto penale. Tra linee di sviluppo e nodi problematici*, in *Criminalia*, 2020.

³⁶ *Ibidem*.

*i problemi di compatibilità col sistema giuridico interno*³⁷. Ciò si ritiene superabile con una più efficace partecipazione nel corso del negoziato in quanto è l'unico momento che consente una più idonea rappresentazione degli interessi nazionali rispetto all'evidente rigidità della fase attuativa³⁸. Ciò faciliterebbe un impatto meno meccanico del diritto dell'Unione sul diritto nazionale³⁹. In altre parole, *“l'obiettivo, evidentemente, è quello di anticipare nella «fase ascendente» le problematiche che con ogni probabilità sorgeranno nella successiva «fase discendente», così abituando le amministrazioni italiane a inserirsi in modo tempestivo ed efficace in un processo decisionale continuo e complesso, quale è quello che si svolge a livello di Unione Europea»*⁴⁰.

La premessa di qualsiasi discorso rispetto alla fase ascendente italiana riguarda il ruolo dell'apparato governativo, che ha la struttura per svolgere le attività istruttorie e di coordinamento. Questo è un lavoro che il Parlamento non può fare in base alle sue attuali disponibilità a livello di apparato amministrativo. Il Governo è il titolare della parte sostanziale della partecipazione dell'Italia nella definizione delle politiche UE. Per cui la sua azione in questo contesto è fondamentale. Però, come espressione democratica a livello nazionale serve un rapporto dialogico tra Governo e Parlamento anche riguardo agli affari europei. Infatti, *“a differenza delle leggi che la precedono, la n. 234 imprime un'esplicita e decisa svolta parlamentarista nelle dinamiche inter-ordinamentali, spostando in maniera netta il baricentro complessivo dei suoi meccanismi base di funzionamento verso il Parlamento, chiamato sempre in causa con menzione espressa dei suoi due rami»*⁴¹. Nelle pieghe di come viene declinato questo rapporto si può ipotizzare di come sia *“proprio l'idea di “fase” del procedimento decisionale che viene superata dall'impostazione della nuova legge»*⁴². Il controllo parlamentare è caratterizzato e sostenuto da un massiccio flusso

³⁷ A. CELOTTO, *L'esperienza applicativa della legge comunitaria*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Roma, 2009, pp. 77-88.

³⁸ Cfr. L. BARTOLUCCI, *“Legge di delegazione europea” e “Legge europea”: Obiettivi e risultati di una prima volta*, in *Amministrazione In Cammino*, 2014, p. 9.

³⁹ Cfr. F. ASTONE, *Il processo normativo dell'Unione Europea e le procedure nazionali per l'esecuzione degli obblighi comunitari*, Torino, 2007, p. 208.

⁴⁰ L. GIANNITI, N. LUPO, *op. cit.*, p. 347.

⁴¹ E. MOAVERO MILANESI, *Introduzione. L'Italia in Europa, dopo la legge n. 234 del 2012*, in E. MOAVERO MILANESI, G. PICCIRILLI (a cura di), *op. cit.*, p. 11.

⁴² C. FASONE, *op. cit.*, p. 111.

informativo. Tale flusso non è composto soltanto da informazioni generiche, ma anche “qualificate”. Ciò in quanto “*la completa informazione del Parlamento nella «fase ascendente» è condizione essenziale per una piena consapevolezza della natura e della portata degli obblighi che si assumono, stante il vincolo costituzionale a una loro piena e puntuale trasposizione nell’ordinamento interno*”⁴³. In particolare, si prevede all’art. 4, comma 3, che la Presidenza del Consiglio (PdC) trasmetta al Parlamento le relazioni e le note informative predisposte dalla rappresentanza permanente presso l’Unione con riferimento a riunioni del Consiglio sia formali sia informali, fino a dare comunicazioni dei triloghi (la legge prevede anche che il Governo possa raccomandare, poiché per l’art. 64 Cost. non può obbligare le Camere, l’uso riservato di tali informazioni). Queste possono essere definite informazioni “*di secondo livello e che risultano, in pratica, più rilevanti perché riservate o perché volte a dare contezza dei processi decisionali in corso, difficilmente reperibili attraverso le fonti ufficiali*”⁴⁴. Fondamentale per l’apporto del Parlamento alla formazione degli atti legislativi europei è l’art. 6 della legge 234. La disposizione prevede che l’amministrazione con competenza prevalente per materia debba inviare al Parlamento entro venti giorni dalla trasmissione di un progetto di atto, una relazione tecnica che in primo luogo fornisca alle Camere gli elementi per poter valutare il rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, ma anche valutazioni circa il rispetto del principio di attribuzione e alla correttezza della base giuridica (art. 6, lett. a). Inoltre, tale relazione deve dare alle camere una valutazione complessiva del progetto circa le prospettive negoziali “*con l’evidenziazione dei punti ritenuti conformi all’interesse nazionale e dei punti per i quali si ritengono necessarie od opportune modifiche*” (art. 6, lett. b). Tale relazione però arriva a configurarsi come una vera e propria valutazione d’impatto in quanto espone anche “*l’impatto del progetto, dal punto di vista sia finanziario, sia degli effetti sull’ordinamento nazionale, sulle competenze regionali e delle autonomie locali, sull’organizzazione delle pubbliche amministrazioni e sulle attività dei cittadini e delle imprese*” (art. 6, lett. c). Se ciò non bastasse,

⁴³ L. GIANNITI, N. LUPO, *op. cit.*, p. 347; vedi C. TUCCIARELLI, *Forma di governo nazionale e Unione Europea al termine della XV legislatura: il ruolo del Parlamento italiano*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2008.

⁴⁴ C. FAVILLI, *Ancora una riforma delle norme sulla partecipazione dell’Italia alla formazione e all’attuazione delle Politiche dell’Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3, 2013, pp. 701-752, spec. p. 723.

il comma 5 stabilisce che tale relazione è accompagnata anche da una tabella di corrispondenza tra le disposizioni del progetto e le norme nazionali vigenti a cura del Dipartimento per le politiche europee che le inoltra alle Camere. Con questo strumento “*si tenta di unire i due momenti della partecipazione dell'Italia (e del Parlamento) al processo decisionale europeo*”⁴⁵. Il Governo deve prevedere quali potrebbero essere gli effetti del provvedimento in esame tramite una analisi di impatto del progetto legislativo europeo in questione. Ciò è centrale in quanto “*consentirebbe di valutare l'impatto nel tessuto normativo e l'effettivo rispetto dei valori fondamentali dell'Unione ma anche dell'ordinamento italiano, in modo da esercitare pienamente i poteri di intervento nella procedura legislativa che il Trattato di Lisbona attribuisce ai parlamenti nazionali*”⁴⁶. Il rischio che viene scongiurato dalla legge 234 è che un documento sfugga alle Camere. Piuttosto, “*alle Camere spetta ora una complessa attività di sistematizzazione e di classificazione, in modo da enucleare, da questo profluvio di informazioni, i documenti sui quali concentrare maggiormente la propria attenzione e stimolare l'approvazione di atti di indirizzo*”⁴⁷. L'efficacia di tali strumenti dipende, infatti, dalla disponibilità e dalla capacità dell'organo parlamentare di richiedere e monitorare che l'obbligo di informazione sia ottemperato in modo opportuno. La prassi non è incoraggiante. Le relazioni dell'amministrazione con competenza prevalente (di solito uno o più Ministeri) *ex* articolo 6 risultano spesso non adeguate allo scopo, soprattutto se l'intenzione è quella di individuare l'interesse nazionale da mettere al centro del negoziato.

Proprio per questo un aspetto fondamentale per permettere una più effettiva attuazione del diritto europeo in Italia è il recupero dell'indirizzo politico del Parlamento rispetto al Governo. L'ordinamento italiano riguardo alla partecipazione alle politiche europee auspica un ruolo parlamentare attivo nell'interlocuzione con il Governo⁴⁸. Ai massicci obblighi informativi da parte del Governo dovrebbe corrispondere un esame da parte delle Camere sistematico con consequenziale adozione di atti di indirizzo o di pareri, come

⁴⁵ L. BARTOLUCCI, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁶ C. FAVILLI, *op. cit.*, p. 729.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 723.

⁴⁸ Cfr. G. PICCIRILLI, *Il Parlamento italiano: le procedure europee nella legge n. 234 del 2012*, in A. MANZELLA, N. LUPO (a cura di), *Il sistema parlamentare Euro-nazionale. Lezioni*, Torino, 2014, pp. 205-226, p. 211

previsto dall'art. 4, comma 1, e dall'art. 7 della legge 234/2012. In *primis*, l'articolo 4, comma 1, prevede che prima dello svolgimento delle riunioni del Consiglio europeo, il Governo illustri alle Camere la posizione che ha elaborato sulle questioni all'ordine del giorno, e prevede anche che l'Esecutivo debba tenere di conto degli eventuali indirizzi formulati. A questo dovere si accompagna la possibilità, su richiesta delle Camere, che esso riferisca altresì ai competenti organi parlamentari prima delle riunioni del Consiglio dell'Unione europea, con una chiara qualificazione di questa possibilità in chiave legislativa. Il Governo deve informare tali organi parlamentare sui risultati di tali riunioni. La dottrina ha segnalato come sul punto la legge abbia formalizzato la prassi avviata dal Governo Monti nella XVI Legislatura, caratterizzata da una risposta del sistema democratico italiano alla crisi del 2008 e dal forte impatto di misure come, ad esempio, il *fiscal compact*⁴⁹. Per cui a partire dalla XVII Legislatura il Presidente del Consiglio ha sistematicamente reso comunicazioni alle Camere prima dello svolgimento delle riunioni del Consiglio europeo. Tale norma pertanto “*si adatta opportunamente ad alcune dinamiche impresse dal processo decisionale e dall'architettura istituzionale europei, come l'accresciuto ruolo di indirizzo politico, quando non para-legislativo, del Consiglio europeo, che richiede un più attento monitoraggio, anche parlamentare, prima e dopo ogni riunione*”⁵⁰. Al contrario, la previsione dello stesso articolo con riguardo alla richiesta del Parlamento al Governo sul riferire prima delle riunioni del Consiglio dell'Unione, “*già contenuta nella legge n. 11 del 2005, è risultata largamente disapplicata; da ciò anche il mancato funzionamento della riserva di esame parlamentare*”⁵¹. Infatti, l'art. 10 permette alle Camere di richiedere in sede di Consiglio di apporre la riserva di esame parlamentare su un atto normativo in corso di esame, impedendo al Governo di procedere alle attività per la formazione di tali atti prima che sia concluso l'esame parlamentare, oppure decorsi 30 giorni. Tuttavia, al secondo comma è previsto che anche il Governo stesso abbia la possibilità di apporre autonomamente tale riserva per investire della questione sull'atto discusso al Consiglio le stesse Camere. Lo scarso utilizzo di tale riserva è segno di disattenzione

⁴⁹ Vedi E. ALBANESI, *La Camera compie un primo bilancio sull'attuazione della legge n. 234 del 2012 esaminando la Relazione consuntiva del Governo sulla partecipazione dell'Italia all'Unione europea (Anno 2012)*, in www.osservatoriosullefonti.it, n. 3, 2013

⁵⁰ C. FASONE, *op. cit.*, p. 111.

⁵¹ L. GIANNITI, N. LUPO, *op. cit.*, p. 346.

ai processi decisionali UE e di deferenza da parte del Parlamento in quanto grazie a tale strumento “*un procedimento parlamentare è in grado di esercitare una incidenza diretta sull’attività del Consiglio*”⁵². L’effetto della pronuncia del Parlamento è proprio quello tipico degli atti di indirizzo.

Più in generale, i soggetti protagonisti della fase ascendente, secondo i regolamenti delle due Camere sono le Commissioni permanenti secondo la materia di competenza. Ognuna di esse ha la possibilità su ogni progetto normativo dell’Unione esprimere il suo avviso: la Camera con un “documento” e il Senato con una “risoluzione”. L’effetto di queste pronunce è in ogni caso quello di un atto di indirizzo al Governo⁵³. Parallelamente, questi progetti vengono assegnati anche alle Commissioni permanenti per le politiche europee. A queste è ormai rimessa l’analisi del rispetto del principio di proporzionalità e sussidiarietà ex Protocollo n. 2 del Trattato di Lisbona che si sostanzia in un “parere motivato” da inviare alla Commissione. Senza prevedere un’autonoma procedura Camera e Senato partecipano al c.d. “dialogo politico” con la Commissione europea trasmettendole tutti gli atti elaborati nell’ordinaria procedura prevista per l’esame della fase ascendente. Pertanto, nell’ambito della valutazione delle proposte di normative europee sarebbero molto importanti gli atti di indirizzo politico che concorrono a formare la posizione del Governo in seno al Consiglio. È piuttosto “*evidente, infatti, che grazie a tale attività ispettiva, il Parlamento italiano può indirettamente partecipare alla funzione legislativa dell’Unione Europea, attraverso la posizione espressa dal proprio Governo nel Consiglio*”⁵⁴. Per rafforzare il ruolo del Parlamento l’articolo 7 della legge 234 impone al Governo che qualora non fosse stato possibile seguire l’indirizzo espresso dalle Camere allora tempestivamente sia obbligato a motivare alle stesse le ragioni di tale possibilità. In quest’ottica, “*l’efficacia di questa previsione sta tutta nella capacità delle commissioni di dare indirizzi precisi al Governo*”⁵⁵. Pertanto, l’art. 7 e l’art. 5, sugli accordi in materia finanziaria, “*per l’insistenza sul principio del comply and explain da parte del Governo rendono più immediatamente effettivo il collegamento tra la fase di formazione della decisione e il perfezionamento e poi l’esecuzione-attuazione della stessa, laddove in precedenza (salvo forse il caso della riserva d’esame parlamentare, assai poco*

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Vedi *ibidem*, p. 345.

⁵⁴ C. FAVILLI, *op. cit.*, p. 707.

⁵⁵ L. GIANNITI, N. LUPO, *op. cit.*, p. 346.

*utilizzata) l'intervento delle camere non aveva un seguito*⁵⁶. Già l'osservazione empirica dei dati riportati nel Dossier n. 292, maggio 2011, pubblicato dal Senato della Repubblica mostra una grande differenza tra il numero di atti scrutinati dai competenti uffici di servizio di Camera e Senato e gli atti di indirizzo poi adottati. Ciò contribuisce a propendere per una scarsa disposizione dei membri delle Camere a svolgere l'attività di controllo parlamentare e di indirizzo a cui sono preposti non cogliendo appieno l'occasione offertagli. Sicuramente, in un sistema parlamentare come il nostro il Governo è espressione di una medesima maggioranza parlamentare. Tuttavia, nel caso della partecipazione alla formazione degli atti normativi UE la partita non è a due – Parlamento vs Governo – “*ma a tre, poiché il Governo italiano è uno solo dei 27 membri del Consiglio che lavora e decide secondo complesse procedure negoziali*”⁵⁷. Per cui la partecipazione delle Camere all'elaborazione dell'indirizzo politico che il Governo aspira a tenere in certi negoziati non è da intendere soltanto in senso oppositivo e modificativo, ma anche in senso collaborativo e rafforzativo della posizione nazionale. In dottrina, infatti, vi è chi ritiene che i parlamenti nazionali “*più sono capaci di influenzare [...] la posizione ufficiale dei rispettivi Governi nel Consiglio, legittimandoli, tanto più contribuiscono alla legittimità delle decisioni del Consiglio stesso*”⁵⁸. Questa visione avrebbe anche il merito di fare rientrare la responsabilità europea nel fascio normale della responsabilità di indirizzo politico dei governi piuttosto che come detto nella responsabilità di indirizzo costituzionale⁵⁹. Si ritiene possibile che l'eventuale mancanza di richiesta delle Camere al Governo di intervenire sistematicamente *ex* articolo 4, comma 1, della legge 234 del 2012 riguardo alle riunioni del Consiglio dell'Unione durante una procedura legislativa sia un dato che possa portare ad ipotizzare una anche accidentale discrasia temporale tra l'attività parlamentare riguardo alla fase ascendente e l'attività legislativa del Governo nel Consiglio. Ciò porterebbe a spiegare anche la scarsa efficacia riguardo a tutti quegli strumenti – fondamentali per il controllo delle materie che sono più legate al tema della sovranità dello Stato – che il Parlamento avrebbe riguardo alle procedure legislative europee: in generale gli atti di

⁵⁶ C. FASONE, *op. cit.*, p. 112.

⁵⁷ L. GIANNITI, N. LUPO, *op. cit.*, p. 346.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 333, Vedi anche M. OLIVETTI, *Parlamenti Nazionali nell'Unione europea*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 2012, pp. 485-572.

⁵⁹ Cfr. A. MANZELLA, *Verso un governo parlamentare euro-nazionale?*, cit., p. 6.

indirizzo, ma più in particolare la riserva di esame parlamentare, i freni di emergenza (articolo 13) e i poteri di opposizione (articolo 11, comma 5). Con la legge europea 2019-2020 il Parlamento (legge n. 238 del 2021) ha cercato di porre rimedio all'asimmetria tra le riunioni del Consiglio europeo e le riunioni del Consiglio dell'Unione. Ora non è più necessaria l'autorizzazione dei competenti organi parlamentari ampliando questa opzione anche alle riunioni dell'Eurogruppo e alle altre riunioni informali.

Colmato il divario dell'informazione generica, il Parlamento potrebbe utilizzare tutti questi poteri per stimolare e affinare l'individuazione dell'informazione qualificata, contenente anche l'emersione dell'interesse nazionale per il negoziato europeo, da parte del Governo. Così questo rapporto dialogico di indirizzo tra Parlamento e Governo negli affari europei potrebbe rafforzare la forza (o la consapevolezza) negoziale dell'Italia, come avviene in molti altri Stati membri.

5. *Osservazione della prassi del Senato italiano nel periodo 2020-2022: in particolare l'ibridazione compiuta con il parere del Senato sul regolamento riguardo agli status di filiazione*

Grazie ai *dossier* redatti dal servizio studi del Senato della Repubblica è possibile monitorare l'andamento della sua fase ascendente nell'ultimo periodo e delineare le linee di tendenza che dalla prassi è possibile ricavare. Un primo dato rilevabile è che il controllo del Parlamento rispetto al Governo riguardo alle riunioni del Consiglio europeo è ormai sistematico (Tabella II). Al contrario, nei *dossier* del Senato tra le audizioni riportate non vi è alcuna traccia di quelle del Governo *ex* articolo 4, comma 1, legge 234 riguardo a riunioni del Consiglio dell'Unione⁶⁰.

⁶⁰ Vedi Servizio studi del Senato della Repubblica, Dossier 23, Il Senato e l'Unione europea anno 2022, XIX Legislatura, marzo 2023, Servizio studi del Senato della Repubblica, Dossier 155, Il Senato e l'Unione europea anno 2021, XVIII Legislatura, febbraio 2022 e Servizio studi del Senato della Repubblica, Dossier 116, Il Senato e l'Unione europea anni 2019 e 2020, XVIII Legislatura, marzo 2021.

Tabella II-Dibattiti in assemblea su comunicazioni del Presidente del Consiglio di Ministri in vista del Consiglio europeo nel periodo 2020-2022

Data	Dibattito	Approvazione eventuali documenti
19 febbraio 2020 (XVIII)	Comunicazioni del Presidente del Consiglio dei ministri in vista del Consiglio europeo del 20 febbraio 2020	6-00092 (Pittella ed altri) 6-00094 (Calderoli ed altri) 6-00100 (Ciriani ed altri) 6-00101 (Ciriani ed altri)
17 giugno 2020 (XVIII)	Informativa del Presidente del Consiglio dei ministri in vista della videoconferenza dei membri del Consiglio europeo prevista per il 19 giugno 2020	
15 luglio 2020 (XVIII)	Comunicazioni del Presidente del Consiglio dei ministri in vista del Consiglio europeo 17 e 18 luglio 2020	6-00117 (Perilli ed altri)
13 ottobre 2020 (XVIII)	Comunicazioni del Presidente del Consiglio dei ministri in vista del Consiglio europeo 15 e 16 ottobre 2020	6-00136 (Perilli ed altri)
09 dicembre 2020 (XVIII)	Comunicazioni del Presidente del Consiglio dei ministri in vista del Consiglio europeo 10 e 11 dicembre 2020	6-00156 (Licheri ed altri) 6-00157, testo 2 (Bonino ed altri)
24 marzo 2021 (XVIII)	Comunicazioni del Presidente del Consiglio dei ministri in vista del Consiglio europeo del 25 e 26 marzo 2021	6-00177 (Marcucci ed altri)
23 giugno 2021 (XVIII)	Comunicazioni del Presidente del Consiglio dei ministri in vista del Consiglio europeo del 24 e 25 giugno 2021	6-00192 (Lorefice ed altri)

20 ottobre 2021 (XVIII)	Comunicazioni del Presidente del Consiglio dei ministri in vista del Consiglio europeo 20 ottobre 2021 e conseguente discussione	6-000198 (Stefano e altri)
15 dicembre 2021 (XVIII)	Comunicazioni del Presidente del Consiglio dei ministri in vista del Consiglio europeo 16 dicembre 2021	6-00202 (Stefano e altri)
23 marzo 2022 (XVIII)	Comunicazioni del Presidente del Consiglio dei ministri in vista del Consiglio europeo del 24 e 25 marzo 2022	6-00214, Stefano e altri 6-00216, Ciriani e altri (approvata in parte)
21 giugno 2022 (XVIII)	Comunicazioni del Presidente del Consiglio dei ministri in vista del Consiglio europeo del 23 e 24 giugno 2022	6-00226, Stefano ed altri
14 dicembre 2022 (XIX)	Discussione sulle Comunicazioni del Presidente del Consiglio dei ministri in vista del Consiglio europeo del 15 e 16 dicembre 2022	6-00012, Terzi Di Sant'Agata ed altri 6-00014, Malpezzi ed altri 6-00016, Paita e altri (approvata in parte)

Fonti: Servizio studi del Senato della Repubblica, Dossier 23, Il Senato e l'Unione europea anno 2022, XIX Legislatura, marzo 2023, Servizio studi del Senato della Repubblica, Dossier 155, Il Senato e l'Unione europea anno 2021, XVIII Legislatura, febbraio 2022 e Servizio studi del Senato della Repubblica, Dossier 116, Il Senato e l'Unione europea anni 2019 e 2020, XVIII Legislatura, marzo 2021

Ciò non vuol dire che non ci siano state audizioni riguardo a questioni attinenti alla fase ascendente. Per quel che riguarda il 2022 le audizioni in commissione non si sono occupate soltanto di PNRR o di crisi energetica legata alla guerra, ma hanno riguardato anche l'audizione di interessati alla discussione di atti legislativi UE. E a questo spesso corrispondono pareri motivati, concentrati sulla proporzionalità e quindi anche sul merito ma privi di

indirizzo politico esplicito al Governo⁶¹. Più in generale, i dati presentati dal centro studi del Senato confermano la tendenziale diminuzione del numero di risoluzioni approvate nel contesto normativo UE (Tabella III). Ciò è dovuto a un cambiamento di metodo da parte delle commissioni competenti.

Tabella III- Confronto pluriennale pareri approvati (anni 2015-2022)

Anno 2015	Anno 2016	Anno 2017	Anno 2018	Anno 2019	Anno 2020	Anno 2021	Anno 2022
26	82	62	13	8	5	15	5

Fonte: Servizio studi del Senato della Repubblica, Dossier 23, Il Senato e l’Unione europea anno 2022, XIX Legislatura, marzo 2023

Tale dato esprime un primo elemento di novità riguardo all’operato delle Commissioni parlamentari che consiste nella sopravvenuta prassi della Commissione Politiche dell’Unione europea di dichiarare la conformità al principio di sussidiarietà di alcune proposte legislative dell’Unione senza formalizzare la propria decisione in una risoluzione. Arrivati all’esito di un esame condotto in corso di seduta della Commissione, ed i cui termini sono dettagliati nel resoconto sommario, le proposte stesse vengono rimesse alla commissione di merito. Tale novità è stata segnalata a partire dal 2018 a seguito della modifica del regolamento del Senato entrata in vigore quell’anno, per cui il controllo sulla sussidiarietà e la proporzionalità degli atti dell’Unione è stato rimesso in via esclusiva alla Commissione permanente sulle politiche europee. In virtù di tale riforma la verifica - che prima era diffusa, in quanto esercitata dalle commissioni di merito - è stata accentrata nella Commissione politiche dell’Unione europea (articolo 144, comma 1-*bis* r. S.). Alle altre commissioni spetta la possibilità di fungere da impulso nella verifica della sussidiarietà (articolo 144, comma 5-*bis*) e la competenza ad esprimersi sul merito dell’atto (articolo 144, comma 1). La 14a Commissione, nei primi sei mesi di esperienza della XVIII Legislatura, ha scelto di concludere l’esame di verifica del rispetto di sussidiarietà con l’adozione di un documento solo nel caso in cui la verifica

⁶¹ Cfr. Senato della Repubblica, risoluzione della XIV Commissione permanente, documento XVIII-bis n. 11, *Combustibili rinnovabili*, 2022; Senato della Repubblica, risoluzione della XIV Commissione permanente, documento XVIII-bis n. 13, *Prestazione energetica edilizia*, 2022.

stessa abbia avuto esito negativo. Cioè, la Commissione politiche dell'UE si impegna in una verifica sistematica del rispetto del principio di sussidiarietà – con alterni risultati dal punto di vista quantitativo (Tabella IV) – ma con una più attenta analisi qualitativa.

Tabella IV-Confronto pluriennale attività di monitoraggio Commissione politiche europee terminate con remissione alla sede consultiva senza adozione di un parere (già XIV – ora IV)

Anno 2019	Anno 2020	Anno 2021	Anno 2022
2	11	47	20

Fonti: Servizio studi del Senato della Repubblica, Dossier 23, Il Senato e l'Unione europea anno 2022, XIX Legislatura, marzo 2023, Servizio studi del Senato della Repubblica, Dossier 155, Il Senato e l'Unione europea anno 2021, XVIII Legislatura, febbraio 2022 e Servizio studi del Senato della Repubblica, Dossier 116, Il Senato e l'Unione europea anni 2019 e 2020, XVIII Legislatura, marzo 2021

Pertanto, come si può osservare dalla Tabella IV negli anni 2021-2022 il Senato ha svolto una più intensa attività di monitoraggio delle proposte legislative UE. Forse, se si paragonassero alla quantità di proposte normative dello stesso periodo si dovrebbe migliorare il livello di *performance* (cfr. Tabella I). Per quanto riguarda l'adozione di risoluzioni da parte delle commissioni di merito, come si può dedurre dalla Tabella V, su un totale di nove documenti (denominati Documento XVIII) del triennio 2020-2021-2022, tre sono atti di indirizzo al Governo e tre pareri favorevoli ma con indicazioni. Da ciò si può ricavare che già solo l'adozione di risoluzioni da parte della commissione di merito è ormai indicazione di un coinvolgimento diretto del Senato con l'atto legislativo in discussione. Per quel che riguarda invece l'attività della Commissione politiche UE (Tabella VI) il numero di risoluzioni nello stesso periodo è di dodici (denominati Documento XVIII-*bis*). Tuttavia, di queste soltanto una è un parere motivato previsto dal Protocollo n. 2 riguardo all'*early warning system*.

L'assenza di audizioni del Governo *post* Consiglio e la scarsità degli indirizzi politici proposti dal Parlamento sacrificano quel procedimento di *comply and/or explain* delineato dalla legge 234 del 2012 agli articoli 4 e 7.

Tabella V-Documenti XVIII, Documenti adottati dalle Commissioni in sede di esame di atti normativi e di altri atti di interesse dell’Unione europea, dal 2020 al 2022

Anno		2022					
<i>Risolu- zione</i>	<i>Argo- mento</i>	<i>Com- mis- sione per- ma- nent e</i>	<i>Data appro- vazione</i>	<i>Esito</i>	<i>Indi- ca- zioni di me- rito</i> <small>62</small>	<i>Invio alle Istituzioni UE</i>	<i>Risposta Commis- sione Euro- pea</i>
Doc. XVII I n. 25	Lavoro me- diante piatta- forme digitali	11a Cp	20.04.2022	Pa- rere favo- re- vole	No	Sì	29/06/2022
Doc. XVII I n. 26	Certifi- cazione Covid digitale	12a Cp	18.05.2022	Pa- rere favo- re- vole con os- ser- va- zione	Sì	Sì	26/05/2022
Anno		2021					
Doc. XVII I n. 21	Neutra- lità cli- matica	13a Cp	13.01.2021	Indi- rizzo al Go- vern o	Sì	22.01.2021	06.04.2021

⁶² Si considerano risoluzioni che hanno dato “indicazioni sul merito” quelle che abbiano suggerito modifiche o miglioramenti dell’atto a cui sono riferite.

Doc. XVII I n. 22	Salari minimi	11a Cp	16.03.2021	Pa- rere favo- re- vole	Sì	29.03.2021	10.06.2021
Doc. XVII I n. 23	Certifi- cato verde digitale	12a Cp	29.04.2021	Pa- rere favo- re- vole con con- di- zioni e os- ser- va- zioni	Sì	07.05.2021	20.08.2021
Doc. XVII I n. 24	Parità di retri- buzione	11a Cp	26.05.2021	Pa- rere favo- re- vole con os- ser- va- zione	Sì	07.06.2021	16.08.2021
Anno	2020						
Doc. XVII I n. 18	Disci- plina fi- nanzia- ria PAC	9a	19/12/2019	Indi- rizzo al Go- vern o	Sì	13/01/2020	02/03/2020

Doc. XVII I n. 19	FEASR e FEAG A 2021	9a	08/07/202 0	Indi- rizzo al Go- vern o	Sì	05/08/202 0	10/09/202 0
Doc. XVII I n. 20	Prote- zione lavora- tori da agenti cance- rogeni	11a	20/10/202 0	Pa- rere favo- re- vole	No	04/11/202 0	23/11/202 0

Totale Documenti XVIII: 9

Fonti: Fonti: Servizio studi del Senato della Repubblica, Dossier 23, Il Senato e l'Unione europea anno 2022, XIX Legislatura, marzo 2023, Servizio studi del Senato della Repubblica, Dossier 155, Il Senato e l'Unione europea anno 2021, XVIII Legislatura, febbraio 2022 e Servizio studi del Senato della Repubblica, Dossier 116, Il Senato e l'Unione europea anni 2019 e 2020, XVIII Legislatura, marzo 2021

Tabella VI-Documenti XVIII-bis, Documenti adottati dalla Commissione Politiche dell'Unione europea sui progetti di atti normativi dell'Unione europea ai fini della verifica del rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, dal 2020 al 2022

Anno	2022						
<i>Risoluzione</i>	<i>Argomento</i>	<i>Commissione permanente</i>	<i>Data approvazione</i>	<i>Invio alle Istituzioni UE</i>	<i>Parere motivato</i>	<i>Criticità su proporzionalità</i>	<i>Risposta Commissione Europea</i>
Doc. XVIII-bis n. 11	Combustibili rinnovabili	14a	13/04/2022	Si	No	Si	27/07/2022
Doc. XVIII-bis n. 12	Pubblicità politica	14a	13/04/2022	Si	No	Si	08/07/2022
Doc. XVIII-bis n. 13	Prestazione energetica edilizia	14a	3/8/2022	Si	No	Si	08/07/2022
Anno	2021						
Doc. XVIII-bis n. 4	Agenzia sicurezza aerea e cielo unico europeo	14a	13 gennaio 2021	20.01.2021	No	Si	18.03.2021
Doc. XVIII-bis n. 5	Neutralità climatica	14a	19 gennaio 2021	22.01.2021	No	No	06.04.2021
Doc. XVIII-bis n. 6	Asilo e migrazioni	14a	19 gennaio 2021	19.01.2021	Si	No	31.03.2021

Doc. XVIII- <i>bis</i> n. 7	Salari minimi adeguati	14a	20 gennaio 2021	22.01.2021	No	Si	06.04.2021
Doc. XVIII- <i>bis</i> n. 8	Certificato verde digitale	14a	14 aprile 2021	21.04.2021	No	Si	20.08.2021
Doc. XVIII- <i>bis</i> n. 9	Pacchetto salute	14a	12 maggio 2021	19.05.2021	No	No	20.07.2021
Doc. XVIII- <i>bis</i> n. 10	Parità di retribuzione	14a	7 settembre 2021	16.09.2021	No	No	
Anno	2020						
Doc. XVIII- <i>bis</i> n. 2	Imposta isole Canarie	14a	07/10/2020	16/10/2020	No	No	04/01/2021
Doc. XVIII- <i>bis</i> n. 3	Protezione lavoratori da agenti cancerogeni	14a	18/11/2020	1°/12/2020	No	Si	

Totale Documenti XVIII-bis: 12

Fonti: Servizio studi del Senato della Repubblica, Dossier 23, Il Senato e l’Unione europea anno 2022, XIX Legislatura, marzo 2023, Servizio studi del Senato della Repubblica, Dossier 155, Il Senato e l’Unione europea anno 2021, XVIII Legislatura, febbraio 2022 e Servizio studi del Senato della Repubblica, Dossier 116, Il Senato e l’Unione europea anni 2019 e 2020, XVIII Legislatura, marzo 2021

Alla luce di quanto detto finora è interessante riportare anche un caso più recente. Riguardo alla proposta della Commissione europea di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al

riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione n. COM (2022) 695 è interessante osservare la posizione assunta dalla IV Commissione permanente politiche dell'Unione europea. Tale proposta ha come base giuridica l'articolo 81 del TFUE, in particolare il paragrafo 3 che consente al Consiglio di adottare misure relative al diritto di famiglia deliberando all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo. La Commissione, condividendo la finalità della proposta di tutelare i diritti fondamentali dei figli in situazioni transfrontaliere, tuttavia ha deciso di proporre un parere motivato ai sensi dell'articolo 6 del Protocollo n. 2, "*poiché alcune disposizioni contenute nella proposta, e in particolare l'obbligo di riconoscimento (e di conseguente trascrizione) di una decisione giudiziaria o di un atto pubblico, emessi da un altro Stato membro, che attestano la filiazione, e l'obbligo di riconoscimento del certificato europeo di filiazione, non rispettano i principi di sussidiarietà e di proporzionalità*"⁶³. In particolare, il problema è il divieto della maternità surrogata posto dal diritto penale italiano. Non essendo questa la sede per entrare nel merito della decisione, preme però sottolinearne il metodo. È interessante notare che per la procedura scelta da questa proposta legislativa le possibilità di bloccarla sono molteplici: sia l'unanimità del Consiglio, sia il potere di opposizione dei parlamenti nazionali, che possono esercitarlo fino a sei mesi dall'adozione dell'atto. Inoltre, questo parere è maturato a ridosso della scadenza dei sei mesi concessi ai parlamenti nazionali per esercitare i loro poteri europei. Per cui era abbastanza evidente che non si sarebbero raggiunte le maggioranze previste dal Protocollo n. 2 per l'attivazione dei c.d. cartellini giallo e arancione. Nonostante questo, la IV commissione del Senato ha ritenuto di adottare comunque un parere motivato per sollevare problemi di sussidiarietà e proporzionalità poiché comunque, al di là del sistema delle maggioranze da raggiungere, ogni camera può farlo e "*di questi pareri le istituzioni europee tengono conto nella misura in cui lo ritengono opportuno (innanzitutto la Commissione, che è la prevalente titolare del diritto di iniziativa legislativa)*"⁶⁴. Inoltre, con il medesimo parere la commissione del Senato ha inteso entrare nel merito delle questioni, esponendo i problemi applicativi e

⁶³ Senato della Repubblica, risoluzione della XIV Commissione permanente, documento XVIII-bis n. 2, *Status familiari*, 2023, p. 3.

⁶⁴ L. GIANNITI, N. LUPO, *op. cit.*, p. 332.

giurisdizionali del contesto italiano, sottoponendoli così all’attenzione della Commissione e del Consiglio stesso (come ha fatto in modo analogo il Senato francese e in altro modo altri parlamenti nazionali). A ciò si deve aggiungere che la Commissione ha ritenuto di adottare tale risoluzione come un atto di indirizzo politico ai sensi dell’articolo 7 della legge 234 del 2012, compiendo così un “ibridazione” funzionale all’ecosistema della disciplina italiana della partecipazione alla fase ascendente. Ciò si ritiene interessante poiché come metodo appare funzionale all’effettiva applicazione del diritto dell’Unione in Italia. Da un punto di vista più generale, sommare insieme tutti i poteri concessi alle Camere appare come un efficientamento delle procedure. Invece, da un punto di vista più particolare, nonostante i numerosi poteri di blocco che vi sono in questo caso, spingere per un testo più condiviso può evitare la loro attivazione e conseguentemente una eventuale cooperazione rafforzata la quale è per natura una diminuzione dell’efficacia della normativa europea nello spazio. Infine, bisogna dare conto che, dalla relazione del presidente della Commissione Terzi di Sant’Agata si evince che le relazioni *ex art. 6* del Ministero della Giustizia e del Ministero dell’Interno sull’impatto che la proposta di regolamento avrebbe sull’ordinamento italiano sono state molto puntuali e dettagliate⁶⁵. Anche se è un caso isolato, tutto ciò dimostra le potenzialità del sistema complessivo delineato dalla legge 234 del 2012.

6. Conclusioni

Pertanto, “*c’è una meta, ma non una via; ciò che chiamiamo via è un indugiare*”⁶⁶. Con queste parole avrebbero fatto eco a Kafka i parlamenti nazionali degli Stati membri circa la partecipazione alla redazione degli atti normativi della Comunità. Oggi il Trattato di Lisbona, i Protocolli 1 e 2, e la legge n. 234 del 2012 in Italia delineano oltre alla meta una via. Tuttavia, rimane l’indugiare.

Il cammino dell’integrazione europea è forse giunto ad un nuovo crocevia, almeno sul piano della attività legislativa dell’Unione. Per tale motivo si ritiene

⁶⁵ Vedi Legislatura 19^a - 4^a Commissione permanente - Resoconto sommario n. 21 del 01/02/2023, www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Somm-Comm&leg=19&id=1368232&part.

⁶⁶ F. KAFKA, *Il silenzio delle sirene. Scritti e frammenti postumi* (1917-1924), Milano, 1994, p. 91.

che un ripensamento della opportunità di una migliore fase ascendente sia un'esigenza sia ordinamentale, sia inter-ordinamentale. Il successo della legge n. 234 del 2012 va al di là della sua prescrittività o meno. Sta nei risultati da essa ottenuti come sicuramente è l'uropeizzazione dell'attività parlamentare italiana. Da un punto di vista informativo appare impossibile oggi che possa piombare sull'ordinamento italiano un provvedimento di cui gli operatori della politica non abbiano avuto comunicazioni. Tuttavia, la ricerca sul tema può proseguire con altre domande: come si sostanzia la valutazione di impatto sui provvedimenti dell'UE? Come vengono redatte concretamente le tabelle di corrispondenza? L'informazione che viene proposta al Parlamento è adeguata allo scopo che la legge n. 234 delinea? Come migliorare la sincronia dei lavori parlamentari con il negoziato in sede europea?

Ciò detto, l'ibridazione del controllo sulla sussidiarietà con il dialogo politico o con l'attività di indirizzo si ritiene essere la strada da privilegiare per una maggiore partecipazione alla fase ascendente. Tale ibridazione è da tempo stata immaginata come l'associazione dell'obbligo di rispettare l'identità nazionale alle preoccupazioni di sussidiarietà nei pareri motivati dei parlamenti nazionali⁶⁷. La mancanza di successo del meccanismo di controllo sulla sussidiarietà non ha impedito ai parlamenti nazionali di plasmare lo strumento dei pareri motivati secondo le loro esigenze. Cioè, allargare il controllo attuale a profili che si preoccupino più in generale della prevenzione di antinomie giuridiche insanabili in una fase *ex post*. Questo in un'ottica politica, per natura più confacente alle istituzioni parlamentari. La stretta connessione tra sussidiarietà e identità nazionale trova la sua origine nella versione del Protocollo sulla sussidiarietà allegato al Trattato di Amsterdam quando afferma: “*riguardo alla natura e alla portata dell'azione comunitaria, le misure comunitarie dovrebbero lasciare il maggior spazio possibile alle decisioni nazionali, purché sia garantito lo scopo della misura e siano soddisfatte le prescrizioni del trattato. Nel rispetto del diritto comunitario, si dovrebbe aver cura di salvaguardare disposizioni nazionali consolidate nonché l'organizzazione ed il funzionamento dei sistemi giuridici degli Stati membri*”⁶⁸.

⁶⁷ Vedi B. GUASTAFERRO, *Coupling National Identity with Subsidiarity Concerns in National Parliaments' Reasoned Opinions*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 2, 2014, pp. 320-340.

⁶⁸ Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità (Trattato di Amsterdam), par. 7.

Tuttavia, la fase ascendente come riappropriazione dell'indirizzo politico è un cammino a metà strada. Le decisioni europee prese a Bruxelles collettivamente non possono più essere usate come una attenuante o un pretesto dai parlamenti nazionali. Ormai lo stesso Trattato prevede all'art. 10, comma 2, TUE che *"gli Stati membri sono rappresentati nel Consiglio europeo dai rispettivi capi di Stato o di governo e nel Consiglio dai rispettivi governi, a loro volta democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini"*. Ciò impone che si fermi il lassismo riguardo all'indirizzo politico in quanto il Parlamento anche laddove sia d'accordo con il Governo dovrebbe assumersi la responsabilità delle posizioni nazionali sugli atti europei. In caso contrario ciò pregiudicherebbe quegli spazi di intervento per una più idonea rappresentazione degli interessi nazionali, che ormai sono limitati alla fase ascendente. Infatti, dall'analisi svolta risulta evidente che i dati confermano come *"non è possibile partecipare efficacemente all'assunzione di decisioni a livello europeo senza partire dallo stato dell'arte delle norme europee attuate e, in generale, di tutte quelle in vigore, in modo da fornire una lettura per il futuro meglio orientata alla tutela degli interessi nazionali; allo stesso tempo, quanto più attentamente è stata presidiata la formazione della decisione europea, tanto più agevole sarà prevederne gli effetti nel momento in cui la si attua e recepirla correttamente ed entro le scadenze, fissate (ciò che aiuta a prevenire l'avvio di procedure d'infrazione)"*⁶⁹.

⁶⁹ C. FASONE, *op. cit.*, p. 115.

Interventi scritti

LA SENTENZA *HOFFMANN-LA ROCHE* E I DIRITTI IRRISARCIBILI.
IL POSSIBILE IMPATTO DELLA RIFORMA CARTABIA
SULLE CONCLUSIONI DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Stefano Castellana Soldano, Christian D’Orazi*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’autonomia procedurale degli Stati membri e i principi di effettività ed equivalenza nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 3. La “nuova” revocazione post-riforma Cartabia per violazione della CEDU. Presupposti e limiti applicativi. – 4. I possibili impatti della riforma Cartabia sulle decisioni della Corte di giustizia. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

La ricerca di un bilanciamento tra il principio di effettività del diritto dell’Unione europea e l’autonomia procedurale degli Stati membri è un tema che appassiona da sempre gli studiosi europei¹.

La posizione della Corte di giustizia non è sempre stata costante² ma i giudici di Lussemburgo, in ogni caso, hanno sempre mostrato particolare prudenza e hanno sempre evitato di invadere lo spazio di autonomia riservato dai

* S. Castellana Soldano è dottorando di ricerca in diritto dell’Unione europea presso l’Università degli Studi di Napoli “Parthenope”. C. D’Orazi è dottorando di ricerca in diritto pubblico presso l’Università degli Studi di Teramo. L’impostazione del lavoro e il paragrafo 5 sono frutto del lavoro di entrambi gli autori. S. Castellana Soldano ha redatto i paragrafi 1, 2 e 4, mentre C. D’Orazi ha redatto il paragrafo 3.

¹ Tra la vastissima letteratura in materia, si segnala N. LIPARI, *Il problema dell’effettività del diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Napoli, 2009; P. J. WATTEL, *National procedural autonomy ad effectiveness of EC Law: challenge the charge, file for reconstruction, sue for damages*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2008; M. ACCETO, S. ZLEPTING, *The principle of effectiveness: rethinking its role in Community Law*, in *European Public Law*, 2005; S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002; A. ADINOLFI, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Il diritto dell’Unione europea*, n. 1, 2001; G. BIAGIONI, *Norme processuali e principio di effettività: ulteriori sviluppi nella giurisprudenza comunitaria*, in *Il diritto dell’Unione europea*, n. 4, 2000.

² M. DOUGAN, *National Remedies Before the Court of Justice*, Oxford, 2004, pp. 227-233.

Trattati agli Stati membri in merito alla definizione dei rimedi giurisdizionali più efficaci per garantire l'effettività del diritto dell'Unione, salvo che ciò si rilevasse strettamente necessario.

In tale contesto si inserisce la recente pronuncia *Hoffmann-La Roche*³, con la quale la Corte (declinando il principio di autonomia procedurale attraverso le tradizionali categorie di effettività e equivalenza) ha affermato come non contrasti con il diritto europeo⁴ il fatto che, nel diritto italiano, qualora il giudice nazionale disattenda i principi di diritto espressi dal giudice europeo in sede pregiudiziale, non sia consentito esperire il rimedio revocatorio avverso la sentenza emessa dal giudice del rinvio.

Nel dettaglio, a giudizio della Corte, “in una situazione caratterizzata dall'esistenza di un rimedio giurisdizionale che consente di garantire il rispetto dei diritti che i singoli traggono dal diritto dell'Unione è perfettamente ammissibile, sotto il profilo di tale diritto, (...) che lo Stato membro interessato conferisca all'organo di ultimo grado della giustizia amministrativa di detto Stato la competenza a pronunciarsi in ultima istanza” e, contestualmente, venga limitata “la possibilità di chiedere la revocazione di una sentenza del suo organo giurisdizionale amministrativo di ultimo grado a situazioni eccezionali e tassativamente disciplinate, che non includano l'ipotesi in cui, ad avviso del singolo soccombente dinanzi a detto organo giurisdizionale, quest'ultimo non abbia tenuto conto dell'interpretazione del diritto dell'Unione fornita dalla Corte in risposta alla sua domanda di pronuncia pregiudiziale”.

Allo stesso tempo, la Corte rileva come, nel caso in esame, non potesse ritenersi violato il principio di equivalenza dal momento che l'ordinamento nazionale “limita la possibilità per i singoli di chiedere la revocazione di una sentenza del Consiglio di Stato, secondo le medesime modalità, indipendentemente dal fatto che la domanda di revocazione trovi il proprio fondamento in disposizioni di diritto nazionale oppure in disposizioni del diritto dell'Unione”.

Premesso quanto sopra, i giudici di Lussemburgo concludono il proprio ragionamento ricordando che, ad ulteriore garanzia dei diritti discendenti dall'ordinamento europeo, il soggetto che si consideri leso dall'omessa

³ Sentenza della Corte del 7 luglio 2022, causa C-261/21, *Hoffmann-La Roche*.

⁴ In particolare, con l'articolo 4, paragrafo 3, e l'articolo 19, paragrafo 1, TUE nonché l'articolo 267 TFUE, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta.

considerazione, da parte del giudice del rinvio, dei principi espressi in sede pregiudiziale, potrebbe far valere, in via risarcitoria, la responsabilità dello Stato membro.

Con il presente contributo ci si intende interrogare sulla possibilità che i principi espressi mutino nella futura giurisprudenza e ciò, in particolare, per quanto attiene al caso italiano, in ragione delle novità normative recentemente intervenute (ossia, il d.lgs. 149/2022, c.d. “riforma Cartabia”) che potrebbero mettere in crisi, da una parte, il perdurante rispetto del principio di equivalenza e, dall'altra, l'utilità del rimedio risarcitorio ai fini dell'effettività della tutela giurisdizionale.

2. *L'autonomia procedurale degli Stati membri e i principi di effettività ed equivalenza nella giurisprudenza della Corte di giustizia*

La mole di giurisprudenza europea che, negli anni, ha precisato la natura e i limiti del principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri è di tale entità che, per ragioni redazionali, non può trovare una completa rappresentazione nel presente contributo⁵.

In ogni caso, al fine di poter individuare se vi siano margini per un ripensamento delle posizioni da ultimo assunte dalla Corte, appare necessario ripercorrere i passaggi fondamentali dell'evoluzione giurisprudenziale che ha interessato i principi in esame.

Nel dettaglio, non si può fare a meno di menzionare la sentenza *Rewe*⁶, con la quale la Corte, per la prima volta, ebbe modo di chiarire che “in mancanza di una specifica disciplina comunitaria è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta, modalità che non possono, beninteso, essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale”.

Con queste parole, la Corte di giustizia, prendendo le mosse dal principio

⁵ Per un quadro sulla giurisprudenza intervenuta in materia si veda D. U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009.

⁶ Sentenza della Corte del 16 dicembre 1976, causa 33/77, *Rewe*.

di leale collaborazione all'epoca statuito dall'art. 5 TCEE, pose le basi per la definizione del principio di autonomia procedurale degli Stati membri (e dei suoi limiti).

Con la medesima pronuncia, la Corte ha chiarito che l'intervento del giudice europeo in materia procedurale potrebbe essere, in ipotesi, ammissibile, solo nel caso in cui la struttura dei rimedi di diritto interno renda "in pratica, impossibile l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare".

L'approccio tradizionale della Corte, dunque, si serve del binomio tra effettività ed equivalenza al fine di perimetrare in concreto l'ampiezza autonomia procedurale riservata agli Stati membri.

Da una parte questi devono garantire, con le misure che ritengano più opportune, la possibilità di far valere, innanzi alle proprie corti interne, diritti discendenti dall'ordinamento europeo e, dall'altra, non devono concedere alla tutela giurisdizionale delle situazioni di diritto interno un trattamento più favorevole rispetto a quello concesso ad analoghe situazioni di diritto europeo.

Quanto a tale ultimo aspetto, deve rilevarsi come il principio di equivalenza presenti non pochi problemi applicativi.

Invero, perché si possa verificare il rispetto di tale principio è necessario che vengano in rilievo situazioni giuridiche di diritto interno e di diritto europeo tra loro comparabili (così da poter apprezzare se il relativo trattamento processuale possa o meno considerarsi discriminatorio). Ciò, all'evidenza, non sempre è possibile⁷.

Premesso quanto sopra, ai fini del presente contributo, appare di particolare interesse ricostruire in che modo la Corte di giustizia abbia applicato il principio dell'autonomia procedurale nei casi in cui è stata chiamata a esprimersi sulla compatibilità con il diritto europeo di norme processuali di diritto interno relative all'autorità della cosa giudicata⁸.

In linea generale, la Corte ha da sempre riconosciuto che la tutela del giudicato processuale risponde ad esigenze di certezza del diritto sicuramente

⁷ Sulle problematiche del test di equivalenza, si veda M. BOBEK, *Why there is no Principle of "Procedural Autonomy" of the Member States*, in H. W. MICKLITZ, B. DE WITTE (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge, 2012.

⁸ Si veda M. ELIANTONIO, *A specter is haunting kirichberg – The Spectre of Article 47: The CJEU Case Law on the finality of judicial decisions and on the ex officio application of Eu Law*, in M. BONELLI, M. ELIANTONIO, G. GENTILE (eds.), *Article 47 of the EU charter and effective of judicial protection*, Oxford, 2022.

meritorie di favorevole apprezzamento e che tali norme, in quanto tali, non possono ritenersi in contrasto con il principio di effettività⁹.

Nella sentenza *Kapferer*, in particolare, la Corte sottolinea “l’importanza che il principio dell’autorità di cosa giudicata riveste sia nell’ordinamento giuridico comunitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali. Infatti, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l’esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione”¹⁰.

Quanto sopra, tuttavia, non ha impedito alla Corte, in taluni specifici casi, di riconoscere l’incompatibilità delle norme processuali interne in materia di cosa giudicata con il diritto dell’Unione europea¹¹.

Menzione autonoma, sul punto, merita la pronuncia *Lucchini*¹² con la quale la Corte ha riconosciuto l’incompatibilità con l’ordinamento europeo delle norme processuali italiane che, nel sancire il principio dell’autorità della cosa giudicata, impedivano, nella sostanza, il recupero di aiuti erogati in contrasto con il diritto europeo¹³.

In quella sede, lo si deve precisare, più che il principio di effettività e i limiti al principio dell’autonomia procedurale, la Corte ha fatto valere il principio del primato e la competenza esclusiva dell’Unione in materia di aiuti di Stato¹⁴.

⁹ Si veda A. TIZZANO, B. GENCARELLI, *Union Law and Final Decisions of National Courts in the Recent Case-Law of the Court of Justice*, in A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *A constitutional order of States? Essays in Eu Law in Honour of Alan Dashwood*, United Kingdom, 2011.

¹⁰ Sentenza della Corte del 16 marzo 2006, causa C-234/04.

¹¹ Sentenza della Corte del 18 febbraio 2016, causa C-49/14, *Finanmadrid*.

¹² Sentenza della Corte del 18 luglio 2007, causa C-119/05.

¹³ P. BIAVATI, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rassegna Tributaria*, n. 5, 2007.

¹⁴ La straordinarietà della sentenza *Lucchini*, cit., emerge chiaramente dal testo della pronuncia *Pizzarotti* (sentenza della Corte del 10 luglio 2014, causa C-213/13, punto 61) laddove si afferma che “la sentenza *Lucchini* (C-119/05), citata dal giudice del rinvio, non è atta a rimettere in discussione l’analisi sopra svolta. Infatti, è stato in una situazione del tutto particolare, in cui erano in questione principi che disciplinano la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e l’Unione europea in materia di aiuti di Stato, che la Corte ha statuito, in sostanza,

In tale contesto, appare opportuno sottolineare come la Corte abbia più volte avuto modo di chiarire come il riconoscimento della legittimità delle regole interne sull'autorità della cosa giudicata, non vale assolutamente ad escludere la potenziale responsabilità del giudice di ultima istanza che abbia violato il diritto dell'Unione.

In merito, assume particolare rilievo la sentenza *Köbler*¹⁵, nella quale la Corte sottolineò che “un organo giurisdizionale di ultimo grado costituisce per definizione l'ultima istanza dinanzi alla quale i singoli possono far valere i diritti ad essi riconosciuti dal diritto comunitario. Poiché normalmente non può più costituire oggetto di riparazione una violazione di questi diritti in una decisione di un tale organo giurisdizionale che è divenuta definitiva, i singoli non possono essere privati della possibilità di far valere la responsabilità dello Stato al fine di ottenere in tal modo una tutela giuridica dei loro diritti”.

Secondo la Corte, infatti, “in considerazione del ruolo essenziale svolto dal potere giudiziario nella tutela dei diritti che ai singoli derivano dalle norme comunitarie, la piena efficacia di queste ultime verrebbe rimessa in discussione e la tutela dei diritti che esse riconoscono sarebbe affievolita se fosse escluso che i singoli possano, a talune condizioni, ottenere un risarcimento allorché i loro diritti sono lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile a una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado di uno Stato membro”.

La possibilità di agire in via risarcitoria contro l'autorità giudiziaria di ultima istanza che abbia violato il diritto dell'Unione, dunque, rappresenta, nella ricostruzione della Corte, un necessario complemento del principio di effettività¹⁶.

Tale impostazione, invero, è rimasta immutata negli anni ed è giunta sino alle pronunce più recenti¹⁷.

che il diritto dell'Unione osta all'applicazione di una disposizione nazionale, come l'articolo 2909 del codice civile italiano, che mira a consacrare il principio dell'intangibilità del giudicato, nei limiti in cui la sua applicazione impedirebbe il recupero di un aiuto di Stato concesso in violazione del diritto dell'Unione e dichiarato incompatibile con il mercato comune da una decisione della Commissione europea divenuta definitiva (v., in tal senso, sentenza del 3 settembre 2009, causa C-2/08, *Fallimento Olimpiclub*, punto 25). La presente causa, invece, non solleva simili questioni di ripartizione delle competenze”.

¹⁵ Sentenza della Corte del 30 settembre 2003, causa C-224/01.

¹⁶ Si veda, sul punto, anche sentenza della Corte del 6 ottobre 2015, causa C-69/14, *Tarsia*, punto 40.

¹⁷ Sul punto, appare utile citare la sentenza della Corte del 13 giugno 2006, causa C-

Non ci si riferisce solo alla sentenza *Hoffmann-La Roche*, già citata in premessa, ma anche al noto caso *Randstad*¹⁸, nel quale, tra le altre cose, la Corte ha escluso che il diritto europeo imponga agli Stati membri di consentire al proprio supremo organo giurisdizionale di verificare il corretto adempimento da parte dei giudici amministrativi degli obblighi imposti dall'art. 267 TFUE¹⁹.

In entrambi i casi, la Corte evidenzia come, indipendentemente dall'operatività delle norme nazionali in materia di cosa giudicata, “i singoli che siano stati eventualmente lesi dalla violazione del loro diritto a un ricorso effettivo a causa di una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado, possono inoltre far valere la responsabilità di tale Stato membro, purché siano soddisfatte le condizioni relative al carattere sufficientemente qualificato della violazione e all'esistenza di un nesso causale diretto tra tale violazione e il danno subito dal soggetto leso”²⁰.

A fronte di quanto sopra, dunque, appare indispensabile accertare se tale rimedio possa ritenersi davvero soddisfacente²¹, in ogni circostanza, delle pretese dei singoli e ciò specie a fronte di normative nazionali (come la riforma Cartabia) che, come si dirà di seguito, in determinate situazioni, ne riconoscono l'inutilità.

173/03, *Tragbetti del Mediterraneo*, punto 41, “nell'ipotesi in cui la responsabilità dello Stato membro fosse esclusa in maniera assoluta, a seguito della valutazioni operate su determinati fatti da un organo giurisdizionale, tali singoli non beneficerebbero di alcuna protezione giurisdizionale, ove un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado commettesse un errore manifesto nel controllo delle summenzionate operazioni di qualificazione giuridica dei fatti”.

¹⁸ Sentenza della Corte del 21 dicembre 2021, causa C-497/20.

¹⁹ Si veda, sul punto, R. BARATTA, *La postura non intrusiva della sentenza Randstad*, in *sidiblog.it*, 21 gennaio 2022.

²⁰ Si veda la sentenza *Randstad*, cit., punto 80 e la sentenza *Hoffmann-La Roche*, cit., punto 58.

²¹ Si veda, sul punto, l'opinione di 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, secondo cui: “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 (“tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire”). In caso contrario, si andrebbe incontro ad un'inversione logico-giuridica pericolosa e in totale violazione del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale”.

3. *La “nuova” revocazione post-riforma Cartabia per violazione della CEDU. Presupposti e limiti applicativi*

Al fine di poter comprendere a pieno l'impatto che la riforma Cartabia potrebbe avere sulle questioni affrontate nel presente contributo, non può prescindere da una breve ricostruzione del contesto giuridico nazionale da cui tale riforma, per quanto riguarda le innovazioni che interessano in questa sede (ossia quelle in materia di revocazione), origina.

Sul versante interno la Costituzione italiana – pur non recando una previsione esplicita dei principi di cui si discute²² – non è insensibile al tema dell'effettività della tutela giurisdizionale “la quale rappresenta e dà contenuto concreto, in definitiva, alla garanzia della pari osservanza della legge: da parte di tutti ed in egual misura”²³.

E così, la Corte costituzionale è stata chiamata a più riprese ad intervenire²⁴ per rimuovere quegli ostacoli processuali che attentavano alla sostanza della tutela giurisdizionale, e sacrificavano le esigenze di giustizia sostanziale sull'altare di vani formalismi, divenuti via via sempre meno accettabili avuto anche riguardo all'approccio sostanzialistico dei giudici sovranazionali, e in particolare della Corte EDU.

²² Occorre tuttavia rilevare che l'art. 2 Cost., nella sua ampia formulazione programmatica, impegna la Repubblica a (riconoscere e a) garantire i diritti inviolabili dell'uomo ed in questo senso vincola l'esercizio della giurisdizione al perseguimento di tale fine ultimo. L'art. 24 Cost., dal canto suo, tutela il pieno accesso alla giurisdizione per la tutela dei diritti e degli interessi legittimi, configura la difesa come “*diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*” e assicura “*ai non abbienti [...] i mezzi necessari ad agire e a difendersi davanti a ogni giurisdizione*”. Inoltre, nel conformare in senso garantistico i rapporti fra cittadino e autorità pubblica, l'art. 113 Cost., ammette in ogni caso la tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione lesivi di diritti e interessi legittimi, non ammettendo alcuna deroga a tale principio in ragione della natura dell'atto impugnato o del mezzo di impugnazione prescelto. Tutto ciò nella prospettiva totalizzante del “*giusto processo regolato dalla legge*” e dei suoi corollari, che costituiscono attuazione stessa della giurisdizione.

²³ Sentenza della Corte costituzionale dell'11 luglio 1995, n. 435.

²⁴ Già prima che il tema arrivasse all'attenzione della Corte costituzionale, la dottrina invocava l'introduzione di strumenti processuali in grado di superare il giudicato interno in contrasto con il diritto convenzionale. Si veda, in particolare, A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2, 2016; U. COREA, *Il giudicato come limite alle sentenze della Corte costituzionale e delle Corti europee*, in *Judicium*, n. 2, 2017.

Emblematica in tal senso è la vicenda che ha condotto la Corte costituzionale, con la sentenza (additiva) n. 113/2011, a introdurre nell'ordinamento processuale penale un'ipotesi inedita di revisione della sentenza – c.d. “revisione europea” – al fine di porre rimedio, con il travolgimento del giudicato, a violazioni del diritto all'equo processo garantito dall'art. 6 CEDU accertate dalla Corte di Strasburgo²⁵.

Diversamente, per l'ordinamento processuale diverso da quello penale, a giudizio della Corte, doveva ritenersi evidentemente meno insopportabile – e, comunque, costituzionalmente non illegittimo – l'assenza di un congegno processuale idoneo a rimuovere il giudicato formatosi su una decisione giudiziale interna contrastante con la CEDU o con l'ordinamento unionale.

Ad ogni modo, pur senza mai intervenire con l'impeto che aveva riservato alla “revisione europea”, la Corte costituzionale non ha mancato di lanciare un monito al legislatore, sottolineando l'urgenza di un tema che richiedeva un intervento ormai improcrastinabile²⁶.

I moniti avanzati dalla Corte costituzionale – e dalla Corte EDU²⁷ – sono stati finalmente raccolti dal legislatore in occasione della recente riforma del processo civile²⁸ di cui al d.lgs. n. 149/2022, adottato dal Governo in attuazione della delega conferita con legge n. 206/2021.

Nel delegare al Governo l'estensione del rimedio revocatorio “nel caso in cui, una volta formatosi il giudicato, il contenuto della sentenza sia successivamente dichiarato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo contrario, in tutto o in parte, alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ovvero a uno dei suoi Protocolli e non sia possibile

²⁵ Fra i numerosi commenti alla pronuncia si segnala, E. MALFATTI, *Quando perseverare non è diabolico. Dalla vicenda Dorigo un fondamentale stimolo alla possibile “revisione” del giudicato interno*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2011; G. CANZIO, *Giudicato “europeo” e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*, *ivi*, n. 2, 2011; F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU*, *ivi*, n. 11, 2013.

²⁶ Sentenza della Corte costituzionale del 4 aprile 2018, n. 93: “specialmente nell'ipotesi di sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali, il problema indubbiamente esiste, ma deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 cod. proc. civ., come auspicato da questa Corte con riferimento alle sentenze della Corte EDU”.

²⁷ Sentenza della Corte EDU del 20 agosto 2021, ric. n. 5312/11, *Beg S.p.A. c. Italia*.

²⁸ Per un'analisi sommaria delle novità della riforma v. L. PASSANANTE, *La riforma delle impugnazioni*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, n. 4, 2021.

rimuovere la violazione tramite tutela per equivalente”, l’art. 1, comma 10, della legge n. 206/2021 fissava i seguenti principi e criteri direttivi: (a) deve essere vietata la “duplicità di ristori”; (b) devono essere fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede che non hanno partecipato al processo svoltosi innanzi alla Corte EDU; (c) la domanda di revocazione può essere proposta solo dalle parti del processo svoltosi innanzi alla Corte EDU, dai loro eredi o aventi causa e dal PM; (d) il termine per proporre la domanda di revocazione non può essere superiore a 90 giorni decorrenti dalla comunicazione o dalla pubblicazione della sentenza CEDU; (e) la pendenza del giudizio avanti alla Corte EDU deve essere comunicata dall’Agente del Governo alle parti del processo che ha dato luogo alla sentenza da cui deriva la violazione della CEDU.

Le previsioni della legge n. 206/2021 attribuivano un considerevole margine di manovra al legislatore delegato consentendogli di ampliare o restringere i presupposti applicativi del nuovo istituto e di individuare, per tale via, il punto di equilibrio desiderato fra l’effettività della tutela giurisdizionale e la stabilità del giudicato.

Il legislatore delegato – con l’introduzione dell’art. 391 *quater* c.p.c. – ha preferito adottare un approccio molto cauto, probabilmente dettato dalla volontà di salvaguardare l’esigenza di certezza data dal giudicato e di evitare un aumento significativo del numero dei processi²⁹.

L’art. 391 *quater* c.p.c., collocato fra le norme relative al ricorso per cassazione ma dotato di una vocazione evidentemente più ampia, disciplina la neointrodotta “Revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo”.

I presupposti applicativi dell’istituto sono i seguenti:

- (a) l’oggetto della domanda deve essere una decisione passata in giudicato;
- (b) la Corte EDU deve aver dichiarato il contenuto della decisione *revocanda* contrario alla CEDU o a uno dei relativi Protocolli;
- (c) la decisione in questione deve aver “pregiudicato un diritto di stato della persona”;
- (d) l’equa indennità (c.d. “just satisfaction”) di natura pecuniaria,

²⁹ Cfr. anche A. MONDINI, *La nuova, limitata, ipotesi di revocazione straordinaria di decisioni contrarie alla CEDU*, in *Judicium*, 17 gennaio 2023.

eventualmente accordata dalla Corte EDU *ex art. 41 CEDU* non deve risultare “idonea a compensare le conseguenze della violazione”.

Per come strutturato dal legislatore, la “revocazione CEDU” si configura quindi come un mezzo di impugnazione straordinario contro le decisioni del giudice interno³⁰ – in qualsiasi forma pronunciate, purché idonee ad assumere autorità di *res iudicata* – da cui derivi in via diretta una violazione della CEDU, accertata dalla Corte EDU; violazione che deve aver prodotto un pregiudizio per un “diritto di stato della persona”, non adeguatamente ristorabile in forma generica con il riconoscimento dell’equa indennità *ex art. 41 CEDU*.

La “revocazione CEDU” è quindi congegnata per consentire una tutela in forma specifica dei cc.dd. “diritti irrisarcibili”, vale a dire quelle posizioni giuridiche soggettive – qualificabili, invero, anche alla stregua di interessi legittimi – che per loro natura non si prestano ad una compensazione per equivalente.

In quest’ottica, il legislatore ha posto un duplice limite operativo all’istituto *de quo* riferendosi alla categoria dei diritti di stato della persona la cui violazione non può essere compensata dalla *just satisfaction* riconosciuta ai sensi dell’art. 41 CEDU.

Un primo problema si pone nell’esatta delimitazione della nozione di “diritto di stato della persona”.

Occorre, in merito, chiedersi se vi rientrino tutte le situazioni giuridiche protette dalla CEDU oppure esclusivamente quelle che attengono ad uno *status personae*³¹.

La seconda opzione – che allo stato registra il maggior consenso in dottrina³² – limiterebbe così l’esperibilità del nuovo rimedio revocatorio ai soli

³⁰ È dubbia l’esperibilità del rimedio avverso le decisioni del giudice amministrativo passate in giudicato. In senso contrario, A. MONDINI, *op. cit.*, che valorizza la collocazione sistematica dell’art. 391 *quater* c.p.c. e l’argomento formale per cui l’art. 362 c.p.c. prevede la possibilità di impugnare per revocazione *ex art. 391 quater* c.p.c. le sole “decisioni dei giudici ordinari passate in giudicato”. Mostra invece una certa apertura la Relazione sugli effetti diretti e sulle implicazioni sistematiche che la riforma del processo civile, apprestata dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, reca al processo amministrativo del Consiglio di Stato, che valorizza, sul piano sostanziale, la collocazione istituzionale del Consiglio di Stato e la necessità di evitare *deficit* di tutela delle situazioni giuridiche attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo.

³¹ Imposta la questione in questi termini anche M. PAGNOTTA, *La nuova ipotesi di revocazione della sentenza civile*, in *Judicium*, 1° marzo 2023.

³² S. MENCHINI, *Osservazioni sulla revocazione per (accertate) violazioni della CEDU*, in *Judicium*, 14 aprile 2023.

casi in cui l'oggetto del giudicato interno anticonvenzionale sia uno *status* di famiglia o di cittadinanza.

Tale impostazione appare tuttavia criticabile ove si consideri l'esistenza di diverse situazioni giuridiche soggettive a contenuto non patrimoniale non adeguatamente ristorabili in forma generica³³. Se la *ratio* del nuovo istituto consiste nel garantire l'effettività della tutela giurisdizionale dei "diritti irrisarcibili", evitando al contempo la duplicazione dei ristori, appare irragionevole comprimere ai soli *status* il catalogo delle violazioni CEDU suscettibili di dar luogo a revocazione.

In questa prospettiva, l'ammissibilità della revocazione *ex art. 391 quater* c.p.c. appare subordinata esclusivamente alla verifica della natura non patrimoniale del diritto leso dalla violazione convenzionale e alla non adeguatezza del ristoro monetario offerto dalla Corte EDU ai sensi dell'art. 41 CEDU.

La questione, prospettata in questi termini, diviene ancor più complessa in quanto coinvolge l'analisi dei presupposti applicativi dell'art. 41 CEDU e, più in generale, l'atteggiamento che la Corte EDU vorrà assumere avuto riguardo alle nuove prospettive offerte dal diritto interno nell'ambito della fase discendente delle proprie pronunce.

Ai sensi dell'art. 41 CEDU, quando accerta una violazione convenzionale la Corte – su richiesta della parte – può accordare un'equa soddisfazione "se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione".

Alla luce del nuovo rimedio revocatorio di diritto interno, la Corte EDU ben potrebbe astenersi dal riconoscere l'equa soddisfazione, considerato che l'accertata violazione convenzionale potrà essere rimossa mediante il superamento del giudicato interno.

Viene così a configurarsi un sistema di tutela "a fisarmonica" dei "diritti irrisarcibili" a fronte di violazioni accertate della CEDU che vede il concorso della Corte EDU e del giudice nazionale in una prospettiva inedita di dialogo fra Corti.

Se la Corte EDU riterrà esistente un rimedio interno idoneo a rimuovere le conseguenze delle violazioni convenzionali non riconoscerà l'equa

³³ La Relazione illustrativa alla riforma chiarisce che il riferimento alle violazioni di un "diritto di stato della persona" trova spiegazione nel fatto che per tali diritti il rimedio risarcitorio, essendo finalizzato ad attribuire un'utilità economica alternativa, spesso si rivela non del tutto soddisfacente.

soddisfazione e, pertanto, l'unico strumento di tutela attivabile sarà la revocazione ex art. 391 *quater* c.p.c. Viceversa, maggiore sarà la tendenza della Corte EDU ad accordare l'equo indennizzo, più difficile sarà l'ammissibilità del rimedio revocatorio.

4. *I possibili impatti della riforma Cartabia sulle decisioni della Corte di giustizia*

Sin da quando il legislatore italiano, facendo seguito agli impulsi della Corte costituzionale, ha delegato il Governo ad introdurre il rimedio revocatorio per violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, attenta dottrina ha paventato l'ipotesi che ciò potesse far venire meno il rispetto del principio di equivalenza e, dunque, potesse rappresentare il presupposto per una decisione della Corte di giustizia che affermasse l'incompatibilità del diritto processuale nazionale con il diritto UE nella parte in cui non prevede analogo rimedio ove vengano in rilievo situazioni giuridiche di diritto dell'Unione europea³⁴.

A giudizio di chi scrive, una simile ipotesi, alla luce del testo adottato dal legislatore delegato, risulta concreta non solo (e non tanto) per i risvolti che la stessa può avere sul rispetto del principio di equivalenza ma anche (e soprattutto) in ragione delle conseguenze che la novella comporta in merito all'effettività della tutela per equivalente.

Quanto al principio di equivalenza, è indubbio che la riforma produca l'effetto di garantire alla tutela dei diritti derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo un livello di protezione ulteriore rispetto a quello garantito ai diritti derivanti da norme unionali.

Invero, laddove l'errore del giudice nazionale di ultima istanza sul diritto dell'Unione è (salve le eccezioni dette) sostanzialmente insuperabile, lo strumento previsto dal nuovo art. 391 *quater* c.p.c. garantisce la rimediabilità delle violazioni della Convenzione EDU³⁵.

³⁴ Si veda, P. IANNUCELLI, *La sentenza Randstad, ovvero la Corte di giustizia si accontenta (apparentemente) di fare l'arbitro in casa sua*, in *BlogDUE*, 9 febbraio 2022; in senso contrario, C. SCHEPISI, *Il tormentato rapporto tra il Consiglio di Stato e la Corte di giustizia e la revocazione per contrasto con il diritto dell'Unione (brevi riflessioni a margine della sentenza Hoffmann-La Roche)*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 33, 8 novembre 2022.

³⁵ B. NASCIBENE, P. PIVA, *Rinvio pregiudiziale e garanzie giurisdizionali effettive. Un*

Tuttavia, in considerazione di quanto detto al par. 2 del presente contributo, tali circostanze potrebbero non essere sufficienti, per la Corte di giustizia, a considerare leso il principio di equivalenza.

Deve ribadirsi, sul punto, che il presupposto del *test* di equivalenza è che situazioni analoghe siano trattate in modo diverso.

A tale proposito, occorre riconoscere come il sistema di tutela dei diritti CEDU, per come definito nella Convenzione, presenta significative divergenze rispetto all'ordinamento UE che, seguendo l'approccio della Corte di giustizia, potrebbero giustificare il trattamento diversificato introdotto dalla riforma Cartabia.

Invero, chi ritenga che un giudice nazionale abbia male interpretato le norme della Convenzione EDU non ha altra possibilità che attendere che la decisione controversa divenga definitiva per eccepire la violazione commessa dallo Stato innanzi ai giudici di Strasburgo³⁶.

Da ciò consegue che, in assenza del rimedio revocatorio, le sentenze della CEDU rischierebbero di rimanere prive di effettiva utilità (ciò, del resto, è la ragione dei rilievi mossi dalla Corte costituzionale al sistema processuale interno).

Al contrario, nel diritto dell'Unione, l'art. 267 TFUE, permette di adire la Corte di giustizia in via pregiudiziale, consentendo così di anticipare la tutela al fine di ridurre al minimo il rischio che possa formarsi il giudicato su pronunce difformi da quanto previsto dalle norme di diritto dell'Unione europea³⁷.

Proprio alla luce di simili considerazioni, la Corte di giustizia, ha avuto modo di precisare che il codice di procedura penale austriaco non viola il principio di equivalenza laddove consente la ripetizione del processo in caso di contrasto tra le decisioni del giudice penale divenute definitive e successive decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo (e non in caso di accertata violazione dei diritti fondamentali sanciti dal diritto dell'Unione)³⁸.

confronto fra diritto dell'Unione e diritto nazionale. Commento all'ordinanza n. 2327/2021 del Consiglio di Stato, in Giustizia insieme, 30 luglio 2021.

³⁶ Ai sensi dell'art. 35 CEDU, la Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne.

³⁷ Si veda sul punto A. TURMO, *La efectividad del derecho de la Unión europea como motivo de protección de la cosa juzgada nacional: nota sobre la sentencia de 24 de octubre de 2018, xc y otros*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2019.

³⁸ Sentenza della Corte del 24 ottobre 2018, causa C-234/17, XC. Si veda, sul punto, A. RUGGERI, *Colpi di fioretto della Corte dell'Unione al corpo della Consulta, dopo la 269 del 2017*

Nel dettaglio, la Corte osserva che “il requisito che figura all’articolo 35, paragrafo 1, della CEDU, secondo cui la Corte europea dei diritti dell’uomo può essere adita solo previo esaurimento delle vie di ricorso interne, implica l’esistenza di una decisione pronunciata dal giudice nazionale di ultimo grado e munita di autorità di cosa giudicata” e che, pertanto, “è proprio al fine di tener conto di questa situazione e di garantire l’applicazione delle sentenze pronunciate dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento giuridico interno che è stata istituita la procedura prevista all’articolo 363 del codice di procedura penale, che consente la ripetizione di un procedimento penale concluso con una decisione giurisdizionale avente efficacia di giudicato”.

Sul punto, i giudici di Lussemburgo precisano che il sistema di tutela dei diritti previsto dall’ordinamento dell’Unione, differentemente da quello derivante dalla CEDU, è congegnato in maniera tale da assicurare “a qualsiasi individuo la possibilità di ottenere la tutela effettiva dei diritti che ad esso sono conferiti (...) prima ancora che intervenga una decisione nazionale avente autorità di cosa giudicata”.

Appare evidente, dunque, come, a giudizio della CGUE, i meccanismi di tutela giurisdizionale previsti dal diritto dell’Unione e quelli previsti dalla CEDU siano distanti al tal punto da non rendere comparabili, in termini di equivalenza, gli istituti processuali di diritto interno volti a garantirne la rispettiva effettività.

In considerazione di quanto sopra, appare difficile sostenere che l’introduzione del rimedio revocatorio previsto dalla riforma Cartabia -in assenza di elementi ulteriori - possa portare la Corte a ripensare sostanzialmente le posizioni assunte con la pronuncia *Hoffman La Roche* quanto al perdurante rispetto del principio di equivalenza da parte dell’ordinamento nazionale³⁹.

Ciò, tuttavia, non esaurisce del tutto l’indagine proposta con il presente contributo.

Deve ribadirsi, a tal proposito, che dalla pronuncia *Hoffman La Roche* emerge come l’insuperabilità del giudicato del giudice amministrativo anche a fronte di violazioni manifeste del diritto dell’Unione trovi un bilanciamento nella possibilità, per i singoli, di agire in via risarcitoria.

(a prima lettura della sentenza della Grande Sez., 24 ottobre 2018, C234/17, XC, YB e ZA c. Austria), in *Rivista di diritti comparati*, n. 3, 2018.

³⁹ Sulla difficoltà di superare gli indirizzi formulati negli ultimi anni si veda R. BARATTA, *op. cit.*

Ebbene, non può dubitarsi del fatto che tale impostazione venga messa in crisi dal fatto che il legislatore italiano abbia individuato un perimetro (pur notevolmente circoscritto) di situazioni giuridiche soggettive rispetto alle quali la tutela per equivalente potrebbe essere, nella sostanza, del tutto inidonea a ristorare eventuali lesioni intervenute.

Ciò potrebbe fondare, come si dirà meglio nelle conclusioni, nuovi rinvii pregiudiziali che riguardino specificatamente casi in cui la violazione da parte del giudice di ultima istanza del diritto dell'Unione abbia irrimediabilmente pregiudicato diritti di stato della persona.

A fronte di simili rinvii, ove correttamente circostanziati, la Corte di giustizia potrebbe cogliere l'occasione per un parziale ripensamento delle proprie posizioni con l'obiettivo di rendere sempre rimediabili gli errori dei giudici nazionali, nel caso in cui riguardino le specifiche situazioni giuridiche soggettive di cui si è detto sopra.

Se è vero, infatti, che la possibilità di ottenere una tutela per equivalente nel caso in cui un giudice nazionale violi le norme europee rappresenta, come affermato nella pronuncia *Köbler*, uno dei presidi posti dall'ordinamento a garanzia della "piena efficacia" del diritto dell'Unione, allora appare ragionevole ipotizzare che la Corte possa ritenere recessivo l'interesse alla tutela della cosa giudicata rispetto alla lesione di situazioni giuridiche che lo stesso legislatore nazionale reputa "irrisarcibili".

La possibilità di nuovi rinvii pregiudiziali che portino al risultato di cui sopra, peraltro, sembrerebbe in linea con le recenti tendenze del giudice amministrativo che, probabilmente spaventato da un eccessivo fiorire di cause per responsabilità, cerca sempre più, sia nel diritto europeo che nel diritto interno, una sponda per rinnovare il proprio diritto processuale e garantire, in ogni caso, la riparabilità delle proprie sviste.

In tale contesto, da ultimo, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha provato ad ottenere dall'Adunanza Plenaria le risposte che la Corte di giustizia, con la pronuncia *Hoffmann-La Roche*, le aveva negato⁴⁰.

Nell'ordinanza di rimessione, nel dettaglio, la Quinta Sezione prendeva atto dei principi espressi dalla Corte di giustizia ma, allo stesso tempo, rilevava come, gli stessi "portano a ritenere che ogni vicenda giudiziaria che si sia definitivamente conclusa, in virtù dell'esaurimento dei rimedi interni con un

⁴⁰ Ordinanza del Consiglio di Stato, sez. V, del 3 ottobre 2022, n. 8436.

assetto di interessi contrastante con il diritto dell'Unione europea è suscettibile di innescare un correlato e complementare giudizio nel quale discutere della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea" con la conseguenza che (irragionevolmente) "da una parte è preclusa la possibilità di emendare il vizio consistente nella violazione del diritto dell'Unione europea attraverso un rimedio di sicura efficacia e rapidità quale il rimedio revocatorio (da esperirsi in unico grado dinanzi allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza) e, dall'altra, è ammessa l'introduzione di un giudizio risarcitorio, che per l'articolazione nei gradi ordinari è destinato in ogni caso a svilupparsi in un arco temporale più lungo con l'esito incerto dovuto all'accertamento delle condizioni per accedere al risarcimento"⁴¹.

A fini di coerenza ordinamentale, dunque, la Quinta Sezione ha chiesto all'Adunanza Plenaria di chiarire se e a quali condizioni possa ritenersi ammissibile la domanda di revocazione di una sentenza qualora il sia stato omesso un doveroso rinvio pregiudiziale.

L'Adunanza Plenaria, con la recentissima pronuncia n. 13 del 19 aprile 2023, ha disatteso le aspettative e si è limitata a rimettere gli atti alla Quinta Sezione osservando che il ricorso per revocazione in questione aveva presupposti ulteriori rispetto alla violazione del diritto dell'Unione e che, prima di sollevare la questione, il giudice della rimessione avrebbe dovuto scrutinarle.

La pronuncia dell'Adunanza Plenaria, in ogni caso, non pare affatto risolutiva e, al contrario, testimonia il fermento del giudice amministrativo che, verosimilmente, potrebbe servirsi delle recenti novità normative per riproporre le proprie ragioni sia in sede nazionale che in sede europea.

5. Conclusioni

Come anticipato in premessa, l'obiettivo che il presente contributo si era prefissato era quello di verificare se, alla luce delle novità normative, fosse ipotizzabile un ripensamento delle conclusioni cui era giunta la Corte di giustizia nella nota pronuncia *Hoffmann-La Roche*.

⁴¹ M. MAGRI, *Rifiuto di rinvio pregiudiziale per travisamento dell'istanza di parte: revocazione della sentenza o "semplice" obbligo del giudice amministrativo di risarcire il danno? (Consiglio di stato, ordinanza 3 ottobre 2022, n. 8436, rimessione all'adunanza plenaria)*, in *Giustizia insieme*, 15 dicembre 2022.

Alla luce di quanto esposto al paragrafo precedente, la risposta al quesito posto può considerarsi parzialmente positiva.

È vero, infatti, che, alla luce dei precedenti menzionati, non pare sostenibile che il nuovo art. 391 *quater* c.p.c. violi il principio di equivalenza.

Allo stesso tempo, tuttavia, il riconoscimento, da parte del legislatore italiano, dell'esistenza di alcune situazioni giuridiche soggettive la cui violazione non è ristorabile tramite una tutela per equivalente, potrebbe portare i giudici di Lussemburgo (ove - come si immagina - dovessero essere interpellati nuovamente sul punto) a riflettere sull'opportunità di un intervento più deciso di quelli pregressi.

La CGUE potrebbe, in particolare, riconoscere l'incompatibilità del diritto processuale nazionale con il diritto europeo nella parte in cui non consente la revocabilità di sentenze in contrasto con il diritto dell'Unione anche qualora vengano lesi diritti di stato della persona⁴².

Tali situazioni giuridiche, tuttavia, pur volendo aderire alle soluzioni più estensive proposte al par. 3 del presente contributo, riguardano solo una porzione minoritaria dei casi in cui i giudici nazionali vengono investiti di questioni afferenti al diritto dell'Unione.

Per tale ragione, ancora una volta, resta da sperare che una soluzione venga adottata a livello nazionale.

Quanto sopra, potrebbe avvenire o con un nuovo intervento della Corte costituzionale che (analogamente a quanto fatto in passato) inviti il legislatore nazionale a prevedere un ulteriore caso di revocazione o, più auspicabilmente, direttamente per mano del legislatore.

Potrebbe anche immaginarsi che la Consulta provveda direttamente in luogo del legislatore ad estendere la disciplina introdotta dalla riforma Cartabia anche ai casi di contrasto fra il giudicato interno e l'interpretazione resa dalla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale.

Tanto richiederebbe un approccio a rime obbligate⁴³ al problema dell'effettività della tutela giurisdizionale del diritto UE? La sensazione è che ci

⁴² Ciò, nella specie, potrebbe avvenire rispetto a casi, analoghi a quelli trattati nella sentenza *Hoffmann-La Roche*, cit., in cui il giudice del rinvio abbia disatteso i principi espressi dalla CGUE in sede pregiudiziale.

⁴³ Tale espressione si deve a V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale fra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, p. 84 ss.

troviamo (nuovamente) al cospetto di un caso di doppia pregiudizialità⁴⁴ con riferimento alla disciplina interna in materia di revocazione⁴⁵.

⁴⁴ Fra la numerosa letteratura in argomento, C. AMALFITANO, L. CECCHETTI, *Sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: l'approccio della Corte di giustizi dell'Unione europea*, in *rivista.eurojus.it*, n. 2, 2022; G. SCACCIA, *Sindacato accentrato di costituzionalità vs diretta applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Forum di quaderni costituzionali*, n. 3, 2021; G. SCACCIA, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: dalla Carta dei diritti all'accentramento del controllo sul diritto dell'Unione self-executing?*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, 2020; F. SPITALERI, *Doppia pregiudizialità e concorso dei rimedi per la tutela dei diritti fondamentali in Il diritto dell'Unione europea*, n. 4, 2019; G. TESAURO, *Relazione tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, relazione tenuta in occasione del convegno *Applicazione della Convenzione europea dei diritti umani come diritto comunitario*, Bruxelles, 25 maggio 2012.

⁴⁵ Potrebbe, infatti, dedursi la violazione contemporanea degli artt. 3, 111 e 117 Cost., nonché dell'art. 52 della CDFUE.

LA TASK FORCE MIGRATION AND MANAGEMENT
DELLA COMMISSIONE EUROPEA: UN NUOVO ATTORE
NEL CONTROLLO DELL'ATTUAZIONE DEL DIRITTO UE?

Marcella Cometti*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Istituzione e struttura della Task Force Migration and Management. – 3. Le originarie competenze della Task Force: coordinamento e implementazione congiunta. – 4. Funzione di monitoraggio e dialogo informale con lo Stato membro – 5. Ripercussioni sul ruolo della Commissione quale “guardiana dei Trattati”. – 6. Brevi conclusioni.

1. *Introduzione*

Osservare da vicino la composizione e le competenze della Task Force Migration and Management (in seguito TF), istituita a settembre del 2020 in seno alla Direzione Generale Migrazione e Affari Interni (in seguito DG HOME o semplicemente DG), permette di svolgere alcune riflessioni, di più ampio respiro, su alcune modalità e strumenti attualmente utilizzati dalla Commissione europea per assicurare la conformità della normativa e prassi nazionale al diritto dell'UE.

Da un lato, infatti, la TF può essere raffigurata quale laboratorio per sperimentare nuove modalità di sussidiarietà dell'attuazione del diritto UE, rappresentando, quindi, uno strumento per sostenere l'atteggiamento deflattivo della Commissione in materia di infrazioni¹; dall'altro, tuttavia, questa entità

* Dottoranda in Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali, Università degli Studi di Ferrara. Desidero ringraziare il Prof. Jacopo Alberti per i preziosi suggerimenti e spunti. Ogni errore o inesattezza rimane mia responsabilità.

¹ C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *La procedura di infrazione dieci anni dopo Lisbona*, in *federalismi.it*, n. 19, 2020, p. 243; E. CHITI, *The Governance of Compliance*, in M. CREMONA (a cura di), *Compliance and the Enforcement of EU Law*, Oxford, 2012, p. 31 ss.; R. ADAM, *Una nuova Comunicazione della Commissione in materia di rispetto del diritto dell'Unione: “risultati migliori attraverso una migliore applicazione”, ma con minor controllo?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, giugno 2017.

potrebbe, rispecchiare nuovi sviluppi dei meccanismi di *enforcement* centralizzato del diritto dell'UE andando ad affiancare o sostituire, ad esempio, il meccanismo dell'*EU Pilot*. Pur potendosi evidenziare alcuni elementi che fanno propendere più per l'una che per l'altra "via" e che aprono ad una serie di profili problematici che incidono su istituti ben consolidati (par. 5), data la recente istituzione della TF, le scarse informazioni a disposizione² e l'opacità che aleggia attorno sia alle funzioni che alla struttura della TF – non riconducibile solo ad una semplice articolazione della Commissione bensì ad un "corpo" più ibrido al cui interno si trovano anche esperti nazionali distaccati – il contributo mira innanzitutto a darne contorni più definiti. Dopo una descrizione della compagine (par. 2) e delle funzioni di coordinamento e implementazione congiunta chiaramente attribuite alla TF (par. 3), verrà illustrato il ruolo che, in termini meno trasparenti, essa svolge relativamente al monitoraggio e controllo dell'applicazione del diritto UE (par. 4).

2. *Istituzione e struttura della Task Force Migration and Management*

Il 23 settembre 2020, con un comunicato stampa e sulla base di una decisione amministrativa presa dal suo collegio, la Commissione annunciava la creazione di una Task Force per risolvere la situazione emergenziale venutasi a creare a Lesbo a seguito dell'incendio che, nella notte tra l'8 e il 9 settembre, devastò l'hotspot di Moria³.

Istituita presso la DG HOME per una durata prevista (e largamente superata) di due anni⁴, la TF è guidata da una vicedirettrice della stessa DG che si dedica esclusivamente a questo ruolo⁵.

² Le informazioni relative la TF presenti nel contributo derivano, per lo più, da svariate richieste di accesso agli atti effettuate tra aprile 2022 e aprile 2023.

³ Comunicato stampa della Commissione europea, in www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1728; minutes of the 2350th meeting of the Commission held in Brussels on 23 September 2020, p. 16, in [www.ec.europa.eu/transparency/documentsregister/detail?ref=PV\(2020\)2350&lang=en](http://www.ec.europa.eu/transparency/documentsregister/detail?ref=PV(2020)2350&lang=en).

⁴ Minutes of the 2350th meeting of the Commission, cit., p. 15.

⁵ Minutes of the 2350th meeting of the Commission, cit., p. 15. Si veda anche sito della Commissione europea: www.commission.europa.eu/persons/beate-gminder_en e risposta della Commissione ad una richiesta accesso agli atti inviata dall'A.: "in September 2020, a Deputy

Pur essendo un'articolazione interna alla Commissione, la TF non presenta una struttura classica né tantomeno chiara e la sua composizione non è desumibile da atti facilmente accessibili al pubblico. Infatti, seppur per dichiarazione della stessa Commissione la TF non costituisce un gruppo separato o una specifica unità della Commissione⁶, la sua esistenza sembra essere confermata dalla corrispondenza via e-mail tra la Commissione e le autorità greche su questioni relative la procedura di asilo in Grecia e firmata dal personale della prima come "HOME.01 Migration Management Coordination *unit*"⁷. L'organigramma della DG HOME del dicembre 2022, inoltre, include la TF all'interno dell'ufficio della vicedirettrice Gminder.

La TF è supportata da dieci-dodici membri – nulla nella disciplina vigente e nella prassi applicativa cui è possibile avere accesso permette di capire i motivi di tale flessibilità – presenti in Grecia, alcuni ad Atene e altri sulle isole, di cui circa la metà sono esperti nazionali distaccati⁸. Dopo la creazione della TF, infatti, gli Stati membri sono stati invitati ad inviare personale di supporto, sia presso la sede della DG HOME a Bruxelles, sia in Grecia⁹. La richiesta della Commissione di distaccare "personale nazionale" presso la TF richiama il modello già consolidato con altre Task Force quali la *Single Market Enforcement* Task Force (SMET) composta da personale della Commissione e *contact points* nominati dagli Stati membri in rappresentanza delle competenti autorità nazionali¹⁰.

Descritta dalla Commissione come una struttura innovativa all'interno della DG HOME, la TF lavora con un approccio a matrice, attingendo sia a risorse interne alla DG sia a "colleagues across the relevant units (policy, operational, financial) and cooperates closely with all other Commission services involved"¹¹.

Director-General function was created in the Directorate-General for Migration and Home Affairs, which assumed the role of Head of Task Force Migration Management".

⁶ Report on (i) the inspection of the European Commission's documents and (ii) the meeting of the European Ombudsman inquiry team with representatives of the European Commission (d'ora in avanti "Report"), Mediatrice europea, caso OI/3/2022 MHZ, para. 4 e 8.

⁷ RSA&HIAS Submission to the European Ombudsman Strategic Inquiry OI/3/2022 MHZ, *The Role of the European Commission in the Implementation of the EU Asylum Acquis on the Greek Islands*, January 2023.

⁸ Report, Mediatrice europea, caso OI/3/2022 MHZ, cit., para. 6.

⁹ Risposta della Commissione a seguito di richiesta di accesso agli atti da parte dell'A.

¹⁰ Per approfondimenti si veda: www.single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/single-market-enforcement-taskforce.it.

¹¹ Risposta della Commissione a seguito di richiesta di accesso agli atti da parte dell'A.

Questa entità, quindi, seppur formalmente interna alla Commissione di per sé rappresenta una nuova piattaforma caratterizzata dalla commistione di influenze nazionali ed europee; e se ciò ben si può comprendere per la finalità di raggiungere obiettivi che non rientrano esclusivamente nelle competenze dell'uno o dell'altro livello di regolazione, al tempo stesso solleva qualche perplessità, in ragione del rischio di conflitto di interessi tra soggetto controllato e controllante.

3. *Le originarie competenze della Task Force: coordinamento e implementazione congiunta*

Prima di analizzare nel dettaglio le funzioni (e le disfunzioni) della TF, tuttavia, è opportuno anticipare che le stesse hanno visto, negli anni, un ampliamento sia in termini di finalità sia relativamente l'oggetto dell'attività e che, in ambo i casi, tale estensione è avvenuta *de facto*, in assenza di una parallela estensione *de iure* del mandato dell'organismo.

Per quanto riguarda l'ampliamento dell'oggetto, istituita per migliorare la situazione relativa l'accoglienza di persone migranti sull'isola di Lesbo in modo duraturo – quindi con un oggetto limitato anche “geograficamente” – con il passare del tempo la TF ha iniziato ad occuparsi di questioni attinenti, più genericamente, i diversi ostacoli che limita(va)no l'effettività delle norme di diritto UE in Grecia – come, ad esempio, problemi relativi la “bad implementation of the Asylum Procedure Directive”¹² o le accuse di respingimenti rivolte alla guardia di costiera e frontiera ellenica¹³. Il contenuto della sua attività, inoltre, sembra essersi ulteriormente esteso al di là dei confini ellenici

¹² Tra molti: risposta della Commissione europea alla denuncia individuale presentata da HIAS il 31 luglio 2021 CHAP (2021) 04; alla denuncia individuale presentata da RSA il 07 giugno 2021 CHAP (2021) 02261; alla denuncia individuale presentata da RSA il 07 giugno 2021 CHAP (2021) 02265: “(...) Finally, the issues relating to bad implementation of the Asylum Procedure Directive are being addressed in the ongoing dialogue between the Commission's TF for Migration and Management and the Greek authorities”.

¹³ Mission to Greece 22-26 February 2021 (Lesvos-Athens) Operational Conclusions, Ares (2021)1628499: “Pushback allegations (Meeting with the Greek Ombudsman). The Greek Ombudsman confirmed that they have an investigation ongoing since June 2017 based on several complaints. (...) As they have a quasi-disciplinary role towards the police, he could only share some general findings with us at this stage. He however alluded that some complainants would

dato che, attualmente, la TF monitora anche le operazioni in altri Paesi come Spagna, Malta, Italia, Cipro, Polonia, Repubblica Ceca, Repubblica Slovacca, Ungheria e Romania¹⁴.

Con riferimento, invece, all'espansione delle finalità, originariamente alla TF sono state (più o meno chiaramente) attribuite funzioni che riguardano il coordinamento tra autorità greche, le diverse unità della Commissione coinvolte di volta in volta e le pertinenti Agenzie dell'UE¹⁵ e attività di *joint implementation* con le autorità nazionali per un progetto pilota volto alla costruzione di un nuovo centro di accoglienza (MPRIC o CCAC secondo l'acronimo inglese)¹⁶ sull'isola di Lesbo.

Nel panorama delle Task Force istituite dalla Commissione, queste attività non presentano elementi di particolare innovazione. L'esempio più simile in tal senso è la Task Force Regionale, creata dalla Commissione nel 2015. Così come la TF è stata pensata in corrispondenza alla creazione dei MPRIC nelle isole dell'Egeo orientale e come risvolto del principio di "solidarity in action"¹⁷, la Commissione, nel quadro dell'Agenda europea sulla migrazione del

have told that border police involved in pushbacks was not speaking Greek. Commission to check timing of Frontex deployment at land border". Mission Report, Mission to Athens 25-28 November 2021, Ares (2021) 6697895, cit.: "Pushback allegations (...). In his letter to Commissioner Johansson (22/11), Minister of State Gerapetritis outlined the competences of the National Transparency Authority (NTA) to conduct independent and transparent investigations and informs of the government's request to the Governor of the NTA to pay particular attention to alleged pushback incident and proceed to treatment and reporting of cases. (...) The following conclusions on the way forward were drawn: 1.NTA will provide COM with a detailed presentation of its Guide for Complaints Management, which was briefly presented during the visit (by December 20th, 2021) (...) 3. NTA will reach out to other relevant stakeholders such as the Fundamental Rights Officer of Frontex in order to explore the option on whether they could establish a more formal channel of communication (by Q1 2022)". Documenti in possesso dell'A. a seguito di richiesta di accesso agli atti. Si veda anche nota n. 85.

¹⁴ Report, Mediatrice europea, caso OI/3/2022 MHZ, cit., para. 8.

¹⁵ *Ibidem*, para. 4 e para. 8. Minutes of the 2350th meeting of the Commission, cit., p. 15.

¹⁶ "In EU documents, the centres are referred to as 'Multi-Purpose Reception and Identification Centres (MPRIC)', while the Greek government has officially chosen the term CCAC ('Closed Controlled Access Centres')", in www.rsagean.org/en/ccac-aegean-islands-greece/.

¹⁷ Annex to the Commission Decision C (2020) 8657 fin., of 2 December 2020, approving the Memorandum of Understanding between the European Commission, European Asylum Support Office, the European Border and Coast Guard Agency, Europol and the Fundamental Rights Agency, of the one part, and the Government of Hellenic Republic, of the other part, on

2015¹⁸, presentò la Task Force Regionale come “another tangible example of European solidarity for a country which is at the frontline of the crisis”¹⁹.

Con sede ad Atene e Catania²⁰, la Task Force Regionale era stata concepita quale centro di coordinamento tra i differenti gruppi di esperti coinvolti nella gestione degli hotspot per una reciproca condivisione e scambio informazioni, cui distaccare i rappresentanti degli Stati membri. In tal modo si garantiva una stretta interazione tra gli attori nazionali e i rappresentanti dell’UE nonché il miglioramento dei rapporti con attori internazionali quali OIM e UNHCR²¹.

Il personale di entrambi gli uffici della Task Force Regionale era composto da funzionari della Commissione europea e delle Agenzie dell’UE coinvolte nella gestione degli hotspot (Frontex, EASO, Europol, Eurojust, FRA) e da autorità nazionali (la Guardia costiera ellenica e italiana, la Guardia di Finanza e personale della Prefettura)²².

Ulteriore elemento di similitudine tra queste due entità riguarda la mancata trasparenza relativamente il loro ruolo, la struttura e le loro responsabilità²³; manca, infatti, una chiara cornice giuridica e operano entrambe secondo

a Joint Pilot for the establishment of a new Multi-Purpose Reception and Identification Centre in Lesvos, p. 2.

¹⁸ Allegato II della comunicazione della Commissione COM (2015) 490final, del 23 settembre 2015, Gestire la crisi dei rifugiati: misure operative, finanziarie e giuridiche immediate nel quadro dell’agenda europea sulla migrazione, ove si afferma: “In ogni Stato membro ospitante vi è una sede operativa congiunta che riunisce rappresentanti delle tre agenzie (la task force regionale dell’Unione europea, EURTF), con il compito di coordinare l’intervento delle squadre di sostegno presso i punti di crisi e assicurare una stretta collaborazione con le autorità nazionali dello Stato membro ospitante”.

¹⁹ Remarks by Commissioner Avramopoulos after the opening ceremony of the new premises of the EURTF, Catania, 27 April 2016, www.avramopoulos.gr/en/content/remarks-commissioner-avramopoulos-after-opening-ceremony-new-premises-european-regional-task-force-eurtf-catania.

²⁰ Frontex, Press Release, 27 April 2016, EURTF office in Catania inaugurated; ECRE, *The implementation of the hotspot in Italy and Greece, A Study*, p. 37, www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/12/HOTSPOTS-Report-5.12.2016.pdf.

²¹ Ministero dell’interno, Dipartimento pubblica sicurezza, www.documenti.camera.it/_dati/leg17/lavori/documentiparlamentari/indiceetesti/038/004v01/00000043.pdf.

²² ECRE, cit., p. 37. Relazione Speciale 2017 n. 6 della Corte dei conti europea par. 63, www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR17_6/SR_MIGRATION_HOTSPOTS_IT.pdf.

²³ Relazione Speciale 2017 n. 6 della Corte dei conti europea, cit.: “Il ruolo della task force nel quadro del sistema basato sui punti di crisi, però, non è definito in modo molto chiaro (...).

termini di cooperazione e regole procedurali non accessibili al pubblico²⁴. Anche l'apposita sezione del sito della Commissione europea dedicata alla TF²⁵ non aiuta a portare chiarezza, tant'è che la Mediatrice europea, recentemente, in un caso aperto d'ufficio, ha interrogato la Commissione sugli "exact duties" della TF in Grecia relativamente ai MPRIC. A valle della risposta ricevuta dall'istituzione, la Mediatrice ha aperto una consultazione con alcune organizzazioni non governative operanti in Grecia, le quali hanno rimarcato come non vi siano informazioni accessibili e ufficiali riguardanti le attività della TF in Grecia e che vi è, in generale, una mancanza di chiarezza sugli obiettivi, il mandato e profili di responsabilità della stessa²⁶. La questione sembra affliggere in egual modo anche altre Task Force che sono state istituite per altre politiche dell'UE quali la SMET²⁷ e la Task Force sull'uguaglianza.

Accanto ad attività di coordinamento, questa nuova entità permette di rendere operativa una gestione congiunta – tra la Commissione, le agenzie dell'UE, le organizzazioni internazionali interessate e le autorità greche – del nuovo centro di accoglienza per migranti a Lesbo (MPRIC), che dovrebbe

Raccomandazione 4 – Ruoli e responsabilità nel sistema basato sui punti di crisi. La Commissione, insieme alle Agenzie dell'UE e alle autorità nazionali, dovrebbe definire in modo maggiormente chiaro il ruolo, la struttura e le responsabilità della task force regionale dell'UE nel sistema basato sui punti di crisi”.

²⁴ C. ZIEBRITZKI, *Refugee Camps at EU External Borders, the Question of the EU's Responsibility, and the Potential of EU Public Liability Law*, in *verfassungsblog.de*, 5 February 2020.

²⁵ www.home-affairs.ec.europa.eu/policies/migration-and-asylum/migration-management/about-task-force-migration-management_en.

²⁶ GRC, OXFAM, *Greek Council for Refugees & Oxfam International Submission, Inquiry on Fundamental Rights in the EU-funded Migration Facilities on the Greek Islands Case OI/3/2022/MHZ*, p. 9.

²⁷ "SMET members also briefly discussed the need for more transparency on its work and the results achieved", in www.single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/single-market-enforcement-taskforce_it; interrogazione parlamentare con richiesta di risposta scritta E-005571/2020 alla Commissione: "gli interroganti non conoscono gli esiti della prima riunione né sanno se la task force si sia riunita ancora, dato che non ci sono informazioni al riguardo sul sito web della Commissione. Pertanto, può la Commissione rispondere ai seguenti quesiti: 1. intende pubblicare una pagina web contenente tutte le informazioni pertinenti relative alla task force sull'uguaglianza, che indichi anche, ma non soltanto, i suoi membri, i metodi di lavoro, il programma di lavoro e il verbale delle riunioni finora tenutesi? In caso affermativo, quando sarà disponibile? (...)".

sostituire l'attuale struttura temporanea (c.d. *Mavrovouni camp*) costruita a seguito dell'incendio dell'hotspot di Moria²⁸. Grazie all'istituzione di questa TF, quindi, l'Unione ha messo in atto un "pilot project for the joint implementation" di un nuovo centro di "accoglienza" subordinandolo alla redazione di un protocollo d'intesa²⁹.

Infatti, il 3 dicembre 2020, la Commissione, assieme all'Agenzia dell'UE per l'asilo³⁰, all'Agenzia dell'UE per i diritti fondamentali³¹, alla Guardia di frontiera e costiera europea³² ed Europol³³, firmava un *Memorandum of Understanding* (MoU) con il governo greco³⁴. Il MoU definisce i compiti e le responsabilità di ciascun attore coinvolto nella costruzione e gestione del nuovo MPRIC e la cornice entro cui la Commissione e le Agenzie dell'UE cooperano con le autorità greche permettendo, così, all'UE di avere "a hand in the management"³⁵. Ricadute pratiche di questa attività congiunta comportano, ad esempio, che la TF e i partner lavorino per un "winterisation plan" adeguato con riguardo al campo temporaneo di *Mavrovouni* o per identificare un luogo adeguato alla costruzione del nuovo MPRIC, poiché "from now on, everything re[garding] Lesbos should be jointly decided through the TF (no more uncoordinated, one-sided actions)"³⁶.

Ampliando la prospettiva, questo progetto pilota si situa nell'ambito delle proposte introdotte dalla Commissione con il Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo. Come già sta accadendo per la costruzione dei nuovi MPRIC nelle isole

²⁸ www.home-affairs.ec.europa.eu/pages/page/construction-new-receptioncentres_en.

²⁹ Minutes of the 2350th meeting of the Commission, cit., p. 16 e p. 24.

³⁰ Regolamento (UE) n. 2021/2303 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 2021, relativo all'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo e che abroga il regolamento (UE) n. 439/2010.

³¹ Regolamento (CE) n. 168/2007 del Consiglio, del 15 febbraio 2007, che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali.

³² Regolamento (UE) 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2019, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea (É).

³³ Regolamento (UE) 2016/794 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione nell'attività di contrasto (Europol) (É).

³⁴ Annex to the Commission Decision C (2020) 8657fin., cit.

³⁵ Minutes of the Commission's meeting, cit., p. 16.

³⁶ Outcomes of the visit to Athens 12-13 October 2020, Ref. Ares (2021) 1132221. Documento in possesso dell'A. a seguito di richiesta di accesso agli atti.

dell'Egeo orientale, in futuro, i fondi dell'UE potrebbero essere utilizzati per la creazione di centri di accoglienza in co-gestione non solo in altre parti della Grecia ma anche in altri Stati membri dell'UE³⁷.

4. *Funzione di monitoraggio e dialogo informale con lo Stato membro*

D'altro canto, la TF non permette solo la sperimentazione di modelli di cooperazione e integrazione rafforzata in tema di strutture di accoglienza alle frontiere esterne dell'UE: già da ottobre 2020, l'oggetto della sua attività risulta molto più esteso comprendendo, ad esempio, il monitoraggio di questioni relative le procedure di asilo, la gestione dei flussi migratori sulle isole e sulla terraferma, l'attuazione di misure nazionali relative l'integrazione delle persone migranti e la gestione dei fondi UE da parte delle autorità nazionali³⁸.

Infatti, accanto alle attività di coordinamento e implementazione congiunta *supra* descritte, la TF, con modalità poco trasparenti, ha assunto un ruolo determinante in termini di monitoraggio e controllo dell'applicazione del diritto UE in materia di asilo e migrazione in Grecia. Ciò risulta dalle dichiarazioni della Commissione alla Mediatrice europea rese nel caso OI/3/2022/MHZ, dai verbali degli incontri mensili a cui partecipano il personale della TF, delle Agenzie dell'UE competenti in materia e le autorità greche³⁹ e dai riscontri dati dalla Commissione a denunce individuali presentate da organizzazioni della società civile⁴⁰.

³⁷ Mission Report to Athens 25-28 November 2021, cit.: "The Vice President underlined that the opening of the centres in Kos and Leros, the construction of which was carried out with 100% European funding, marks a new chapter in the management of migration at our common European borders and a prime example of the new European policy on migration and asylum". Corrispondenza dell'11 luglio 2022, Mediatrice europea, caso OI/3/2022 MHZ, cit.

³⁸ Di questo la Commissione dà atto, recentemente, in una sua risposta ad un'interrogazione parlamentare, E-3978/2022: "1. The Commission supports Greece to *develop and implement migration management, asylum and reception systems in line with the EU acquis*, through staff deployed on the ground, while ensuring close coordination with relevant national authorities, EU agencies, international organisations and other relevant actors".

³⁹ Richiesta di accesso agli atti presentata dall'ONG RSA, si veda: RSA, HIAS, *The Role of the European Commission in the Implementation of the EU Asylum Acquis on the Greek Islands*, cit., p. 3.

⁴⁰ Risposte della Commissione europea alle denunce individuali CHAP (2021) 02994 del

Mettendo a sistema le informazioni desunte da questi documenti, emergono attività di monitoraggio e dialogo con le autorità nazionali che riguardano l'implementazione della normativa UE in materia di asilo e immigrazione sulle isole dell'Egeo orientale, in tutta la Grecia e in altri Stati membri. Se per quanto concerne quest'ultima categoria ancora non è chiaro in che termini essa si concretizzi⁴¹, con riguardo alle prime due il materiale raccolto rivela l'incisività di questa attività.

Anzitutto, tra gli obiettivi della TF vi è quello di garantire che i centri di "accoglienza" presenti a Lesbo, Chios, Samos, Leros e Kos siano conformi agli standard dell'UE. Il personale della Commissione dislocato nelle isole ha il compito di fornire un quadro di ciò che accade "sul campo" e il monitoraggio relativo al rispetto degli standard dell'UE dovrebbe avvenire in stretto contatto con le organizzazioni internazionali, le organizzazioni della società civile e le comunità residenti nei centri⁴². In questo senso, la TF ha in diverse occasioni discusso con alcuni rappresentanti di organizzazioni non governative della transposizione dell'*acquis* dell'UE in Grecia⁴³.

Più in generale, la TF, durante le sue missioni in Grecia e grazie ai continui contatti con le autorità nazionali, ha incoraggiato la conformità della normativa e delle prassi nazionali al diritto dell'UE. A tal riguardo, in particolar modo a partire da febbraio-marzo 2020 a seguito della decisione della Turchia di riaprire le sue frontiere, le autorità greche hanno attuato prassi volte ad ostacolare l'accesso alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale, a non garantire un completo esame nel merito delle domande di

31 luglio 2021; CHAP (2021) 02261 del 07 giugno 2021 e CHAP (2021) 02265 del 07 giugno 2021.

⁴¹ In attesa di risposta ad una richiesta di accesso agli atti inviata dall'A. relativa a quest'attività della TF.

⁴² Report, Mediatrice europea, caso OI/3/2022 MHZ, cit.

⁴³ Durante una missione della TF tenutasi tra il 16 e il 23 settembre 2021 (Mission Report 16-23 September 2021 Brussels, Ref. Ares (2021) 5919109, documento in possesso dell'A. a seguito di accesso agli atti) alcune ONG avevano espresso preoccupazione, tra le altre, per l'assenza di supporto legale in particolare per i cittadini siriani che si trova(va)no in una situazione di "limbo" a causa della dichiarata inammissibilità delle loro domande di asilo e per le numerose e onerose condizioni imposte dalla decisione ministeriale n. 3063/2020 alla registrazione delle ONG attive nel campo dell'asilo e della migrazione come preconditione per la loro operatività. *The Role of the European Commission in the Implementation of the EU Asylum Acquis on the Greek islands*, cit., p. 4.

asilo a causa dell'applicazione del concetto di Paese terzo sicuro e a disporre misure di trattenimento per i richiedenti asilo⁴⁴. E, di fronte a tali comportamenti, il personale della TF ha invitato la Grecia a conformarsi alla normativa europea.

In particolare, la Direttrice generale della TF ha più volte richiamato la Grecia al rispetto dell'art. 38, par. 4, della direttiva procedure secondo il quale se il Paese terzo sicuro (nel caso di specie la Turchia) non concede al richiedente l'ingresso nel suo territorio, gli Stati membri assicurano il ricorso a una procedura in conformità dei principi e delle garanzie fondamentali descritti al capo II⁴⁵. La violazione di detta disposizione deriverebbe dall'ampliamento

⁴⁴ Greek Council for Refugees, Oxfam, Save The Children, *Greece Bimonthly Bulletin on Refugees and Migrants*, July 2022, p. 12. A. DI PASCALE, *La situazione alla frontiera Greco-turca: tra mancanza di solidarietà e (in)attuazione del diritto di asilo*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, (a cura di), *Paura dell'Europa spunti di razionalizzazione*, Milano, 2020, p. 193 ss.; A. PAPANAGIOTOU-LEZA, N. GARIPIDIS, *Implementing the "Hostpot Approach" on the Greek Islands: Legal and Operational Aspects*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2017, p. 1 ss.

⁴⁵ Report of the mission of Director-General Ms Monique Pariat and Deputy Director General and the Head of TF Ms Beate Gmider to Greece, 17-21 May 2021, Ref. Ares (2021)3625399: "Asylum: The Minister noted that Greece intends to recognise Turkey as a safe third country; in principle not accepting any longer asylum applications from people who arrived from Turkey. DG HOME asked to be consulted on the draft Ministerial Decision and pointed to the safeguards to be respected as described in Art 38 of the Asylum Procedures Directive". Mission Report, Mission to Athens 25-27 October 2021, Ref. Ares(2021)6697895: "Turkey has given negative responses to requests for readmission (both under the Statement and the Joint Ministerial Decision) on the grounds of COVID and transfers to the mainland (relevant for the application of Article 38§4 APD) (...) HOME insisted that returnees that are not being readmitted to Turkey should be given access to the procedure on the merits". Task Force Migration Management, Mission Report – Greece – Jan/Feb 2022, Ref. Ares (2022) 1024324. Scambio di mail tra la Direttrice Generale Beate Gminder della TF e il referente per il Servizio greco per l'asilo del 20/02/2022, 27/03/2022 e scambio di mail intercorso tra i due nel periodo tra il 18/01/2022 e il 29/11/2022 (Ref. Ares (2022) 8259762 ove la prima, tra le altre, riporta: "Regarding the situation of applicants whose applications have been deemed inadmissible under the safe third country concept, it is a positive development that the Greek Asylum Service considers the link to Turkey is severed if an applicant has left Turkey for over 12 months and does not have any relations with Turkey. In addition to receiving a copy of these Standard Operating Procedures (SOPs), we wish to understand to what extent their application is systematically considered for all applications and subsequent applications examined under

delle categorie di richiedenti asilo cui si applica il concetto di Paese terzo sicuro in seguito alla decisione della Turchia di non riammettere più tali richiedenti sul proprio territorio⁴⁶.

Particolarmente assidui sono stati i contatti tra la TF e il Servizio Greco per l'asilo. A fronte della dichiarazione di quest'ultimo di aver adottato *Standard Operating Procedure* secondo le quali "se è trascorso più di un anno da quando il richiedente ha lasciato la Turchia (e non ha relazioni con questo Paese durante il trattamento della sua domanda) si ritiene che non vi sia alcun legame in base al quale si possa ragionevolmente prevedere il suo ritorno in tale Paese"⁴⁷, la TF ha chiesto una copia del documento e, mese per mese, l'invio di statistiche relative la sua applicazione.

Ancor più, è stata oggetto di discussione tra la TF e le autorità greche anche la prassi del Servizio di asilo greco che obbliga il richiedente asilo ad utilizzare Skype per ricevere l'appuntamento che gli consenta di formalizzare la sua domanda di asilo⁴⁸ e l'emendamento previsto dalla L. n. 4825/2021 all'art. 89

the safe third country concept. We would be grateful if you could provide statistics on the application of the SOPs since their adoption. As you know, the Commission considers that Article 38(4) of the Asylum Procedures Directive should apply to an application processed under the safe third country concept, where the applicant is not being or has not been readmitted to Turkey". Documenti in possesso dell'A. a seguito di accesso agli atti.

⁴⁶ La questione è attualmente oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia esperito, il 3 febbraio 2023, dal Consiglio di Stato. ELENA, *Greece: Preliminary Reference Regarding Turkiye as a Safe Third Country*, 3 February 2023, www.elenaforum.org/greece-preliminary-reference-regarding-turkiye-as-a-safe-third-country/. Per un'analisi completa della questione si veda: RSA e PRO ASYL, *Greece Arbitrarily Deems Turkey a "Safe Third Country" in Flagrant Violation of Rights*, February 2023.

⁴⁷ Documenti in possesso dell'A. a seguito di accesso agli atti: risposta della Commissione europea, ARES (2022) 3007983 alla lettera di diverse ONG dell'8 marzo 2022 e risposta alla lettera della Commissione LIBE, ARES (2022) 1507874 nella quale si legge che "the Commission understands that the Greek Asylum Service now consider that the link to Turkey under the examination of the Safe Third Country concept is considered as 'weakened' for applicants of international protection of the five aforementioned nationalities that have been in Greece for over a year".

⁴⁸ La Direzione Generale della TF ha evidenziato, in questi incontri, come la prenotazione via Skype è fortemente inefficiente dal momento che tale sistema comporta notevoli ritardi o in alcuni casi addirittura l'impossibilità di presentare domanda di protezione internazionale. Il personale della TF ha quindi chiesto alle autorità greche responsabili di indicare "solutions that could be implemented, for example increasing the number of staff operating the phone lines,

dell'IPA con il quale è stata introdotta una tassa di 100 euro per la presentazione di una seconda domanda reiterata (c.d. *second subsequent application*)⁴⁹.

Si noti, peraltro, che l'incidenza della TF nelle procedure di controllo della corretta attuazione del diritto dell'Unione sono state ammesse dalla stessa Commissione europea, che ha recentemente replicato ad alcune denunce presentate, a partire dall'estate del 2021, da alcune organizzazioni non governative dichiarando che “the issues relating to bad implementation are being addressed in the ongoing dialogue between the Commission’s Task Force for Migration Management and the Greek authorities”⁵⁰. Anche in risposta a diverse interrogazioni poste da membri del Parlamento europeo, dai primi mesi del 2020 al gennaio 2023, la Commissione ha più volte giustificato la sua inerzia sostenendo che la questione era oggetto di dialogo tra la TF e le autorità greche.

5. *Ripercussioni sul ruolo della Commissione quale “guardiana dei Trattati”*

Di fronte a tali prassi, pare lecito interrogarsi se e come l'istituzione della TF stia incidendo sul ruolo, tipico, della Commissione europea quale “guardiana dei trattati”. Benché la TF sia un organismo privo di una personalità giuridica propria e distinta da quella della Commissione europea, risolvendosi dunque in un'articolazione interna della medesima, la sua particolare (e, per molti tratti, ancora oscura) struttura interna, le procedure da essa seguite e i suoi rapporti con le autorità nazionali greche sembrano capaci di rovesciare alcuni dei paradigmi fondamentali del controllo della corretta attuazione del diritto dell'Unione europea.

Questione fondamentale per affrontare il tema è capire come sia possibile inquadrare l'apporto della TF *in subiecta materia*.

introducing more languages and new electronic tools, etc.”, informazioni contenute in documenti ottenuti a seguito di una richiesta di accesso agli atti, Mission Report Jan/Feb 2022, mail del 22 February 2022, mail del 27 March 2022, cit.

⁴⁹ Operational conclusions, 23 September 2021, 25-27 October 2021, Jan/feb 2022, cit.: “Fee for second and further subsequent applications: the Task Force reiterated it concerns on the introduction of the fee at political level Services informed that until today only a few TCNs have been able to pay the fee”.

⁵⁰ RSA, HIAS, *The Role of the European Commission in the Implementation of the EU Asylum Acquis on the Greek Islands*, cit., p. 7, para. 18 ss.

Essa costituisce una modalità di controllo dell'attuazione del diritto dell'Unione preventiva e alternativa all'apertura di una procedura di infrazione? O, piuttosto, essa va inquadrata come uno strumento volto a decentrare la corretta attuazione del diritto dell'Unione rafforzando meccanismi di tutela nazionali⁵¹?

Diversi elementi possono essere portati a sostegno dell'una o dell'altra ipotesi; e, in ambedue i casi, diversi sono i profili di innovatività (o incompatibilità?) con le prassi consolidate del controllo della corretta attuazione del diritto dell'Unione europea.

A sostegno della prima alternativa potrebbe ascriversi la vicenda che ha portato la Commissione ad aprire una procedura di infrazione nei confronti della Grecia⁵² riguardante il recepimento della direttiva qualifiche⁵³. In tale circostanza, la Commissione ha messo in dubbio la compatibilità della normativa nazionale con l'art. 29 della direttiva che riguarda l'assistenza sociale dei beneficiari di protezione internazionale. Nella lettera di messa in mora la Commissione ha alluso all'esistenza di scambi preventivi con le autorità greche, osservando che "tali preoccupazioni [...] sono state sollevate nel contesto degli scambi di opinioni che hanno avuto luogo tra la Commissione europea e la Grecia" e che, però, "le spiegazioni fornite dalle autorità greche nell'ambito di questi scambi di opinioni non siano [state] soddisfacenti"⁵⁴. Effettivamente, dai documenti disponibili⁵⁵, la questione risulta esser stata affrontata durante

⁵¹ E. CHITI, *op. cit.*, p. 31 ss.

⁵² INFR (2022) 2044, Commissione europea, Pacchetto infrazioni di gennaio: decisioni principali, www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/inf_23_142. La Commissione, inoltre, ha inviato una seconda lettera di messa in mora INFR(2022)2156 riguardante le misure di trattenimento a fini identificativi di cittadini di Paesi terzi o apolidi nei CCAC previste dalla normativa nazionale e che si pongono in violazione della direttiva europea (in particolare dei suoi articoli 8 e 9).

⁵³ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione).

⁵⁴ www.efsyn.gr/ellada/dikaioimata/376712_apologoymeni-gia-zitimata-prosfygon-i-ellada.

⁵⁵ Mission Report to Athens 25-28 November 2021, cit.: "MoMA will coordinate with MoL on the reply to the letter sent by HOME on access of beneficiaries of international protection to social provisions"; Mission Report – Greece – Jan/Feb 2022: "Access of Beneficiaries of International Protection to welfare (meeting with Ministry of Labour and Social Affairs

gli incontri tenutisi tra la TF e le autorità greche tra novembre 2021 e febbraio 2022⁵⁶ e non parrebbe, invece, esser stata oggetto di un *EU Pilot*⁵⁷.

Rispetto a quest'ultimo, per quanto ne è dato sapere affidandosi all'osservazione della prassi e alla limitata disciplina che riguarda il *Pilot*⁵⁸, la TF, qualora ampliasse la sua azione a più Stati membri e ad altre materie, rappresenterebbe una modalità di dialogo ancor più informale (e forse, addirittura, preventiva?). Invero, l'*EU Pilot*, aperto su iniziativa della DG competente, consiste in una vera e propria procedura di cooperazione che, almeno teoricamente, dovrebbe articolarsi sulla base di tempistiche serrate e concludersi dopo due scambi tra Commissione e Stati membri. Si tratta, in altre parole, di un dialogo strutturato per cui è

(MoLSA), Minister of State) (...) MoLSA process a draft legislation to remedy the gap, however the decision is political. HOME brought the issue to the attention of the State Minister. (...) MoL is drafting a legislation to change the period needed in order to have access to the social benefits, but they insist that the problem is primarily political and that it cannot be solved”.

⁵⁶ Mission Report to Athens 25-28 November 2021, cit.: “MoMA will coordinate with MoL on the reply to the letter sent by HOME on access of beneficiaries of international protection to social provisions”; Mission Report – Greece – Jan/Feb 2022: “Access of Beneficiaries of International Protection to welfare (meeting with Ministry of Labour and Social Affairs (MoLSA), Minister of State) (...) MoLSA process a draft legislation to remedy the gap, however the decision is political. HOME brought the issue to the attention of the State Minister. (...) MoL is drafting a legislation to change the period needed in order to have access to the social benefits, but they insist that the problem is primarily political and that it cannot be solved”.

⁵⁷ Per quanto riguarda i *Pilot* aperti nei confronti della Grecia in questa materia, dalle informazioni a disposizione, risulta che questi abbiano ad oggetto questioni inerenti la direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifiuzione) e la direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifiuzione), si veda: – letter EUP(2021) 9874 (aperto il 22 febbraio 2021) RSA&HIAS Submission to the European Ombudsman Strategic Inquiry OI/3/2022 MHZ, *The Role of the European Commission in the Implementation of the EU Asylum Acquis on the Greek Islands*, January 2023, p. 8).

⁵⁸ Per approfondimenti si veda: R. D. KELEMEN, T. PAVONE, *Where Have the Guardians Gone? Law Enforcement and the Politics of Supernational Forbearance in the European Union*, in SSRN, 27 December 2021, p. 25 ss.; L. PRETE, B. SMULDERS, *The Age of Maturity of Infringement Proceedings*, in *Common Market Law Review*, vol. 58, 2021, p. 285 ss.; C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *La procedura di infrazione dieci anni dopo Lisbona*, cit., p. 244; R. ADAM, *op. cit.*, p. 15 ss.; M. SMITH, *The Evolution of Infringement and Sanction Procedures: of Pilots, Diversions, Collisions, and Circling*, in D. CHALMERS, A. ARNULL (eds.), *The Oxford Handbook of European Union law*, Oxford, 2015, p. 350 ss.

stata creata dal Segretariato generale della Commissione europea una banca dati riservata ove vengono registrate tutte le fasi della procedura. Mentre la comunicazione della Commissione del 2016⁵⁹ limitava l'utilizzo del *Pilot* a presunte violazioni di natura prevalentemente tecnica, le più recenti linee guida del luglio 2020, rispondendo alla richiesta degli Stati membri di reintrodurre un maggior utilizzo di tale strumento, affermano che questo deve essere utilizzato “for cases for which a quick solution within a short period appears attainable”⁶⁰.

Il *Pilot*, perciò, rappresenta un contatto con le amministrazioni nazionali sicuramente più formale rispetto alla TF.

Si potrebbe quindi, sempre in termini comparativi, volger lo sguardo alle competenze di alcune agenzie dell'UE propedeutiche all'individuazione di casi di infrazione⁶¹. Anche in questo caso, però, seppur si riscontrino sovrapposizioni tra le modalità operative di alcune Agenzie e quelle della TF, le attività di monitoraggio delle prime seguono precise disposizioni⁶² e quindi poco hanno a che vedere con l'informalità del dialogo-controllo che si instaura in seno alla seconda.

Per affinità riguardanti l'oggetto dell'azione, si prenderà ad esempio il caso dell'Agenzia dell'UE per l'asilo (EUAA). Da un canto sia l'EUAA che la TF Migration and Management vedono la partecipazione di personale distaccato dagli Stati membri e portano avanti attività di coordinamento e implementazione congiunta (la prima relativamente la procedura d'asilo, la seconda con riferimento alla gestione dei MPRIC/CCAC) “that can be employed to achieve the same objectives and thus supplement or compensate the Commission for its absence of sharper secondary enforcement powers”⁶³. D'altro

⁵⁹ Comunicazione della Commissione “Diritto dell'Unione europea: risultati migliori attraverso una migliore applicazione, comunicazione pubblicata sul sito internet della Commissione, il 13 dicembre 2016.

⁶⁰ Una lista specifica ma non esaustiva di casistiche in cui il *Pilot* dovrebbe essere utilizzato è presente a p. 2 delle *Eu Pilot: Guidelines for the Member States*, European Commission, Secretariat-General, Unit F.3 – Implementation and enforcement of EU law, documento in possesso dell'A.

⁶¹ Ed invero, nel verbale della seduta collegiale della Commissione in cui si è deciso di istituire la TF, si legge: “The Union was currently represented on the ground by 300 colleagues from the EU agencies but it had little leeway to have any influence on how things developed”, in minutes of the 2350th meeting of the Commission, cit., p. 16. In generale sul tema si veda: J. ALBERTI, *Le Agenzie dell'UE*, Milano, 2018, p. 246 ss.; E. CHITI, p. 31 ss.

⁶² J. ALBERTI, *op. cit.*, p. 247 ss.

⁶³ S. ANDERSEN, *The Enforcement of EU Law: the Role of the European Commission*, Oxford, 2012, p. 163 ss.

canto, mentre il regolamento istitutivo dell'EUAA dedica un intero capo al meccanismo volto a monitorare l'applicazione operativa e tecnica del Sistema europeo comune d'asilo, la TF, come già visto *supra*, svolge le sue attività di controllo e dialogo con modalità ben poco trasparenti.

Tutto quanto premesso apre ad una serie di questioni. Anzitutto, al fine di dare maggior risalto ad un'attività (seppur attenuata) di guardiania che la Commissione sta portando avanti, è quantomeno necessario che sia chiaro quali entità siano preposte a svolgerla e che il funzionamento di questi strumenti alternativi e di dialogo con lo Stato membro sia trasparente⁶⁴. Così si assicurerebbe un minimo controllo sulla discrezionalità esercitata in tema di infrazione dalla Commissione⁶⁵ senza intaccare la presunzione generale di riservatezza a beneficio dei documenti relativi la procedura precontenziosa. Il tema si pone anche volgendo lo sguardo al ruolo di controllo politico che il Parlamento europeo è chiamato ad esercitare nei confronti della Commissione⁶⁶ e ai rapporti intercorrenti tra quest'ultima e il Mediatore europeo in materia di infrazione⁶⁷.

Inoltre, se la TF rappresentasse, effettivamente, un nuovo strumento *soft* di pre-infrazione, si confermerebbe la tendenza verso una decentralizzazione

⁶⁴ Basterebbe, ad esempio, rendere accessibili al pubblico le linee guida che governano il funzionamento dell'*EU Pilot* (si fa riferimento all'esistenza di questo documento in slides del progetto "THEMIS/EU Pilot" Implementation of the revised *EU pilot* guidelines of July 2020, EU Law network meeting – 18 December 2020 e nel relativo verbale di questo meeting "Minutes meeting of the EU Law Network 18 December 2020"), documenti in possesso dell'A.) e chiarire se tra le funzioni della TF vi rientri anche quella di *legal guardianship* e con quali modalità questa si concretizza.

⁶⁵ R. ADAM, *op. cit.*, p. 8 ss.; E. VARNAY, *Discretion in the Articles 258 and 260(2) TFEU Procedures*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 22, n. 6, 2015, p. 836 ss.; S. ANDERSEN, *op. cit.*, p. 68 ss.; R. MASTROIANNI, *La procedura di infrazione e i poteri della Commissione: chi controlla il controllore?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1994, p. 1021.

⁶⁶ A questo proposito il Parlamento europeo si era espresso con riguardo all'*EU Pilot*: "The EP should be involved in the complaint-handling procedure and receive systematically a copy of all the letters and complaints that will be the basis of EU Pilot or infringement procedures (...)" in European Parliament Study: Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens Rights and Constitutional Affairs, *Tools for ensuring Implementation and Application of the EU Law and Evaluation of their Effectiveness*, p. 106. Si fa riferimento anche alla possibilità che ha Parlamento (o i suoi singoli membri) di rivolgere interrogazioni parlamentari alla Commissione (art. 230, comma 2, TFUE) e al potere di censura del Parlamento nei confronti della Commissione (artt. 17, par. 8, TUE e 234 TFUE).

⁶⁷ F. BATTAGLIA, *Il mediatore europeo*, Bari, 2020, p. 267 ss.

del controllo sull'attuazione del diritto dell'Unione⁶⁸ in capo a soggetti dotati di un *expertise* più specifica (ad esempio, talune agenzie dell'Unione europea, o per l'appunto la stessa TF) che pone, però, questioni relative l'effettività di tale controllo quando questi soggetti sono responsabili, simultaneamente, anche di attività d'implementazione congiunta⁶⁹. In cotal guisa, infatti, il soggetto controllore è anche soggetto regolatore di un determinato settore; con il risultato che la funzione di controllo diventa un momento finalizzato non più alla (sola) tutela dell'interesse collettivo verso il rispetto della normativa, ma anche al perseguimento di specifici obiettivi di *policy*. E se è vero che ciò è quanto tipicamente avviene con la Commissione europea⁷⁰, è parimenti vero che ciò non dovrebbe essere replicato su soggetti come la TF che non offrono le medesime garanzie di legittimazione, trasparenza e *accountability* della Commissione stessa. Senza contare, in aggiunta, che all'interno della TF si trovano anche *seconded national experts* – con modalità e funzioni purtroppo sconosciute, stante l'enorme opacità che circonda questo organismo. Ove il loro ruolo anche solo nell'accertamento dei fatti fosse, *de iure* o *de facto*, capace di effettivamente indirizzare l'agire della TF e, di riflesso, della Commissione ciò potrebbe comportare, in pratica, che l'ente controllore sia composto da personale distaccato dal soggetto controllato.

Preme altresì evidenziare che l'intervento della TF ha aperto un canale di partecipazione di soggetti terzi interessati, quali le organizzazioni internazionali o le organizzazioni non governative, nel controllo dell'attuazione del diritto dell'Unione in Grecia. Come visto *supra*, infatti, alle riunioni della TF con le autorità nazionali partecipano alcune organizzazioni internazionali, quali ad esempio UNHCR, ed è in corso un confronto tra alcune organizzazioni non governative presenti in Grecia e il personale della TF relativamente questioni per cui le prime hanno ripetutamente denunciato la violazione da parte della Grecia della normativa dell'Unione europea in materia di asilo.

⁶⁸ J. ALBERTI, *op. cit.*, p. 246 ss.

⁶⁹ E. L. TSOURDI, *Beyond the 'Migration Crisis': the Evolving Role of EU Agencies in the Administrative Governance of the Asylum and External Border Control Policies*, in J. POLLAK, P. SLOMINSKI (eds.), *The Role of EU Agencies in the Eurozone and Migration Crisis*, Culemborg, 2021, p. 175 ss.

⁷⁰ R. D. KELEMEN, T. PAVONE, *op. cit.*, p. 23 ss.; L. PRETE, B. SMULDERS, *op. cit.*, p. 296 ss.; L. PRETE, *Infringement Proceedings in EU Law*, Alphen aan den Rijn, 2017, p. 291 ss.

Il fatto che ONG e organizzazioni internazionali trovino spazio nel dialogo informale-politico instauratosi tra Commissione e Stato membro rappresenta un elemento di novità non di poco conto. Infatti, un coinvolgimento simile, certamente, non si rinviene nell'*EU Pilot* dalla cui procedura gli attori privati sono stati esclusi⁷¹ tanto che lo stesso Mediatore europeo invitava, già nel 2016, la Commissione “to inform complainants when it opens an *EU Pilot*, when it takes a final decision and when it exceeds the one-year time-limit to take a decision” anche rendendo pubblico l’elenco dei *Pilot* in corso e lo stato di avanzamento di ciascun fascicolo⁷². Così, questo maggiore coinvolgimento delle parti interessate in seno alla TF ha sicuramente un impatto positivo sul sistema nel suo complesso permettendo di immaginare possibili evoluzioni, in termini di maggior trasparenza, degli strumenti di pre-infrazione.

Infine, il fatto che – per quel che è dato sapere⁷³ – le attività di questa nuova entità sono geograficamente limitate al territorio ellenico rischia di dar sponda alle argomentazioni degli Stati membri che, soprattutto durante la fase pre-contenziosa, sono “spesso interessati a considerazioni di parità di trattamento e, quindi, tendono a mostrarsi preoccupati nel corso del dialogo bilaterale con la Commissione del fatto che quest’ultima non assuma analoghe iniziative nei confronti di altri Stati nella stessa materia”⁷⁴. Visto che la TF è un organismo comunque separato, almeno geograficamente, dalla Commissione,

⁷¹ “(...) The EU Pilot was anything but transparent to all other stakeholders. The actors who became dissatisfied were precisely those upon whom the Commission relies for its detected cases of noncompliance: citizens and interest groups.”, in R. D. KELEMEN, T. PAVONE, *op. cit.*, p. 26. “The study has several recommendations in relation to the EU Pilot going forward. These can all be placed rather loosely in the box of ‘transparency’, and involve the opening up of the EU Pilot to other actors besides the Commission and Member State, including access to the files and greater role for the complainant”, in M. SMITH, *op. cit.*, p. 350 ss.

⁷² Decisione della Mediatrice europea, OI/5/2016/AB, para. 18-33.

⁷³ La TF (Report, Mediatrice europea, Caso OI/3/2022 MHZ, cit., para. 8) monitora anche le operazioni in altri Paesi come Spagna, Malta, Italia, Cipro, Polonia, Repubblica Ceca, Repubblica Slovacca, Ungheria e Romania. D’altro canto, non è chiaro in quali attività si espli chi il monitoraggio; l’A. è in attesa di risposta ad una richiesta di accesso agli atti relativa a quest’attività della TF (inviata in data 03 febbraio 2023). Sul tema anche quanto riportato sul sito della TF non porta chiarezza, www.home-affairs.ec.europa.eu/policies/migration-and-asylum/migration-management/task-force-migration-management_en (si veda in particolare sezione “what is the geographical span of the Task Force mandate?”).

⁷⁴ C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *La procedura di infrazione dieci anni dopo Lisbona*, cit., p. 265.

e alla luce della sua composizione mista, pare lecito chiedersi se il suo intervento nel controllo dell'attuazione del diritto dell'Unione in materia di immigrazione e asilo non possa portare a disparità di trattamento rispetto ad altri Stati membri, che non vedono operante sul proprio territorio un'analogo TF, e comunque di applicazioni e interpretazioni incoerenti della disciplina di settore. Beninteso: scelte diverse ben potrebbero giustificarsi anche in ragione del noto potere discrezionale di cui la Commissione gode nella gestione delle procedure di infrazione⁷⁵; ma quella discrezionalità è sempre stata intesa come strumento di una singola istituzione, la Commissione, per permetterle di perseguire il proprio compito, sancito *ex art.* 17 TUE, di tutelare gli interessi generali dell'Unione; e non già come meccanismo capace di delegare ad altri soggetti da essa più o meno dipendenti il perseguimento di quegli obiettivi.

A far propendere, invece, per la seconda via – ovvero quella per cui la TF, così come altre Task Force⁷⁶, rappresenta la volontà della Commissione di decentralizzare la corretta attuazione del diritto dell'UE rafforzando meccanismi di tutela nazionali⁷⁷ – sopraggiungono le dichiarazioni della Commissione secondo cui alcune categorie di casi di applicazione non corretta possono spesso essere trattati in modo soddisfacente da altri meccanismi più consoni a livello nazionale. Meccanismi che, nel caso di specie, non esistevano e che sono stati creati, per l'appunto, sotto la spinta della Commissione e grazie alla continua supervisione-dialogo tra autorità greche e personale della TF. Quest'ultima, invero, ha lavorato a stretto contatto con le prime per l'istituzione di un

⁷⁵ Si veda nota n. 69.

⁷⁶ L. PRETE, B. SMULDERS, *op. cit.*, p. 299: "(...) The Action Plan created a joint task force of the Commission and Member States to strengthen cooperation in the enforcement of internal market rules. The Commission, for its part, announced it would follow its well-established approach of, on the one hand, supporting national and local authorities in their efforts to implement EU law correctly (...)" . Minutes, Meeting of the Eu Law Network, 18 December 2020, documento in possesso dell'A.: "The joint Single Market Enforcement Task-Force (SMET), composed of Member States and Commission, was set up to assess the state of compliance of national law with single market rules and to follow up on the implementation of the action plan". Comunicazione della Commissione COM (2020) 94def., del 10 marzo 2020, Piano d'azione a lungo termine per una migliore attuazione e applicazione delle norme del mercato unico, p. 4.

⁷⁷ Si veda a tal proposito la comunicazione della Commissione "Diritto dell'Unione europea: risultati migliori attraverso una migliore applicazione", *cit.*, e, in particolare, R. ADAM, *op. cit.*

Responsabile per i diritti fondamentali e di una Commissione per il monitoraggio del rispetto dei diritti umani “within the Ministry for Migration and Asylum” con il compito di prendere in carico denunce relative ad operazioni in confine e a procedure di asilo⁷⁸.

Concretamente, dal 2020 ad oggi sono state presentate alla Commissione circa una trentina di interrogazioni parlamentari e denunce riguardanti il tema dei sistematici respingimenti attuati dalla guardia di costiera e frontiera ellenica. In quasi tutte le sue risposte la Commissione sostiene che sia responsabilità delle “national authorities to investigate all cases of alleged pushbacks with a view to establishing the facts and properly follow up on any wrongdoing” e che sul tema è già in corso un confronto con la Grecia⁷⁹. Parallelamente, durante diversi incontri tenutisi tra la TF e le autorità greche tra ottobre 2020 e febbraio 2022, il tema dei *pushbacks* è stato affrontato unicamente nell’ottica di sostegno e monitoraggio, da parte della TF, rispetto la creazione e lo sviluppo di rimedi interni efficaci a fronte di denunce di respingimenti in frontiera⁸⁰.

In altre parole, se si osserva l’operato della TF sotto questa prospettiva, essa risponderrebbe a quel bisogno di “vigilanza e stimolo della Commissione” affinché meccanismi – già previsti (quale l’obbligo di disapplicazione da parte delle amministrazioni di norme nazionali con obblighi europei) o ancora da crearsi – di cui gli Stati dispongono per prevenire o sanare violazioni delle norme europee funzionino efficacemente. In questo senso, quest’entità si in-

⁷⁸ Risposta del 19 settembre 2022 della Commissaria per gli Affari Interni all’interrogazione parlamentare E-002152/2022.

⁷⁹ Si vedano, ad esempio, le risposte della Commissione alle interrogazioni parlamentari: E-4186/2020; E-4816/2020; E-4566/2020; E-4587/2020; E-1667/2021; E-2697/2021; E-5571/2021; E-259/2022; E-1438/2022; E-1519/2022; P-2815/2022; E-3978/2022; E-264/2023; E-373/2023; E-371/2023. Si veda anche risposta della Commissaria per gli Affari Interni datata al 08 luglio 2021 Ares (2020) 2675040 alla lettera firmata da cinque ONG greche e lettera del 26 luglio 2021 della Commissaria per gli Affari Interni e della Vice Presidente della Commissione europea Margaritis Shinas in risposta alla lettera inviata da una parlamentare europea Ares (2021) 4786083 - documenti in possesso dell’A. a seguito di richiesta di accesso agli atti.

⁸⁰ Si veda nota 13; ulteriori documenti in cui il tema è stato trattato: Outcomes of the visit to Athens 12-13 October 2020, cit.; Mission Report 16-23 September 2021, cit.; Mission Report 25-27 October 2021, cit. e Mission report to Greece Jan/Feb 2022, cit.

serisce nel quadro di una devoluzione agli Stati membri di una parte della vigilanza sul rispetto del diritto dell'Unione da parte degli stessi Stati⁸¹ supportandoli nell'individuare rimedi adeguati e monitorando l'efficacia ed effettività di questi.

6. *Brevi conclusioni*

Sia che la TF sostanzi la volontà della Commissione di rafforzare rimedi interni, sia che essa rappresenti, invece, un nuovo "contenitore" entro cui la Commissione dialoga informalmente con lo Stato membro in una fase precedente l'apertura di una procedura di infrazione, non si può prescindere, a tre anni dalla sua istituzione, da una riflessione sull'efficacia della stessa.

Certamente, dal punto di vista degli obiettivi raggiunti in termini di implementazione congiunta delle politiche di asilo e migrazione e di coordinamento tra i vari attori coinvolti nella gestione delle stesse, la TF si è rivelata uno strumento prezioso nelle mani della Commissione la quale, per l'appunto, dopo aver consolidato questo approccio in Grecia oggi sostiene altri Stati membri "operationally via teams of staff deployed on the ground, complemented by the work of the EU Agencies" nello sviluppo e implementazione di sistemi di gestione della migrazione, dell'asilo e dell'accoglienza in linea con l'*acquis* dell'UE⁸². Tali attività, d'altro canto, sono già riconosciute in questo ambito in capo a EUAA e Frontex⁸³. La creazione di ulteriori strumenti di cooperazione inter-amministrativa non è da sottovalutare nell'ottica di riflessioni più ampie sulla complessa relazione tra l'ordinamento dell'Unione europea e gli ordinamenti giuridici nazionali.

Quale, invece, attore utile a prevenire e superare ostacoli all'effettività del diritto dell'UE in Grecia, alla luce di quanto recentemente emerso da alcuni

⁸¹ R. ADAM, *op. cit.*, p. 13.

⁸² "Commission teams are posted in Greece, Italy, Spain, Cyprus, Malta, Poland, while in Czechia, Slovakia, Hungary and Romania teams ensure frequent missions", www.home-affairs.ec.europa.eu/policies/migration-and-asylum/migration-management/task-force-migration-management_en.

⁸³ E. L. TSOURDI, *The New Pact and EU Agencies: a Tale of Two Tracks of Administrative Integration and Unsatisfactory Embedding*, in D. THYM (eds.), *Reforming the Common European Asylum System*, Baden-Baden, 2022, p. 113 ss.

video pubblicati dal *New York Times* che mostrano persone migranti abbandonate nel Mar Egeo dalla Guardia di costiera ellenica dopo esser state catturate poco dopo il loro arrivo a Lesbo⁸⁴ e, in generale, tenuto conto delle continue e sistematiche violazioni del diritto di asilo in Grecia,⁸⁵ si nutrono seri dubbi sull'opportunità di un tale approccio a fronte di una deflagrante violazione dei diritti fondamentali delle persone coinvolte; il timore è che questo strumento *soft* venga utilizzato dalla Commissione non tanto per assicurare una veloce ed effettiva risoluzione delle violazioni in atto quanto, piuttosto, quale "scudo" alla sua inerzia dinnanzi alle svariate richieste di agire per porre fine alle stesse.

A complicare ulteriormente il quadro, subentra il fatto che le attività della TF si situano all'interno di un sistema nazionale ove la sperimentazione di future politiche europee, già rappresentate nel Nuovo Patto,⁸⁶ è sicuramente incisiva;⁸⁷ ad esempio, i MPRIC/CCAC sulle isole sono interamente finanziati

⁸⁴ www.nytimes.com/2023/05/19/world/europe/greece-migrants-abandoned.html.

⁸⁵ Tra molti: International Rescue Committee, *I Have Rights, Contribution to the European Ombudsman's Strategic Inquiry into how the European Commission Ensures Respect for Fundamental Rights in EU-funded Migration Management Facilities in Greece*, January 2023; www.ecre.org/greece-systematic-pushbacks-continue-by-sea-and-land-as-meps-demand-eu-action-deaths-up-proportionate-to-arrivals-number-of-people-in-reception-system-reduced-by-half-mitarachi-still-not/. Si veda, inoltre, tra molti: UNHCR, *UNHCR Warns of Increasing Violence and Human Rights Violations at European Borders*, 21 February 2022, www.unhcr.org/news/press/2022/2/62137a284/news-comment-unhcr-warns-increasing-violence-human-rights-violations-european.html; Lighthouse Report, *Aegean Pushbacks Lead to Drowning*, 17 February 2022, www.lighthousereports.nl/investigation/aegean-pushbacks-lead-to-drowning/; Greek Council for Refugees, *National Transparency Authority should Publish the Full Investigation Regarding Pushbacks in Accordance with the Principle of Transparency*, 7 April 2022, www.gcr.gr/en/news/press-releases-announcements/item/1940-national-transparency-authority-should-publish-the-full-investigation-regarding-pushbacks-in-accordance-with-the-principle-oftransparency#_edn6.

⁸⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, del 23 settembre 2020, Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, COM (2020) 609final. V. C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico"*, in *Questione Giustizia*, 2 ottobre 2020; A. DI PASCALE, *Il nuovo Patto per l'immigrazione e asilo: scontentare tutti per accontentare tutti*, in *rivista.eurojus.it*, 2020.

⁸⁷ E. L. TSOURDI, A. OTT, Z. VANKOVA, *The EU's Shifting Borders Reconsidered: Externalisation, Constitutionalisation, and Administrative Integration*, in *europeanpapers.eu*, vol. 7, n. 1,

da fondi UE e per “testare” questo nuovo modello la Commissione incoraggia altri Stati membri a istituire questi centri su base volontaria⁸⁸. Questo, aggiunto alla commistione che vede la Commissione, per mezzo della TF, quale controllore – date le sue attività di monitoraggio e dialogo informale – e controllato – quale piattaforma di coordinamento e implementazione congiunta nella costruzione e gestione dei MPRIC/CCAC – rischia di minare l’effettività del suo dovere istituzionale *ex art. 17 TUE*. Sarà interessante, a questo proposito, osservare gli sviluppi della procedura di infrazione che la Commissione ha recentemente aperto nei confronti della Grecia inviandole una lettera di messa in mora per il prolungato trattenimento di richiedenti asilo, per l’ap-punto, nei MPRIC/CCAC⁸⁹.

2022, p. 104; G. CAMPESI, *The EU Pact on Migration and Asylum and the Dangerous Multiplication of ‘Anomalous Zones’ for Migration Management*, in S. CARRERA, A. GEDDES (eds.), *The EU Pact on Migration and Asylum in Light of the United Nations Global Compact on Refugees*, Fiesole, 2021, p. 195 ss.

⁸⁸ Il budget per la costruzione dei tre centri controllati di Samos, Leros e Kos – oltre 117 milioni di euro – è stato interamente coperto dal Fondo europeo per l’asilo, la migrazione e l’integrazione, J. CLOSE, *The EU Policy of Containment of Asylum Seekers at the Borders of Europe: (2) the Closed Controlled Access Centres*, in *International Law Blog*, 7 April 2022.

⁸⁹ La Commissione ritiene che le disposizioni dell’articolo 40 della legge 4939/2022 non siano conformi ai requisiti degli articoli 8 e 9 della direttiva 2013/33/UE, cit., recante norme relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione) e che la legge 4939/2022 recepisce in modo non corretto la direttiva europea anche per quanto riguarda il trattenimento dei minori non accompagnati e dei gruppi vulnerabili, www.efsyn.gr/ellada/di-kaiomata/376712_apologoymeni-gia-zitimata-prosfygon-i-ellada.

L'ACCESSO DEI PRIVATI ALLA GIUSTIZIA
NEI RICORSI INTERNI IN MATERIA AMBIENTALE:
QUALE SPAZIO PER LA TUTELA GIURISDIZIONALE EFFETTIVA?

Lorenzo Di Anselmo*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La capacità dei privati di agire in giudizio alla luce della giurisprudenza della Corte. – 3. La crescente rilevanza del principio di tutela giurisdizionale effettiva quale presupposto del *locus standi* dinanzi al giudice interno. – 4. Osservazioni conclusive.

1. *Considerazioni introduttive*

L'ampio *corpus* normativo in materia ambientale che caratterizza il diritto dell'Unione europea¹ richiede l'esistenza di efficaci rimedi giurisdizionali, volti a garantirne l'effettiva applicazione da parte degli Stati membri². Al riguardo, giova ricordare che l'ordinamento giuridico dell'Unione si basa su un sistema complementare di strumenti di *enforcement*: all'attività di controllo esercitata dalla Commissione in qualità di custode dei Trattati, che può sfociare nell'attivazione della procedura d'infrazione *ex art. 258 TFUE* nei confronti degli Stati inadempienti e nella conseguente pronuncia della Corte³, si affiancano le azioni intraprese dai privati dinanzi al giudice interno, finalizzate ad accertare l'eventuale violazione di norme del diritto dell'Unione.

Sotto quest'ultimo profilo, tuttavia, la materia ambientale affronta una

* Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale presso l'Università La Sapienza di Roma.

¹ Cfr. F. FERRARO, *L'evoluzione della politica ambientale dell'Unione: effetto Bruxelles, nuovi obiettivi e vecchi limiti*, in *I Post di AISDUE*, n. 9, 2022.

² Cfr. F. MUNARI, *Public e Private enforcement del diritto ambientale dell'Unione*, in *I Post di AISDUE*, n. 1, 2023.

³ Già da tempo, la Commissione aveva posto il controllo sull'adeguata attuazione della normativa in materia ambientale al centro della propria agenda politica (comunicazione della Commissione, del 7 marzo 2012, Trarre il massimo beneficio dalle misure ambientali dell'UE: instaurare la fiducia migliorando le conoscenze e rafforzando la capacità di risposta, COM (2012) 95final).

carezza strutturale, in quanto il carattere diffuso e collettivo degli interessi in rilievo mal si concilia con la natura *sui generis* dell'Unione, rendendone difficoltosa la protezione giudiziale⁴. La questione si pone, in particolar modo, in relazione alla legittimazione attiva dei privati: in assenza di una disciplina dell'Unione in materia, il principio dell'autonomia procedurale consente agli Stati di disciplinare i requisiti di accesso alla giustizia⁵, incidendo sulla titolarità del diritto di azione, specialmente nei riguardi delle azioni intraprese dalle associazioni. Peraltro, impedendo ai privati di instaurare un contenzioso in sede nazionale, si preclude la possibile attivazione del meccanismo del rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, che consente al giudice europeo di rilevare, sia pur indirettamente, eventuali profili di incompatibilità tra prassi nazionali e norme di diritto dell'Unione.

Ebbene, le condizioni di accesso alla giustizia in materia ambientale, per quanto attiene alle azioni intentabili in sede nazionale, non sono state oggetto di armonizzazione a livello europeo, nonostante tale profilo costituisca uno degli obiettivi primari della Convenzione di Aarhus, a cui sia l'Unione che tutti gli Stati membri hanno aderito⁶. Ai fini del presente lavoro, rileva l'art. 9, par. 3, finalizzato a rafforzare la capacità dei privati di agire in giudizio per

⁴ In tal senso, come rilevato in dottrina, un limite è costituito dalle “disparità ravvisabili nei sistemi processuali dei paesi membri dell'Unione”, che hanno ostacolato “il raggiungimento di un accordo per una regolamentazione uniforme della materia”, nonché dalla natura civilistica della maggior parte dei sistemi giuridici degli Stati membri, che impediscono il ricorso ai principali strumenti di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi, diffusi ad esempio nell'ordinamento statunitense (G. CONTALDI, *La tutela degli interessi collettivi nel diritto dell'Unione europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, p. 10 ss.). Per un'analisi in chiave comparata dei meccanismi di tutela collettiva previsti negli ordinamenti dei Paesi membri dell'Unione, v. C. I. NAGY, *Collective Actions in Europe. A Comparative, Economic and Transsystemic Analysis*, Cham, 2019.

⁵ Cfr. *ex multis*, A. ADINOLFI, *The “Procedural Autonomy” of Member States and the Constraints Stemming from the ECJ's Case Law: Is Judicial Activism Still Necessary?*, in B. DE WITTE, H. MICKLITZ (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge, 2011, p. 281 ss.; D. U. GALETTA, *Procedural Autonomy of the Member States: Paradise Lost?*, Berlin, 2010; G. VITALE, *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea. L'autonomia procedurale degli Stati membri in settori a diverso livello di “europeizzazione”*, Catania, 2010.

⁶ Decisione 2005/370/CE del Consiglio, del 17 febbraio 2005, relativa alla conclusione, a nome della Comunità europea, della convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale.

impugnare gli atti adottati da un'autorità pubblica (o contestarne le omissioni) ritenuti lesivi di norme di diritto ambientale⁷. Per quanto concerne l'impugnazione dei provvedimenti emanati dalle autorità interne, comunque in applicazione di una norma europea, detta disposizione non è stata recepita nel diritto dell'Unione⁸, lasciando un vuoto normativo che è compito dei giudici nazionali, nonché di quelli europei per effetto del rinvio pregiudiziale, tentare di colmare⁹.

⁷ La disposizione obbliga le parti a provvedere “affinché i membri del pubblico che soddisfino i criteri eventualmente previsti dal diritto nazionale possano promuovere procedimenti di natura amministrativa o giurisdizionale per impugnare gli atti o contestare le omissioni dei privati o delle pubbliche autorità compiuti in violazione del diritto ambientale nazionale”. Sull'attuazione di tale disposizione nell'ordinamento dell'Unione, cfr. N. DE DOMINICIS, *L'accesso alla giustizia in materia ambientale. Profili di diritto europeo*, Padova, 2016, p. 86 ss.; M. ONIDA, *Accesso alla giustizia ambientale nell'Unione europea: un percorso ancora incompiuto?*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2014, p. 441 ss.; F. ROLANDO, *La tutela del diritto di accesso alla giustizia in materia ambientale nel diritto dell'Unione europea*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli, 2014, p. 1219 ss.; P. OLIVER, *Access to Information and to Justice in EU Environmental Law: the Aarhus Convention*, in *Fordham Journal of International Law*, 2013, p. 1423 ss.

⁸ Nel 2003, la Commissione ha presentato una proposta di direttiva volta a recepire l'art. 9, par. 3, della Convenzione di Aarhus (COM (2003) 624def., del 24 ottobre 2003, proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'accesso alla giustizia in materia ambientale). La proposta è stata ritirata undici anni dopo, in assenza del consenso degli Stati membri sulla necessità di un'iniziativa legislativa in materia. Il tema dell'accesso alla giustizia nel settore ambientale è stato poi al centro di due successive comunicazioni della Commissione (C/2017/2616, del 18 agosto 2017, Accesso alla giustizia in materia ambientale; COM (2020) 643final, del 14 ottobre 2020, Migliorare l'accesso alla giustizia in materia ambientale nell'UE e nei suoi Stati membri). Tuttavia, trattandosi di atti non vincolanti, tali strumenti non possono alterare i presupposti del *locus standi* stabiliti dai vari sistemi processuali nazionali.

⁹ Al contrario, in riferimento ai ricorsi avverso i provvedimenti adottati dalle istituzioni europee, detta disposizione è stata recepita con il regolamento (CE) 1367/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 settembre 2006, sull'applicazione alle istituzioni e agli organi comunitari delle disposizioni della convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale (recentemente modificato dal regolamento (UE) 2021/1767 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 ottobre 2021). Il presente contributo non indagherà tali profili, concentrandosi piuttosto sui ricorsi concernenti l'operato delle autorità nazionali. Sui ricorsi avverso i provvedimenti emanati dalle istituzioni dell'Unione, cfr., *ex multis*, I. ANRÒ, *Il difficile accesso alla giustizia ambientale per le ONG e la riforma del Regolamento di Aarhus: nuove vie verso la Corte di*

Infatti, essendo condizionata dalle regole processuali nazionali, la legittimità ad agire dei privati deve essere riconosciuta dal giudice caso per caso¹⁰. Di regola, la Corte di giustizia riconosce detta legittimità, in capo sia ai singoli che alle associazioni competenti, qualora la controversia riguardi norme di diritto derivato sufficientemente chiare e precise, tali da conferire loro posizioni giuridiche soggettive direttamente invocabili in sede giudiziaria. Tuttavia, in alcune pronunce, la Corte ha prospettato un approccio argomentativo differente, ricavando il *locus standi* dei privati valorizzando la nozione di tutela giurisdizionale effettiva¹¹.

Analizzando la giurisprudenza rilevante, il presente contributo intende indagare le possibilità, per i privati, di contestare l'operato di uno Stato membro in materia ambientale dinanzi al giudice interno, riflettendo sul ruolo esercitato dal principio della tutela giurisdizionale effettiva¹², al fine di verificare

giustizia dell'Unione europea?, in *federalismi.it*, n. 11, 2022, p. 1 ss.; A. FAVI, *Riflessioni sull'effettività dell'accesso della società civile alla giustizia in materia ambientale dopo la riforma del regolamento di Aarhus*, in *I Post di AISDUE*, n. 28, 2022; M. HEDEMANN-ROBINSON, *Access to Environmental Justice and European Union Institutional Compliance With the Aarhus Convention: A Rather Longer and More Winding Road than Anticipated*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2022, p. 175 ss.

¹⁰ A. DANTHINNE, M. ELIANTONIO, M. PEETERS, *Justifying a presumed standing for environmental NGOs: A legal assessment of Article 9(3) of the Aarhus Convention*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2022, pp. 1-10.

¹¹ La ricostruzione di tale concetto e delle sue molteplici implicazioni esula dagli scopi del presente lavoro. In questa sede, basti ricordare che tale principio si riferisce all'esigenza di garantire un'effettiva protezione giudiziaria alle posizioni giuridiche attribuite ai singoli da norme dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Riconosciuto in origine dalla Corte come un principio generale dell'ordinamento dell'Unione, prima nell'ambito di applicazione di una direttiva specifica (sentenza della Corte del 15 maggio 1986, causa C-222/84, *Johnston*), poi in termini generali (sentenza della Corte del 15 ottobre 1987, causa C-222/86, *Heylens*), esso è ormai sancito nel diritto primario, in virtù del combinato disposto degli artt. 19, par. 1, secondo comma, TUE e 47 della Carta. La letteratura in materia è amplissima. Cfr., *ex multis*, G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *federalismi.it*, n. 5, 2018, p. 1 ss.; A. M. ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015; P. PIVA, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel diritto dell'unione europea*, Napoli, 2012.

¹² Cfr. M. BARAN, B. IWANSKA, *Access of an Environmental Organisation to Court in Light of the EU Standard Set by the Principle of Effective Legal (Judicial) Protection*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2019, p. 47 ss.

se tale concetto sia idoneo a rafforzare l'accesso alla giustizia, specialmente da parte delle associazioni competenti.

2. *La capacità dei privati di agire in giudizio alla luce della giurisprudenza della Corte*

La fattispecie di cui si discute è stata al centro di un ricco filone giurisprudenziale, soprattutto grazie al dinamismo delle associazioni ambientali, le quali si sono spesso rivolte al giudice nazionale per esigere il rispetto, da parte degli Stati membri, degli obblighi ambientali sanciti dal diritto dell'Unione. Al riguardo, vale la pena ricordare fin da subito che le pretese dei privati non possono fondarsi direttamente sull'art. 9, par. 3, della Convenzione di Aarhus, la cui idoneità a produrre effetti diretti è stata esclusa dal giudice dell'Unione¹³. In effetti, la sua formulazione, nella misura in cui promuove l'accesso alla giustizia in favore dei "membri del pubblico che soddisfino i criteri eventualmente previsti dal diritto nazionale", sembra richiedere, per consentirne l'adempimento, l'adozione di provvedimenti europei o nazionali di attuazione¹⁴: fattispecie che, come noto, esclude la diretta invocabilità in giudizio della disposizione della fonte internazionale¹⁵. Di conseguenza, le azioni intraprese dalle persone fisiche e giuridiche devono fondarsi su altri presupposti giuridici.

In alcuni casi, al fine di riconoscere la capacità dei privati di instaurare un contenzioso sul piano interno, la Corte ha analizzato la portata delle disposizioni degli atti di diritto derivato oggetto della controversia. In tal senso, il ragionamento del giudice dell'Unione è sempre stato costante: qualora gli atti di base contengano disposizioni chiare e precise, tali da attribuire un vero e proprio diritto soggettivo ai privati, questi ultimi sono legittimati ad agire in giudizio per pretenderne l'adempimento da parte degli Stati¹⁶. Accertando la

¹³ Sentenza della Corte dell'8 marzo 2011, causa C-240/09, *Lesoochranárske zoskupenie*.

¹⁴ *Ibidem*, punto 45.

¹⁵ Cfr. sentenza della Corte del 30 settembre 1987, causa C-12/86, *Demirel*, punto 14.

¹⁶ La questione si è posta perché i casi offerti dalla prassi avevano ad oggetto direttive in materia ambientale. Tali atti, come noto, sono generalmente privi di efficacia diretta, per cui le relative disposizioni, in assenza di misure nazionali di attuazione, non possono essere invocate dai singoli dinanzi al giudice interno, a meno che dette disposizioni non pongano a carico dello

sussistenza di questi presupposti, la Corte ha stabilito che le persone fisiche e giuridiche possano rivolgersi al giudice nazionale affinché statuisca: sull'osservanza delle misure di riduzione di alcuni inquinanti atmosferici¹⁷ ai sensi della direttiva 2001/81/CE¹⁸; sulla mancata predisposizione dei piani per la qualità dell'aria¹⁹, nonché sulla regolarità dei punti di campionamento installati²⁰, alla luce della direttiva 2008/50/CE²¹; sulla conformità dei programmi d'azione in materia di protezione delle acque²² ai sensi della direttiva 91/676/CEE²³.

Secondo la Corte, negare ai privati, *a priori*, la possibilità di impugnare i provvedimenti o contestare le omissioni degli Stati membri, allo scopo di far sindacare dal giudice l'eventuale violazione di norme ambientali, sarebbe in contrasto con l'art. 288 TFUE, il quale sancisce il carattere vincolante delle direttive. In simili circostanze, dunque, il riconoscimento del diritto di azione in capo ai privati deriva dalla necessità di salvaguardare l'effetto utile delle direttive in questione, il quale sarebbe compromesso se agli interessati non venisse offerta alcuna possibilità di ricorso avverso l'operato delle autorità nazionali.

Tale percorso argomentativo, coerente con la giurisprudenza pregressa in materia di effetto diretto delle direttive, marginalizza il concetto di tutela giurisdizionale effettiva, non citandolo affatto²⁴, oppure menzionandolo soltanto

Stato un obbligo chiaro e incondizionato, tale da conferire diritti soggettivi agli interessati. Tale teoria si è affermata a partire dalla sentenza della Corte del 4 dicembre 1974, causa 41-74, *Yvonne van Duyn c. Home Office*, punto 12. Sulla teoria dell'effetto diretto delle direttive, qui brevemente riportata, cfr., *ex multis*, E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino, 2022, p. 109 ss.; U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2020, p. 316 ss.; S. PRECHAL, *Directives in EC law*, Oxford, 2005, p. 216 ss.

¹⁷ Sentenza della Corte del 26 maggio 2011, cause riunite da C-165/09 a C-167/09, *Stichting Natuur en Milieu e a.*

¹⁸ Direttiva 2001/81/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2001, relativa ai limiti nazionali di emissione di alcuni inquinanti atmosferici.

¹⁹ Sentenza della Corte del 19 novembre 2014, causa C-404/13, *ClientEarth*.

²⁰ Sentenza della Corte del 26 giugno 2019, causa C-723/17, *Craeynest*.

²¹ Direttiva 2008/50/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa alla qualità dell'aria ambiente e per un'aria più pulita in Europa.

²² Sentenza della Corte del 3 ottobre 2019, causa C-197/18, *Wasserleitungsverband Nördliches Burgenland e a.*

²³ Direttiva 91/676/CEE del Consiglio, del 12 dicembre 1991, relativa alla protezione delle acque dell'inquinamento provocato dai nitrati provenienti da fonti agricole.

²⁴ Sentenza *Stichting Natuur en Milieu*, cit.

a supporto del ragionamento sviluppato. Al riguardo, il giudice dell'Unione ricorda che è compito degli Stati, ai sensi dell'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE²⁵, stabilire i rimedi giurisdizionali atti a tutelare le situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione²⁶. Pur godendo di autonomia procedurale, gli Stati non sono autorizzati a fissare criteri processuali talmente rigorosi da rendere impossibile o eccessivamente difficile la protezione delle posizioni giuridiche attribuite ai singoli dall'ordinamento dell'Unione²⁷. Peraltro, nel quadro del diritto primario, il principio della tutela giurisdizionale effettiva trova espressione anche all'art. 47 della Carta, che ne costituisce la dimensione soggettiva²⁸: detta disposizione, infatti, sancisce il diritto dell'individuo a un rimedio giurisdizionale effettivo qualora esso lamenti la lesione di un diritto o di una libertà garantiti dall'ordinamento dell'Unione²⁹.

²⁵ Cfr. S. PRECHAL, *Article 19 TEU and National Courts: A New Role for the Principle of Effective Judicial Protection?*, in M. BONELLI, M. ELIANTONIO, G. GENTILE (eds.), *Article 47 of the EU Charter and Effective Judicial Protection*, London, 2022, p. 11 ss.; M. E. BARTOLONI, *La natura poliedrica del principio della tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell'art. 19, par. 1, TUE*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 245 ss.

²⁶ Cfr. sentenza *Craeynest*, cit., punto 54; sentenza *ClientEarth*, cit., punto 52.

²⁷ Si tratta del noto principio di effettività, il quale, insieme al principio di equivalenza (secondo cui le condizioni procedurali non possono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano ricorsi analoghi di natura interna), limita l'autonomia procedurale degli Stati nel definire i rimedi giurisdizionali idonei a tutelare le posizioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione. Tali criteri sono stati elaborati dalla Corte a partire dalla celebre sentenza *Rewe* (sentenza della Corte del 16 dicembre 1976, causa C-33/76, punto 5). Per approfondire tali concetti, ampiamente trattati in dottrina, cfr., *ex multis*, A. IERMANO, *I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia procedurale e 'limiti' alla tutela nazionale*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 525 ss.; A. MAFFEO, *Diritto dell'Unione europea e processo civile nazionale*, Napoli, 2019, p. 41 ss.; R. WIDDERSHOVEN, *National Procedural Autonomy and General EU Law Limits*, in *Review of European Administrative Law*, 2019, p. 5 ss.; K. LENAERTS, *The Decentralised Enforcement of EU Law: The Principles of Equivalence and Effectiveness*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, cit., p. 1057 ss.; E. CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2013, p. 665 ss.

²⁸ Cfr. G. VITALE, *L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, p. 638 ss.

²⁹ Cfr., *ex multis*, G. VITALE, *Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva nell'art. 47 della Carta di Nizza*, in C. AMALFITANO, M. D'AMICO, S. LEONE (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, Torino, 2022, p. 297 ss.; G. D'AVINO, *Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva nell'art. 47 par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in A. DI STASI (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e spazio europeo*

Nei casi esaminati, tuttavia, tali considerazioni non alterano i presupposti alla base del *locus standi* dei privati, il quale dipende esclusivamente dal contenuto sostanziale della fonte normativa oggetto della controversia. In altri termini, pur fornendo al giudice nazionale un ausilio nell'interpretazione delle norme processuali nazionali, il concetto di tutela giurisdizionale effettiva non integra le valutazioni relative all'attribuzione della legittimazione attiva dinanzi al giudice interno. La capacità delle persone fisiche e giuridiche di contestare l'operato degli Stati membri in campo ambientale “non può, pertanto, essere riconosciuta in via generale ed astratta”³⁰ attraverso il combinato disposto degli artt. 19, par. 1, secondo comma, TUE e 47 della Carta. Al contrario, nelle sentenze prese in considerazione, la Corte esamina le disposizioni degli atti di diritto derivato applicabili, ricavando la titolarità ad agire in presenza di “obblighi chiari, precisi e incondizionati”³¹, invocabili in giudizio nei confronti dello Stato.

3. *La crescente rilevanza del principio di tutela giurisdizionale effettiva quale presupposto del locus standi dinanzi al giudice interno*

Nelle pronunce a cui si è fatto riferimento finora, la legittimazione attiva dei privati si fonda sull'individuazione, nella fonte normativa applicabile, di un diritto sostanziale chiaramente attribuito ai singoli, di cui gli interessati possano avvalersi in sede giudiziaria. Anche la Commissione si era espressa in tal senso, sostenendo che gli obblighi incombenti alle autorità pubbliche in ambito ambientale facciano “sorgere in capo alle persone fisiche e alle loro associazioni diritti che devono essere tutelati dagli organi giurisdizionali

di giustizia. L'applicazione giurisprudenziale della Carta, Napoli, 2019, p. 151 ss.; D. DOMENICUCCI, F. FILPO, *La tutela giurisdizionale effettiva nel diritto dell'Unione europea*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 863 ss.

³⁰ G. CONTALDI, *L'accesso alla tutela in materia ambientale nel diritto dell'Unione europea*, in AA.VV., *Liber amicorum Sergio Marchisio*, vol. II, Napoli, 2022, p. 727 ss., spec. p. 738.

³¹ Sentenza *Craeynest*, cit., punto 42. Cfr. sentenza *Wasserleitungsverband Nördliches Burgenland*, cit., punto 34 ss.; sentenza *ClientEarth*, cit., punti 53-56; sentenza *Stichting Natuur en Milieu*, cit., punti 99-100.

nazionali”³²: ciò conferma che la sussistenza di un diritto soggettivo violato dalle autorità interne costituisca il presupposto per avviare un contenzioso a livello nazionale.

Nel settore ambientale, questo approccio rischia di limitare le possibilità di ricorso dei privati dinanzi al giudice interno. In effetti, le regole processuali vigenti negli ordinamenti di alcuni Stati membri subordinano l’accesso alla giustizia alla titolarità, in capo agli interessati, di specifiche posizioni giuridiche³³: una circostanza difficilmente rinvenibile nel caso degli atti normativi adottati dall’Unione in ambito ambientale, rivolti spesso “at protecting interests of a diffuse nature rather than individual rights or interests”³⁴. Di conseguenza, i provvedimenti emanati dalle autorità nazionali nel quadro di tali atti non potrebbero essere oggetto di sindacato giurisdizionale su iniziativa dei privati, in quanto non vi sarebbe alcun soggetto in grado di dimostrare la lesione di un proprio diritto³⁵. Questa situazione rafforza la centralità delle associazioni competenti nel monitorare l’effettiva applicazione delle disposizioni ambientali negli ordinamenti giuridici degli Stati membri³⁶.

Da questo punto di vista, sembra profilarsi una giurisprudenza evolutiva della Corte, incentrata sul principio di tutela giurisdizionale effettiva, tendente ad ampliare la legittimazione attiva delle associazioni. La prima tappa di

³² C/2017/2616, cit., punto 36.

³³ S. VILLANI, *L’accesso alla giustizia ambientale da parte delle ong nel quadro giuridico dell’unione europea alla luce della prassi recente*, in *rivista.eurojus.it*, 2023, p. 149 ss.

³⁴ M. ELIANTONIO, *The Role of NGOs in Environmental Implementation Conflicts: ‘Stuck in the Middle’ Between Infringement Proceedings and Preliminary Rulings?*, in *Journal of European Integration*, 2018, p. 753 ss., spec. p. 758. Anche la Corte di giustizia ha rilevato che il “diritto ambientale dell’Unione riguarda, per la maggior parte, l’interesse pubblico e non semplicemente la tutela degli interessi dei singoli in quanto tali” (sentenza della Corte del 12 maggio 2011, causa C-115/09, *Trianel*, punto 46).

³⁵ Ci si riferisce, *inter alia*, alla direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, nonché alla direttiva 2009/147/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 novembre 2009, concernente la conservazione degli uccelli selvatici.

³⁶ Si vedano, in proposito, le conclusioni dell’Avvocato generale Sharpston, del 12 ottobre 2017, causa C-664/15, *Protect Natur*, punto 77, secondo cui le associazioni ambientaliste “sono espressione dell’interesse pubblico e collettivo, che nessun altro sarebbe altrimenti in grado di difendere [...] Pertanto, nel lungo periodo, contribuiscono a un migliore funzionamento dei procedimenti in materia ambientale. Così facendo, le organizzazioni per la tutela dell’ambiente svolgono un ruolo cruciale nella protezione del patrimonio ambientale comune”.

questo sviluppo giurisprudenziale risale al noto caso *Lesoochranárske zoskupenie*³⁷. La vicenda riguardava il tentativo di un'associazione ambientalista di contestare una decisione, adottata dalla competente autorità slovacca, concernente la concessione di deroghe al regime di tutela dell'orso bruno disposto dalla c.d. "direttiva habitat"³⁸. Secondo la Corte, nonostante l'art. 9, par. 3, della Convenzione di Aarhus non sia direttamente invocabile nel procedimento principale per fondare il *locus standi* dell'associazione interessata, la sua *ratio* impone al giudice interno di interpretare le regole processuali nazionali in modo "quanto più possibile conforme agli obiettivi fissati" dalla fonte internazionale, al fine di "assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori coperti dal diritto ambientale dell'Unione"³⁹.

La lettura suggerita dai giudici di Lussemburgo è volta a garantire che "l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione" non risulti "praticamente impossibile o eccessivamente difficile"⁴⁰: un linguaggio che ripropone il consueto criterio dell'effettività, a cui si è già fatto riferimento. Tuttavia, non si può fare a meno di notare come la Corte manchi di chiarezza nel precisare quali diritti soggettivi rilevino nel caso di specie, richiedendone la tutela in sede giudiziaria. La disposizione di cui si contestava, nel procedimento principale, la violazione da parte della competente autorità amministrativa, concerneva le ipotesi di deroga al divieto di cacciare l'orso bruno: ebbene, in nessun passaggio la Corte spiega in che modo tale disposizione "could be construed as conferring rights"⁴¹.

La Corte, in sostanza, richiede ai giudici nazionali di valorizzare il contenuto sostanziale dell'art. 9, par. 3, della Convenzione, allargando le maglie dei rispettivi sistemi processuali al fine di non precludere l'accesso alla giustizia alle associazioni di settore. Tale impostazione non appare, tuttavia, del tutto efficace ai fini del riconoscimento del *locus standi*, il quale, da un lato, è fortemente condizionato dalla sensibilità del singolo giudice, dall'altro, incontra un limite probabilmente invalicabile nella discrezionalità del legislatore

³⁷ Sentenza *Lesoochranárske zoskupenie*, cit.

³⁸ Direttiva 92/43/CEE, cit.

³⁹ Sentenza *Lesoochranárske zoskupenie*, cit., punto 50.

⁴⁰ *Ibidem*, punto 49.

⁴¹ M. ELIANTONIO, *The Relationship Between EU Secondary Rules and the Principles of Effectiveness and Effective Judicial Protection in Environmental Matters: Towards a New Dawn for the 'Language of Rights'?*, in *Review of European Administrative Law*, 2019, p. 95 ss., p. 109.

nazionale. In altri termini, laddove le regole processuali nazionali risultino fin troppo rigide nei confronti delle associazioni, non consentendone un'interpretazione conforme all'art. 9, par. 3, della Convenzione di Aarhus, il diritto di azione in capo alle associazioni è destinato comunque ad essere negato.

Nel percorso delineato, uno snodo cruciale è costituito dalla sentenza resa nel caso *Protect Natur*⁴². La vicenda aveva ad oggetto la legittimazione attiva di un'associazione ambientalista, intenzionata ad impugnare l'autorizzazione, concessa dalla competente autorità amministrativa austriaca, ad estrarre acqua da un fiume per alimentare una stazione sciistica. Chiamata a pronunciarsi sulla questione, la Corte ha chiarito la portata dell'art. 9, par. 3, della Convenzione di Aarhus.

Sebbene detta disposizione autorizzi gli Stati a stabilire i requisiti di accesso alla giustizia⁴³, incluso il novero dei soggetti legittimati a promuovere un ricorso, ciò non significa che essi godano di completa discrezionalità. Infatti, pur beneficiando di autonomia nel dare attuazione alla norma internazionale nel proprio ordinamento, gli Stati membri sono obbligati a garantire una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione, in virtù del combinato disposto degli artt. 19, par. 1, secondo comma, TUE e 47 della Carta. Secondo i giudici di Lussemburgo, l'effetto congiunto di tali norme impedisce agli Stati di fissare, nel proprio ordinamento interno, criteri "talmente rigorosi"⁴⁴ da pregiudicare le possibilità di accesso alle giurisdizioni nazionali che l'art. 9, par. 3, della Convenzione di Aarhus, intende attribuire alle associazioni ambientaliste. Detta disposizione, in definitiva, "sarebbe priva di qualsiasi effetto utile, e persino della sua stessa sostanza"⁴⁵ se i criteri sanciti dal diritto nazionale avessero l'effetto di privare le associazioni ambientaliste "della possibilità di far controllare il rispetto delle norme derivanti dal diritto dell'Unione in materia ambientale"⁴⁶.

Portando a compimento il percorso avviato in *Lesoochranárske zoskupenie*, al fine di sancire la legittimazione attiva delle associazioni, la Corte ricorre in modo esplicito al combinato disposto degli artt. 9, par. 3, della Convenzione

⁴² Sentenza della Corte del 20 dicembre 2017, causa C-664/15, *Protect Natur*.

⁴³ *Ibidem*, punto 45.

⁴⁴ *Ibidem*, punto 48.

⁴⁵ *Ibidem*, punto 46.

⁴⁶ *Ibidem*, punto 47.

di Aarhus e 47 della Carta⁴⁷, utilizzato come parametro di conformità delle regole processuali nazionali⁴⁸: qualora le vie di ricorso a disposizione delle associazioni fossero del tutto precluse, il diritto processuale nazionale sarebbe contrario alla lettura congiunta di tali disposizioni⁴⁹. Siffatto contrasto potrà essere risolto attraverso i consueti strumenti nella disponibilità del giudice nazionale, quali l'interpretazione conforme del diritto interno o la disapplicazione delle disposizioni nazionali contrastanti⁵⁰. Pertanto, sembra configurarsi anche in questo contesto la tendenza della Corte, già segnalata in dottrina, a far leva sull'art. 47 della Carta "per superare l'assetto del diritto nazionale vigente laddove esso non consenta di offrire, in una situazione disciplinata dal diritto dell'Unione europea", la tutela giurisdizionale effettiva che detta disposizione mira ad assicurare⁵¹.

La prospettiva assunta dal giudice dell'Unione, di conseguenza, restringe la c.d. "autonomia rimediabile" degli Stati membri, ossia la discrezionalità a loro disposizione nello stabilire i rimedi giurisdizionali volti a tutelare i diritti derivanti dall'ordinamento dell'Unione⁵². È evidente, infatti, che tale margine di discrezionalità non possa spingersi al punto da impedire la protezione giudiziaria delle situazioni giuridiche che il diritto dell'Unione riconosce in favore dei soggetti⁵³.

⁴⁷ A dire il vero, il primo esplicito riferimento, nei confronti di un'associazione ambientalista, all'art. 47 della Carta nel contesto della Convenzione di Aarhus, si era avuto in precedenza (sentenza della Corte dell'8 novembre 2016, C-243/15, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*). In questa sede, si è scelto di non approfondire tale vicenda, in quanto essa rientrava nell'ambito di applicazione dell'art. 9, par. 2, della Convenzione, concernente i diritti di partecipazione dei soggetti interessati al processo decisionale in materia ambientale. Per un commento, v. L. ANKERSMIT, *Article 47 of the Charter precludes national procedural rules that allow decisions to be taken in environmental matters pending litigation on participation in that decision-making*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2017, p. 448 ss.

⁴⁸ Cfr. R. WIDDERSHOVEN, *op. cit.*

⁴⁹ Sentenza *Protect Natur*, cit., punto 52.

⁵⁰ *Ibidem*, punti 54-57.

⁵¹ N. LAZZERINI, *La determinazione dello standard di tutela giurisdizionale effettiva tra diritto interno e sovranazionale: l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali come "grimaldello" e come "ponte"*, in *I Post di AISDUE*, n. 3, 2022, p. 29.

⁵² Cfr. A. FAVI, "Autonomia rimediabile" degli Stati membri vs. effettività della protezione giurisdizionale: considerazioni a margine della sentenza IG nella causa C-289/21, in *BlogDUE*, 3 febbraio 2023.

⁵³ Sul punto, cfr. M. BONELLI, *Article 47 of the Charter, Effective Judicial Protection and*

Anche in questo caso, tuttavia, la Corte non definisce con esattezza quali diritti soggettivi rilevino nel caso di specie, limitandosi ad invocare l'art. 47 della Carta una volta verificatane l'applicabilità ai sensi dell'art. 51, par. 1, della stessa⁵⁴. Come già evidenziato in dottrina, si tratta di un passaggio significativo⁵⁵, che impone alcune riflessioni.

Affinché sia invocabile in sede giudiziaria, l'art. 47 della Carta presupporrebbe l'esistenza di una posizione giuridica attribuita ai singoli dal diritto dell'Unione, di cui gli interessati possano avvalersi dinanzi al giudice per esigerne la tutela. Detta disposizione, quindi, non potrebbe essere invocata in astratto, bensì solo qualora il ricorrente lamentasse la violazione di un proprio diritto conferitogli dall'ordinamento dell'Unione⁵⁶. In altre parole, com'è stato efficacemente sintetizzato altrove, “effective judicial protection could not be the *only* right claimed by the individual, in the sense that a claim under Article 47 had to be linked to a claim under another right deriving from Union law”⁵⁷.

the (Procedural) Autonomy of the Member States, in M. BONELLI, M. ELIANTONIO, G. GENTILE (eds.), *op. cit.*, p. 81 ss.

⁵⁴ Sentenza *Protect Natur*, cit., punto 44. Secondo la Corte, poiché gli accordi conclusi dall'Unione vincolano le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri ai sensi dell'art. 216, par. 2, TFUE, quando uno Stato membro stabilisce le regole processuali applicabili ai ricorsi di cui all'art. 9, par. 3, della Convenzione, esso attua il diritto dell'Unione, rendendo applicabile la Carta ex art. 51, par. 1, della stessa. Sull'ambito di applicazione della Carta negli Stati membri, cfr. N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018, p. 183 ss.

⁵⁵ Cfr. M. ELIANTONIO, *The Relationship Between EU Secondary Rules and the Principles of Effectiveness and Effective Judicial Protection*, cit., pp. 112-113.

⁵⁶ Per una prospettiva diversa, si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet, del 10 gennaio 2017, causa C-682/15, *Berlioz*, secondo cui “il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale sancito nell'articolo 47 della Carta comporti necessariamente il diritto di accesso alla giustizia” (punto 67), senza richiedere “l'individuazione sistematica di un diritto o di una libertà precisi e garantiti dal diritto dell'Unione quale condizione per *la sua* applicazione” (punto 59). In tal senso, si veda anche S. PRECHAL, *The Court of Justice and Effective Judicial Protection: What has the Charter changed?*, in C. PAULUSSEN ET AL. (eds.), *Fundamental Rights in International and European Law*, The Hague, 2016, p. 143 ss.: secondo l'Autore, l'interrogativo “whether in a concrete case one needs to establish first the existence of a right or freedom arising from EU law that needs to be protected before Article 47 applies”, deve essere risolto in senso negativo (p. 148).

⁵⁷ M. BONELLI, *Effective Judicial Protection in EU Law: an Evolving Principle of a Constitutional Nature*, in *Review of European Administrative Law*, 2019, p. 35 ss., spec. p. 44.

Ciò, del resto, è desumibile anche dal dato testuale dell'art. 47, primo comma, il quale sancisce il diritto a un ricorso effettivo in capo a “ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati [...]”. Sotto questo profilo, la norma rileverebbe quale parametro di conformità dei rimedi giurisdizionali predisposti dagli ordinamenti nazionali, su cui gli interessati possano fare affidamento affinché le posizioni giuridiche di cui sono beneficiari in forza del diritto dell'Unione ricevano adeguata soddisfazione.

È pur vero, come chiarito dalla Corte, che l'art. 47 sia una norma produttiva di effetti diretti, in quanto non necessita di essere precisata “mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale”⁵⁸. Il punto, tuttavia, è se tale condizione conferisca l'idoneità a fondare, *di per sé*, una pretesa giuridica meritevole di tutela giurisdizionale⁵⁹, in assenza di un'altra posizione soggettiva attribuita ai privati dal diritto dell'Unione⁶⁰. In questi termini, la questione si è posta nel noto caso *Texdata*⁶¹, in cui la pretesa del ricorrente si basava esclusivamente sull'art. 47 della Carta. In quell'occasione, una volta constatata l'applicabilità della Carta, il giudice dell'Unione ha fatto ricorso all'art. 47 per valutare la conformità delle norme nazionali ai fini della tutela giurisdizionale effettiva, senza soffermarsi sull'eventuale sussistenza di altri diritti soggettivi eventualmente lesi⁶².

La vicenda *Protect* sembra confermare questa lettura. Anche in questa circostanza, l'individuazione, da parte della Corte, dei diritti soggettivi in rilievo non appare nitida. Pur accennando, in un passaggio della sentenza, ai “diritti conferiti a un'organizzazione per la tutela dell'ambiente dall'articolo 4 della

⁵⁸ Sentenza della Corte del 17 aprile 2018, causa 414/16, *Egenberger*, punto 78.

⁵⁹ Del resto, nella stessa sentenza *Egenberger*, cit., riguardante la direttiva 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, la Corte, al fine di accogliere la pretesa del ricorrente, ha interpretato l'art. 47 della Carta in combinato disposto con l'art. 21 della Carta, che sancisce il divieto di qualsiasi forma di discriminazione.

⁶⁰ Per usare le parole dell'avvocato generale Wathelet si tratta, in sostanza, “di stabilire se l'applicazione della Carta renda automaticamente applicabile il suo articolo 47 o se l'applicabilità di quest'ultimo sia subordinata all'asserita violazione di un diritto o di una libertà garantiti dal diritto dell'Unione” (conclusioni *Berlioz*, cit., punto 51).

⁶¹ Sentenza della Corte del 26 settembre 2013, causa C-418/11, *Texdata Software*.

⁶² *Ibidem*, punto 71 ss.

direttiva 2000/60”⁶³, la Corte non ne definisce la portata⁶⁴, ma ciò non le impedisce di ritenere applicabile l’art. 47. In questo modo, lungi dal fungere esclusivamente come parametro di conformità dei sistemi processuali nazionali, il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva *ex art. 47* della Carta sembra poter configurare, in via autonoma, una pretesa giuridica destinata a ricevere protezione giudiziaria.

La giurisprudenza delineata sin qui ha trovato ulteriore conferma nel recente caso *Deutsche Umwelthilfe*⁶⁵, in cui il giudice dell’Unione ha riconosciuto a un’associazione ambientalista la legittimazione ad impugnare un provvedimento di omologazione dei veicoli a motore, emanato ai sensi del regolamento 715/2007⁶⁶. Sebbene replichi interamente il ragionamento sviluppato in *Protect*, la pronuncia presenta due profili di novità su cui appare utile soffermarsi brevemente.

In primo luogo, la domanda del giudice del rinvio era volta a chiarire se, nel dare attuazione all’art. 9, par. 3, della Convenzione di Aarhus, il margine di discrezionalità spettante agli Stati consentisse loro di delimitare non soltanto la cerchia dei soggetti legittimati a promuovere un ricorso, bensì anche l’oggetto di quest’ultimo, circoscrivendo le tipologie di decisioni o azioni contestabili. Secondo il giudice dell’Unione, il dettato della disposizione esclude tale ipotesi, permettendo agli Stati di incidere sulla cerchia dei titolari di un diritto di ricorso, non sul contenuto materiale di quest’ultimo⁶⁷.

In secondo luogo, rileva il contesto *ratione materiae* della vicenda, la

⁶³ Sentenza *Protect Natur*, cit., punto 44. Al riguardo, giova precisare che i ricorrenti ritenevano che l’autorizzazione contestata nel procedimento principale fosse in contrasto con l’art. 4, par. 1, lett. a), della direttiva 2000/60/CE, del 23 ottobre 2000, che istituisce un quadro per l’azione comunitaria in materia di acque: detta disposizione obbliga gli Stati ad attuare “le misure necessarie per impedire il deterioramento dello stato di tutti i corpi idrici superficiali”.

⁶⁴ Si vedano, in senso contrario, le conclusioni dell’Avvocato generale Sharpston nella medesima causa, la quale si interroga sull’idoneità dell’art. 4 della direttiva 2000/60/CE ad avere effetto diretto, così da poter essere fatta valere in giudizio dagli interessati (punto 52 ss.), risolvendo la questione in senso positivo (punto 94).

⁶⁵ Sentenza della Corte dell’8 novembre 2022, causa C-873/19, *Deutsche Umwelthilfe*.

⁶⁶ Regolamento 715/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2007, relativo all’omologazione dei veicoli a motore riguardo alle emissioni dai veicoli passeggeri e commerciali leggeri (Euro 5 ed Euro 6) e all’ottenimento di informazioni sulla riparazione e la manutenzione del veicolo.

⁶⁷ Sentenza *Deutsche Umwelthilfe*, cit., punto 64.

quale, pur implicando effetti sul piano ambientale, non rientrava nel quadro del diritto ambientale dell'Unione in senso stretto. Al riguardo, la Corte ha chiarito che il provvedimento contestato fosse riconducibile all'ambito di applicazione dell'art. 9, par. 3, della Convenzione di Aarhus, poiché una lettura sostanziale del regolamento oggetto della controversia ne suggerisce la finalità ambientale⁶⁸. Neanche il ricorso all'art. 114 TFUE, concernente le misure di ravvicinamento normativo attinenti all'instaurazione e al funzionamento del mercato interno, quale base giuridica dell'atto, è tale da metterne in discussione la componente ambientale. Del resto, per giurisprudenza consolidata, è noto che la presenza di considerazioni di tipo ambientale non imponga di adottare un atto di diritto derivato sulla base dell'attuale art. 192 TFUE⁶⁹, poiché il diritto primario dell'Unione privilegia una concezione orizzontale della protezione ambientale, richiedendone l'integrazione nella definizione di qualsiasi politica o azione ai sensi degli artt. 11 TFUE e 37 della Carta⁷⁰.

Non sembra marginale il fatto che la Corte, proponendo le medesime argomentazioni avanzate in *Protect*, abbia ammesso il *locus standi* di un'associazione nel contesto dell'attuazione di un atto normativo non facente parte del diritto ambientale in senso stretto, chiarendo peraltro che la tipologia di decisioni impugnabili non possa essere limitata dagli ordinamenti nazionali. Tali considerazioni inducono a ipotizzare un possibile ampliamento dei ricorsi proponibili dalle associazioni ambientaliste di fronte al giudice nazionale. È plausibile immaginare, infatti, che questioni analoghe possano presentarsi in relazione a molteplici strumenti di diritto derivato. Ci si riferisce, in particolar

⁶⁸ *Ibidem*, punto 51. Secondo la Corte, attraverso la riduzione delle emissioni prodotte dai veicoli diesel, il regolamento mira a garantire un elevato livello di tutela ambientale e migliorare la qualità dell'aria (regolamento 715/2007/CE, cit., considerando n. 1).

⁶⁹ Sentenza della Corte del 24 novembre 1993, C-405/92, *Mondiet c. Armement Islais*, punti 26-28. La prassi, peraltro, conferma un ricorso diffuso, da parte del legislatore dell'Unione, all'art. 114 TFUE per l'adozione di atti giuridici riconducibili alla politica ambientale. In tal senso, v. F. ROLANDO, *L'integrazione delle esigenze ambientali nelle altre politiche dell'Unione europea*, Napoli, 2020, p. 86 ss.

⁷⁰ Sulla portata giuridica del principio di integrazione, cfr., *ex multis*, F. ROLANDO, *L'integrazione delle esigenze ambientali*, cit., p. 52 ss.; B. SJÅFJELL, *The Environmental Integration Principle: A Necessary Step Towards Policy Coherence for Sustainability*, in F. IPPOLITO, M. E. BARTOLONI, M. CONDINANZI (eds.), *The EU and the Proliferation of Integration Principles under the Lisbon Treaty*, Cheltenham, 2019, p. 105 ss.; M. MONTINI, *The Principle of Integration*, in L. KRAMER, E. ORLANDO (eds.), *Principles of Environmental Law*, Cheltenham, 2018, p. 139 ss.

modo, agli atti che prevedono decisioni nazionali di autorizzazione o omologazione di specifici prodotti, potenzialmente suscettibili di avere un impatto a livello ambientale: si pensi, ad esempio, ai regolamenti che disciplinano l'omologazione di veicoli di vario tipo⁷¹ oppure la messa in commercio di prodotti come biocidi, fertilizzanti o simili⁷², normalmente adottati sulla base dell'attuale art. 114 TFUE.

Qualora la Corte confermasse il ragionamento prospettato in *Protect e Deutsche Umwelthilfe*, basato sul combinato disposto degli artt. 9, par. 3, della Convenzione di Aarhus e 47 della Carta, piuttosto che sull'individuazione dei diritti soggettivi ricavabili dalla fonte normativa applicabile, la posizione riconosciuta alle associazioni si rafforzerebbe. In questi casi, infatti, sarebbe sufficiente verificare che un provvedimento emanato da un'autorità interna (o un suo comportamento omissivo) rientri nell'ambito di attuazione dei suddetti regolamenti per consentire a un'associazione di impugnarlo, giacché l'ambito di applicazione della Carta sarebbe rispettato.

4. Osservazioni conclusive

In assenza di una normativa europea dedicata, l'attuazione del pilastro della Convenzione di Aarhus sull'accesso alla giustizia, per quanto concerne i ricorsi avverso l'operato delle autorità nazionali, continua a essere condizionata dalle regole processuali stabilite dagli ordinamenti degli Stati membri. La Corte, nell'esercizio della propria competenza pregiudiziale, ha contribuito ad ampliare le possibilità dei privati di agire in giudizio a livello nazionale, qualora i comportamenti contestati nei confronti degli Stati membri risultino lesivi di norme di diritto ambientale dell'Unione. Al riguardo, tuttavia, la giurisprudenza della Corte non è stata sempre lineare. In taluni casi, essa ha

⁷¹ Cfr. regolamento (UE) 167/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 febbraio 2013, relativo all'omologazione e alla vigilanza del mercato dei veicoli agricoli e forestali.

⁷² Cfr., *inter alia*, regolamento (UE) 2019/1009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, che stabilisce norme relative alla messa a disposizione sul mercato di prodotti fertilizzanti dell'UE; regolamento (UE) 528/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, relativo alla messa a disposizione sul mercato e all'uso dei biocidi; regolamento (CE) 1107/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 ottobre 2009, relativo all'immissione sul mercato dei prodotti fitosanitari.

riconosciuto alle persone fisiche e giuridiche la capacità di promuovere un ricorso, purché gli atti normativi oggetto della controversia contenessero disposizioni chiare e precise, tali da conferire agli interessati un vero e proprio diritto soggettivo. In altri casi, invece, i giudici di Lussemburgo sono pervenuti al medesimo risultato privilegiando una prospettiva differente, basata sulla nozione di tutela giurisdizionale effettiva. Benché sembri favorire, *pro futuro*, un rafforzamento della legittimazione processuale delle associazioni in sede nazionale, quest'evoluzione impone alcune considerazioni.

In primo luogo, i casi *Protect e Deutsche Umwelthilfe* confermano, anche in ambito ambientale, una giurisprudenza evolutiva della Corte già evidenziata in dottrina, tendente a fornire “an expansive reading” del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 47 della Carta⁷³. Tale disposizione, infatti, risulterebbe invocabile anche in assenza di un (altro) diritto soggettivo chiaramente conferito da una norma europea, purché la situazione in questione rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, rispettando il limite sancito dall'art. 51, par. 1, della Carta. Questa prospettiva, come sottolineato altrove, renderebbe l'art. 47 applicabile “also beyond clear situations in which a fundamental right is at stake”⁷⁴, estendendone in maniera significativa la portata. Assumendo siffatto approccio, infatti, detta norma non agirebbe soltanto come parametro delle norme processuali nazionali quando i soggetti invocano un diritto derivante dall'ordinamento dell'Unione, bensì acquisirebbe un contenuto autonomo, finalizzato a tutelare l'accesso alla giustizia delle persone fisiche o giuridiche allorché la controversia rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione⁷⁵.

In campo ambientale, le implicazioni di un simile sviluppo appaiono rilevanti. Se la capacità di agire in giudizio prescinde dall'individuazione di un diritto soggettivo, la possibilità delle associazioni di avviare un contenzioso dinanzi al giudice interno si rafforza in modo considerevole. La determinazione del *locus standi* delle associazioni, infatti, non dipenderebbe dall'esistenza di una posizione giuridica soggettiva chiaramente conferita dagli atti normativi di volta in volta applicabili. Al contrario, ricavare la legittimazione processuale dal combinato disposto degli artt. 9, par. 3, della Convenzione di

⁷³ M. BONELLI, *Effective Judicial Protection in EU Law*, cit., p. 42.

⁷⁴ M. ELIANTONIO, *The Relationship Between EU Secondary Rules and the Principles of Effectiveness and Effective Judicial Protection*, cit., p. 113.

⁷⁵ Cfr. M. BONELLI, *Effective Judicial Protection in EU Law*, cit.

Aarhus e 47 della Carta, significa riconoscere alle associazioni una sorta di “presunzione di legittimità”⁷⁶, autorizzandole, in via generale, a promuovere un ricorso avverso i comportamenti degli Stati membri suscettibili di arrecare un pregiudizio all’ambiente.

In questo modo, i giudici di Lussemburgo sembrano orientati a valorizzare il ruolo delle associazioni nel monitorare l’effettiva attuazione, all’interno degli ordinamenti nazionali, delle norme di diritto ambientale dell’Unione, rivolgendosi al giudice per pretenderne l’adempimento. La Corte ammette questo scenario esplicitamente, laddove ricorda agli Stati membri che le condizioni di accesso alla giustizia non possano “privare le associazioni per la tutela dell’ambiente della possibilità di far controllare il rispetto delle norme derivanti dal diritto dell’Unione in materia ambientale”⁷⁷. Come si può intuire, tale prospettiva è mossa dalla convinzione per cui, visto il carattere diffuso degli interessi sottesi a molteplici norme ambientali, numerose violazioni di dette norme rischierebbero altrimenti di non essere sufficientemente accertate.

Seppur auspicabile, tale evoluzione non risulta coerente rispetto alla posizione, decisamente più rigida, assunta dalla Corte qualora questioni analoghe si pongano dinanzi al giudice europeo. Ci si riferisce alle note limitazioni alla legittimazione attiva dei ricorrenti c.d. non privilegiati nell’ambito dei ricorsi per annullamento *ex art.* 263, quarto comma, TFUE⁷⁸. Sotto questo profilo, la giurisprudenza della Corte è sempre stata rigorosa, negando la legittimazione

⁷⁶ G. VALENTI, *L’interpretazione dell’articolo 9, par. 3 della Convenzione di Aarhus da parte della Corte di giustizia. Nuove prospettive in tema di legittimazione processuale delle associazioni ambientaliste?*, in *DPCE online*, 2023, p. 1483 ss., spec. p. 1493.

⁷⁷ Sentenza *Deutsche Umwelthilfe*, cit., punto 68.

⁷⁸ Tale questione è ampiamente dibattuta in dottrina. Cfr., *ex multis*, C. AMALFITANO, *Standing (Locus Standi): Court of Justice of the European Union (CJEU)*, in *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2021; R. MASTROIANNI, A. PEZZA, *Striking the Right Balance: Limits on the Right to Bring an Action Under Article 263(4) of the Treaty on the Functioning of the European Union*, in *American University International Law Review*, 2015, p. 743 ss.; S. MARINO, *La legittimazione attiva dei privati nel ricorso per annullamento: quali novità a seguito del Trattato di Lisbona?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, p. 1126 ss.; C. SCHEPISI, *Completezza e coerenza del sistema giurisdizionale dell’Unione europea alla luce del nuovo quarto comma dell’art. 263 TFUE*, in *AA. VV., Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, cit., p. 1245 ss.; A. M. ROMITO, *Il ricorso per annullamento ed i limiti alla tutela dei ricorrenti non privilegiati*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2013, p. 525 ss.; M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell’Unione europea*, Torino, 2009, p. 109 ss.

ad agire alle associazioni ambientaliste in quanto incapaci di dimostrare l'incidenza "diretta ed individuale" nei loro confronti dell'atto contestato⁷⁹.

Com'è evidente, tale situazione produce un'asimmetria sul piano della tutela giurisdizionale, allorché il ricorso giudiziario sia intentato in sede nazionale o europea⁸⁰. Nel primo caso, la Corte ha dimostrato di voler valorizzare il contenuto sostanziale dell'art. 9, par. 3, della Convenzione di Aarhus, favorendo un ampliamento delle istanze avanzate dai privati; nel secondo, invece, non si è mai discostata dalla propria giurisprudenza, richiedendo ai ricorrenti di provare la sussistenza di un interesse individuale diretto quale presupposto del *locus standi*. Benché le condizioni sulla legittimazione ad agire, essendo sancite dal diritto primario, rappresentino un vincolo probabilmente insuperabile, tale "doppio standard" risulta ormai difficilmente tollerabile⁸¹.

Non vi è dubbio, infine, che la giurisprudenza illustrata abbia avuto l'effetto di comprimere l'autonomia procedurale degli Stati membri nello stabilire le condizioni di accesso alla giustizia in materia ambientale, rafforzando al contempo il ruolo dei privati, incluse le associazioni competenti. Del resto, le esigenze di effettività della tutela giurisdizionale e di uniformità nell'applicazione del diritto proprie dell'ordinamento dell'Unione, mal si conciliano con le disparità esistenti tra i vari sistemi processuali nazionali. Tuttavia, l'attività della Corte, per quanto vigorosa, non può spingersi al punto da supplire all'inazione del legislatore europeo, finora non propenso ad adottare una normativa volta ad uniformare i requisiti processuali negli ordinamenti nazionali. In mancanza di norme comuni, la capacità delle associazioni di agire in giudizio a tutela dell'ambiente continuerà ad affidarsi al puntuale intervento del giudice

⁷⁹ Sulla legittimazione ad agire delle persone fisiche e giuridiche in ambito ambientale, cfr., *ex multis*, M. MESSINA, *Il locus standi delle persone fisiche e giuridiche e il problema dell'accesso alla giustizia climatica dinanzi al giudice dell'UE dopo la sentenza Carvalho: necessità di riforma della formula "Plaumann"?*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2022, p. 121 ss.; M. PAGANO, *Overcoming Plaumann in EU environmental litigation: an analysis of NGOs legal arguments in actions for annulment*, in *Diritto e processo*, 2019, p. 311 ss.; E. FASOLI, *Legal Standing of NGOs in Environmental Disputes in Europe*, in N. BOSCHIERO, C. PITEA, T. SCOVAZZI, C. RAGNI (eds.), *International Courts and the Development of International Law*, The Hague, 2013, p. 337 ss.

⁸⁰ Cfr. I. HADJIYIANNI, *Judicial Protection and the Environment in the EU Legal Order: Missing Pieces for a Complete Puzzle of Legal Remedies*, in *Common Market Law Review*, 2021, p. 777 ss.

⁸¹ G. CONTALDI, *L'accesso alla tutela in materia ambientale nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 741.

europeo, peraltro condizionato dal contenuto delle questioni pregiudiziali di volta in volta sollevate dal giudice *a quo*: un equilibrio che appare precario, nonché lontano dagli ambiziosi *standard* di protezione ambientale che l'Unione ha posto da tempo al centro della propria agenda politica.

LA DIMENSIONE ESTERNA DELLE POLITICHE UE
DI IMMIGRAZIONE E ASILO OLTRE L'APPROCCIO GLOBALE
E L'INFORMALIZZAZIONE: ALCUNE QUESTIONI GIURIDICHE
LEGATE AGLI SVILUPPI PIÙ RECENTI

Cristina Milano*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Accordi e clausole di riammissione: la strada maestra. – 3. Oltre la riammissione: il cambio di paradigma nell'azione esterna UE in materia di migrazione e asilo. – 4. La “terza frontiera”: le intese bilaterali tra Stati membri e Paesi terzi “al servizio” della politica migratoria europea. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Sin dal 2005, con l'Approccio globale in materia di migrazione¹ (GAM, dall'acronimo in lingua inglese), l'azione esterna dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo si è orientata verso forme di partenariato ad ampio spettro, in grado di perseguire gli obiettivi di politica migratoria in modo trasversale attraverso una pluralità di strumenti. Dal 2011 in poi, con il rinnovato Approccio globale in materia di migrazione e mobilità (d'ora in avanti, GAMM)² tale finalità è stata esplicitata, attraverso la definizione di un “quadro generale della politica migratoria esterna dell'UE, [che si basa] su autentici partenariati con i paesi terzi”, il quale è altresì volto ad “affrontare in modo globale ed equilibrato le questioni di migrazione e mobilità”³.

* Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi della Tuscia. L'autrice ringrazia la dott.ssa Daniela Vitiello per i preziosi spunti e suggerimenti ricevuti. Ogni omissione, imprecisione o errore è da attribuirsi esclusivamente all'autrice stessa.

¹ Conclusioni della Presidenza del Consiglio, del 17 dicembre 2005, in occasione del Consiglio europeo di Bruxelles del 15 e 16 dicembre 2005.

² COM (2011) 743 fin., del 18 novembre 2011. Sul punto, si vedano anche Consiglio, “*Conclusioni sull'approccio globale in materia di migrazione e mobilità*”, 3 maggio 2012, doc. n. 9417/12.

³ *Ivi*, p. 5.

Tale approccio globale è stato concepito per riflettere al meglio gli obiettivi strategici condivisi dagli Stati membri, attraverso strumenti di diversa natura, alcuni di carattere prettamente giuridico, altri di matrice sostanzialmente politica⁴. Tra gli strumenti di natura giuridica vengono annoverati le clausole c.d. “migratorie” e gli accordi di riammissione (d’ora in avanti, ARUE). Le prime sono previste, sin dagli anni Novanta⁵ all’interno di accordi internazionali a contenuto eterogeneo, i quali stabiliscono relazioni privilegiate fra l’UE, gli Stati membri e i Paesi terzi. Si tratta principalmente di accordi di associazione, partenariato o cooperazione, che presentano clausole volte a disciplinare diversi aspetti del fenomeno migratorio, da cui derivano soprattutto obblighi formali di riammissione⁶. I secondi, stipulati dall’Unione con i Paesi terzi⁷, trovano il proprio fondamento giuridico in una competenza esterna introdotta espressamente dal Trattato di Lisbona (art. 79, par. 3, TFUE⁸) e seguono, per la loro conclusione, la procedura all’uopo prevista nell’art. 218 TFUE.

⁴ Sul punto si veda, *ex multis*, F. TRAUNER, S. WOLFF, *The Negotiation and Contestation of EU Migration Policy Instruments: A Research Framework*, in *European Journal of Migration*, 2014, pp. 1-18; N. RESLOW, *Human rights, domestic politics, and informal agreements: parliamentary challenges to international cooperation on migration management*, in *Australian Journal of International Affairs*, vol. 73, n. 6, 2019, pp. 546-563.

⁵ Documento n. 12509/95, del 8 dicembre 1995, del Consiglio; documento n. 4272/96, del 22 gennaio 1996, del Consiglio.

⁶ P. GARCÍA ANDRADE, I. MARTÍN, *EU cooperation with third countries in the field of migration*, in *Study of the European Parliament*, 2015, p. 35; I. OTTAVIANO, *Gli accordi di riammissione dell’UE*, in F. CHERUBINI (a cura di), *Le migrazioni in Europa: UE, Stati terzi e migration outsourcing*, Bordeaux, 2015, pp. 97-163. Si rileva, inoltre, il contestuale sviluppo di clausole “migratorie” che mirano a garantire un equo trattamento dei cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti sul territorio dell’Unione e la cui finalità primaria, pertanto, non è la riammissione.

⁷ Nel momento in cui si scrive, l’Unione ha concluso diciotto ARUE (con Albania, Armenia, Azerbaijan, Bielorussia, Bosnia-Herzegovina, Capo Verde, Georgia, Hong Kong, Macao, Moldova, Montenegro, Macedonia del Nord, Pakistan, Russia, Serbia, Sri Lanka, Turchia e Ucraina). Il Consiglio ha, inoltre, conferito alla Commissione il mandato ad avviare i negoziati con ulteriori sei Paesi terzi: Algeria, Cina, Giordania, Marocco, Nigeria, Tunisia. L’elenco degli ARUE dell’Unione è reperibile al seguente indirizzo: www.home-affairs.ec.europa.eu/policies/migration-and-asylum/irregular-migration-and-return/return-and-readmission_en.

⁸ Su tale disposizione v., *ex multis*, A. ADINOLFI, *Commento all’art. 79 TFUE. La politica comune dell’immigrazione*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell’Unione europea*, Milano, 2014, pp. 488-497; A. DI PASCALE, *Commento agli artt. 78-79 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, Milano, 2014, pp. 846-858.

Prima di Lisbona l'azione europea in ambito di riammissione era riconducibile all'alveo dei poteri attribuiti all'allora Comunità europea ai sensi dell'art. 63, par. 3, lett. b), TCE, così come modificato dal Trattato di Amsterdam del 1997; tale disposizione, tuttavia, non faceva alcun esplicito riferimento né all'azione esterna dell'allora Comunità in materia di migrazione e asilo, né attribuiva alla stessa un'espressa competenza in tal senso, "limitandosi" a conferire al Consiglio la facoltà di adottare misure in materia di politiche dell'immigrazione (fra cui era ricompreso il rimpatrio delle persone residenti in maniera irregolare sul territorio degli Stati membri)⁹.

Accanto a tali strumenti di carattere convenzionale si sono gradualmente affermate nuove intese caratterizzate da uno spiccato livello di informalità¹⁰: dai Partenariati per la mobilità e le Agende comuni su migrazione e mobilità¹¹, adottati nel contesto del GAMM, alla Dichiarazione UE-Turchia¹² e ai *Compacts* ("patti"), adottati nell'ambito del Nuovo quadro di partenariato sulla migrazione del 2016¹³. In particolare, nella comunicazione della Commissione europea relativa alla creazione di siffatto quadro emerge chiaramente l'intenzione di indirizzare l'azione esterna dell'UE verso la conclusione di partenariati informali con i principali Paesi terzi di origine e di transito, adoperando

⁹ Cfr. A. ADINOLFI, *Commento all'art. 63 TCE*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 303 ss.; A. DI PASCALE, *Commento all'art. 63 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 448 ss.

¹⁰ In argomento, tra gli altri, V. ZAMBRANO, *Accordi informali con Stati terzi in materia di gestione dei flussi migratori: considerazioni critiche con riferimento alla prassi dell'Unione europea e dell'Italia*, in *fsjeurostudies.eu*, n. 1, 2019, pp. 119-148.

¹¹ P. GARCÍA ANDRADE, I. MARTÍN, *op. cit.*, p. 15.

¹² Consiglio europeo, *Dichiarazione UE-Turchia*, del 18 marzo 2016. Per approfondimenti su tale Dichiarazione si veda, *ex multis*, E. CANNIZZARO, *Disintegration Through Law?*, in *europeanpapers.eu*, vol. 1, n. 1, 2016, pp. 3-6; F. CHERUBINI, *The "EU-Turkey Statement" of 18 March 2016: A (Umpteenth?) Celebration of Migration Outsourcing*, in S. BALDIN, M. ZAGO (eds.), *Europe of Migrations: Policies, Legal Issues and Experiences*, Trieste, 2017, pp. 33-47; C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2, 2016; M. GATTI, *La dichiarazione UE-Turchia sulla migrazione: un trattato concluso in violazione delle prerogative del Parlamento?*, in *rivista.eurojus.it*, 2016; E. ROMAN, *L'accordo UE-Turchia: le criticità di un accordo a tutti i costi*, in *SIDIBlog*, 21 marzo 2016.

¹³ COM (2016) 385fin., del 7 giugno 2016.

altresì tutti gli strumenti e le leve a disposizione dell'Unione per una più efficace gestione del fenomeno migratorio¹⁴. Il Nuovo quadro prevede, infatti, il ricorso a una combinazione di incentivi positivi e negativi da integrare soprattutto nell'ambito delle politiche europee di vicinato, sviluppo e commercio; l'obiettivo è quello di ricompensare gli Stati terzi disposti a collaborare in modo effettivo con l'UE in materia di migrazione¹⁵, attraverso la prevenzione delle "partenze irregolari". Inoltre, secondo la Commissione, nessuna politica europea deve essere esclusa da questo approccio¹⁶: pertanto, sembrerebbe assistersi al consolidamento della prassi dell'informalizzazione altresì all'interno dei canali "tradizionali" di comunicazione che l'Unione ha convenzionalmente utilizzato per cooperare con Paesi terzi (*in primis*, la politica di sviluppo)¹⁷.

In questo contesto, l'azione bilaterale degli Stati membri ha compendiato e supportato l'azione "informale" dell'Unione, attraverso intese bilaterali con Paesi terzi di transito, che svolgono una funzione ancillare rispetto alle intese concluse a livello UE¹⁸. In altri casi, gli Stati membri hanno sviluppato forme di cooperazione bilaterale informale con i Paesi terzi su impulso e con il supporto dell'Unione stessa. Quest'ultima, infatti, si è servita della cooperazione "mediata" degli Stati membri per dialogare con tali Paesi¹⁹, facendo leva sui rapporti preferenziali di tali Paesi terzi con alcuni Stati membri. In questo modo, "elementi di competenza degli Stati membri"²⁰ sono stati mobilitati a sostegno dell'approccio globale e degli obiettivi di politica migratoria dell'Unione.

¹⁴ *Ivi*, p. 3 ss. Per approfondimenti sul punto si veda anche, *inter alia*, R. PALLADINO, *Nuovo quadro di partenariato dell'Unione europea per la migrazione e profili di responsabilità dell'Italia (e dell'Unione europea) in riferimento al caso libico*, in *fsjeurostudies.eu*, n. 2, 2018, pp. 104-134; F. GRAZIANI, *The European Union External Action on Migration and Asylum: The 2016 Migration Partnership Framework and Its Outcomes*, in *International Relations*, n. 1, 2017, pp. 30-41.

¹⁵ COM (2016) 385fin., cit., p. 9.

¹⁶ *Ivi*, p. 10.

¹⁷ Più nel dettaglio, M. LATEK, *Growing impact of EU migration policy on development cooperation*, in *European Parliamentary Research Service (EPRS)*, November 2015.

¹⁸ A. OTT, *Informalization of EU Bilateral Instruments: Categorization, Contestation, and Challenges*, in *Yearbook of European Law*, 2020, p. 30.

¹⁹ Cfr. D. VITIELLO, *Il contributo dell'Unione europea alla governance internazionale dei flussi di massa di rifugiati e migranti: spunti per una rilettura critica dei Global Compacts*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, n. 3, 2018, p. 22.

²⁰ Conclusioni del Consiglio europeo, del 28 giugno 2016, EUCO 26/16, p. 2.

Muovendo da una ricostruzione delle prime due tappe di sviluppo dell'azione esterna dell'Unione in materia di immigrazione e asilo (la fase convenzionale e lo sviluppo dell'informalizzazione), il presente contributo intende esplorare la “terza frontiera”²¹, rappresentata dall'azione degli Stati membri posta “al servizio” degli obiettivi di politica migratoria dell'UE.

2. *Accordi e clausole di riammissione: la strada maestra*

La prima fase di sviluppo della dimensione esterna delle politiche UE di immigrazione e asilo è caratterizzata dall'utilizzo da parte dell'Unione della riammissione come principale strumento di cooperazione. Pertanto, il ricorso a soluzioni vincolanti e proceduralmente conformi al diritto primario ha costituito la prima opzione utile scelta dall'UE al fine di rimpatriare i cittadini dei Paesi terzi in posizione irregolare²².

Gli accordi di riammissione sono stati definiti dalla Commissione europea come “accordi fra l'[UE] e/o uno Stato membro con un paese terzo che istituiscono, su basi di reciprocità, procedure rapide ed efficaci per l'identificazione e il rimpatrio ordinato e sicuro delle persone che non soddisfano, o non soddisfano più, le condizioni per l'ingresso, la presenza o il soggiorno nel territorio del paese terzo o di uno degli Stati membri dell'Unione e per agevolare il transito di tali persone in uno spirito di cooperazione”²³. Da tale definizione, risultano evidenti due elementi chiave: da un lato, l'art. 79, par. 3, TFUE conferisce all'Unione la competenza a concludere tali accordi con i Paesi terzi c.d. “strategici”²⁴; dall'altro, l'azione bilaterale degli Stati membri è giustificata

²¹ Sul punto, A. OTT, *Informalization of EU Bilateral Instruments*, cit.; A. OTT, *The “Contamination” of EU Law by Informalization?*, in *verfassungsblog.de*, 29 September 2020.

²² Si vedano, *ex multis*, M. GIUFFRÈ, *The Readmission of Asylum Seekers under International Law*, Oxford, 2020; S. CARRERA, *Implementation of EU Readmission Agreements: Identity Determination Dilemmas and the Blurring of Rights*, Berlin, 2016.

²³ Commissione europea, DG HOME, *Readmission agreement*, disponibile qui: www.home-affairs.ec.europa.eu/networks/european-migration-network-emn/emn-asylum-and-migration-glossary/glossary/readmission-agreement_en.

²⁴ Si rimanda per ulteriori approfondimenti a P. GARCÍA ANDRADE, *EU external competences in the field of migration: How to act externally when thinking internally*, in *Common Market Law Review*, n. 55, 2018, pp. 157-200.

dalla natura concorrente della competenza²⁵ e dalla particolare “cedevolezza” dell’azione esterna sovranazionale rispetto a quella nazionale in tale ambito materiale²⁶.

Un simile approccio è stato adottato sin dalla 2184a sessione Consiglio giustizia e affari interni (GAI) del 1999²⁷, con riferimento alle principali ripercussioni dell’entrata in vigore del Trattato di Amsterdam sugli accordi di riammissione: in quell’occasione – abbandonando l’ipotesi di una responsabilità esclusiva dell’allora Comunità nella conclusione di accordi di riammissione – si era consentito agli Stati membri di stipulare tale tipologia di accordi con i Paesi terzi, anche successivamente alla conclusione di ARUE o in seguito all’avvio dei negoziati, a condizione che l’azione negoziale statale non coincidesse in tutto e per tutto con quella sovranazionale²⁸. Questo può avvenire, ad esempio, “nel caso in cui l’accordo [dell’UE] o il mandato di negoziato contengono soltanto dichiarazioni generali in materia di riammissione, mentre uno o più Stati membri esigono disposizioni dettagliate al riguardo”²⁹.

Il rispetto del principio di leale cooperazione di cui all’art. 4, par. 3, TUE, è quindi centrale per garantire il corretto esercizio di questa competenza concorrente. Ne consegue, in caso di perfetta coincidenza dell’azione negoziale tra i livelli di governo, l’impossibilità per gli Stati membri di stipulare accordi di riammissione con un Paese terzo, anche nell’ipotesi in cui la Commissione

²⁵ J. P. CASSARINO, *Readmission Policy in the European Union*, Studio per il Parlamento europeo, 2010, p. 17. Cfr. C. MOLINARI, *Sincere Cooperation between EU and Member States in the Field of Readmission: The More the Merrier?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2021, pp. 269-289. *Contra*, v. la dottrina risalente, soprattutto M. SCHIEFFER, *Community Readmission Agreement with Third Countries*, in *European Journal of Migration and Law*, 2003, p. 343.

²⁶ F. NEGOZIO, *Gli accordi internazionali di riammissione dei migranti irregolari*, Londra, 2018, p. 10.

²⁷ 2184a sessione del Consiglio giustizia e affari interni, del 27 e 28 maggio 1999, p. 8. F. CASOLARI, *L’interazione fra accordi internazionali dell’Unione europea ed accordi conclusi dagli Stati membri con Stati terzi per il contrasto all’immigrazione irregolare*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2018, p. 10.

²⁸ Cfr. M. GIUFFRÈ, *Obligation to readmit? The relationship between interstate and EU readmission agreements*, in F. IPPOLITO, S. TREVISANUT (eds.), *Migration in the Mediterranean: Mechanisms of International Cooperation*, Cambridge, 2016, p. 263; M. PANIZZON, *Readmission Agreements of EU Member States: A Case for EU Subsidiarity or Dualism?*, in *Refugee Survey Quarterly*, vol. 31, n. 4, 2012, pp. 101-133.

²⁹ 2184a sessione del Consiglio giustizia e affari interni, cit., p. 8.

sia stata meramente investita del mandato a negoziare con quel determinato Paese terzo³⁰. Allo stesso tempo, restano salve le convenzioni in precedenza stipulate dai singoli Stati membri in materia di riammissione, purché in conformità con l'accordo europeo di riferimento³¹, e i protocolli di attuazione degli ARUE conclusi tra Stati membri e Paesi terzi³².

Tale impostazione – che trova altresì conferma nell'art. 2, par. 2, TFUE e nel Protocollo n. 25 allegato al Trattato di Lisbona – è comprovata dalla previsione, nella quasi totalità degli ARUE, di una clausola di subordinazione in base alla quale, in caso di incompatibilità, l'ARUE prevale su ogni accordo (o protocollo attuativo) concluso dagli Stati membri con il Paese terzo che ne è parte contraente³³.

Quanto alle clausole di riammissione, il modello “classico”, risalente agli anni Novanta, prevedeva l'obbligo per le parti contraenti dell'accordo di riammettere i propri cittadini emigrati in maniera irregolare, su base reciproca³⁴. Più nel dettaglio, in ragione delle riforme apportate dal Trattato di Amsterdam, il Consiglio europeo tenutosi a Tampere nel 1999 aveva invitato il Consiglio a “concludere accordi di riammissione o a includere clausole tipo in altri accordi fra Comunità europea e i paesi terzi o gruppi di paesi pertinenti”³⁵. In tal senso, sempre nel 1999 il Consiglio aveva introdotto un modello europeo “standardizzato” di clausole di riammissione³⁶, da inserire all'interno di tutti i futuri accordi comunitari e misti. Tale modello prevedeva, da un lato, l'impegno dello Stato terzo a concludere un accordo con la Comunità allo scopo di disciplinare i reciproci obblighi di riammissione³⁷; dall'altro, in attesa della conclusione di siffatto accordo, il paese terzo si impegnava altresì a stipulare accordi di riammissione su base bilaterale con singoli Stati membri³⁸.

³⁰ F. CASOLARI, *op. cit.*, p. 10 ss.

³¹ *Ibidem*.

³² Tali protocolli mirano, *inter alia*, a chiarire “practical and operational aspects for national authorities on when and how to readmit people who are irregularly present on their territories”. Cfr. *European Migration Network (EMN), Bilateral Readmission Agreements*, September 2022, p. 2.

³³ N. COLEMAN, *op. cit.*, p. 108.

³⁴ I. OTTAVIANO, *op. cit.*, p. 100 ss.

³⁵ Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo a Tampere, del 15 e 16 ottobre 1999, punto 27.

³⁶ Documento n.13409/99, del 25 novembre 1999, del Consiglio.

³⁷ *Ivi*, art. B.

³⁸ *Ivi*, art. C.

A partire dal 2002, questo modello tradizionale è stato sostituito dall'introduzione delle c.d. clausole "post Siviglia"³⁹, che si ritrovano soprattutto all'interno di accordi di associazione e cooperazione. Si tratta di disposizioni più generalmente riferite alla gestione del fenomeno migratorio nel suo complesso, inserite *inter alia*, come impegni a supportare lo sviluppo socioeconomico delle regioni di origine dei flussi migratori o, ancora, come la promessa di realizzare un dialogo più costruttivo sulla tematica della migrazione⁴⁰. Anche nel caso di queste clausole "di seconda generazione", comunque, il principale obiettivo resta il rimpatrio dei migranti irregolarmente presenti sul territorio europeo⁴¹.

Con specifico riferimento alla natura giuridica delle clausole in analisi, esse determinano per il Paese terzo il sorgere dell'obbligo di concludere accordi di riammissione con l'Unione (o con uno o più Stati membri), sebbene l'effettiva attuazione dell'obbligo *de contrahendo* sia spesso un risultato difficile da conseguire⁴². Un caso emblematico è rappresentato dall'Algeria, con la quale l'Unione aveva concluso un Accordo di Associazione Euro-Mediterraneo contenente, all'art. 84, una clausola di riammissione⁴³. Nondimeno, nonostante il mandato ufficialmente conferito dal Consiglio, i negoziati per la conclusione di un ARUE non sono mai decollati⁴⁴. Anche per questi motivi, secondo la Commissione europea, le clausole in oggetto non avrebbero il medesimo valore giuridico degli ARUE, configurandosi piuttosto come "clausole abilitanti"⁴⁵, che demandano "le disposizioni operative vere e proprie e le modalità procedurali" ad apposite convenzioni stipulate fra l'Unione e i Paesi terzi o, ancora, fra questi ultimi e gli Stati membri⁴⁶.

Inoltre, tanto le clausole di riammissione quanto gli ARUE assumono una funzione diversa a seconda che migranti che sono cittadini del Paese terzo che

³⁹ Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo a Siviglia, del 21 e 22 giugno 2002, punto 33.

⁴⁰ P. GARCÍA ANDRADE, I. MARTÍN, *op. cit.*, p. 35.

⁴¹ N. COLEMAN, *op. cit.*, p. 214.

⁴² *Ivi*, p. 218 ss.

⁴³ Decisione 2005/690/CE del Consiglio, del 18 luglio 2005, relativa alla conclusione dell'accordo euromediterraneo che istituisce un'associazione tra la Comunità europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica algerina democratica e popolare, dall'altra.

⁴⁴ P. GARCÍA ANDRADE, I. MARTÍN, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁵ COM (2002) 175fin., del 10 aprile 2002, pp. 25-26.

⁴⁶ *Ibid.*

è parte contraente, o, invece, migranti che vi hanno meramente transitato prima di giungere nel territorio degli Stati membri dell'UE (c.d. Paese di transito). Nel primo caso, tali strumenti sono intesi a promuovere il rispetto del principio di diritto internazionale consuetudinario che obbliga gli Stati a consentire il ritorno in patria dei propri cittadini⁴⁷. Nella seconda ipotesi, riferita alle clausole denominate "TCN" e agli ARUE con i Paesi di transito, questi ultimi assumono con l'Unione un obbligo di natura pattizia, consistente nella riammissione di cittadini stranieri e/o di apolidi. In quest'ultimo caso, i Paesi di transito sono ancor più restii ad avviare i negoziati con l'Unione al fine di concludere ARUE o di accettare clausole di riammissione, non sussistendo alcun legame di fatto e/o giuridico con lo straniero che sarebbero obbligati a riammettere. Ciò ha richiesto la previsione di incentivi particolarmente onerosi, soprattutto di carattere economico, secondo una logica di condizionalità positiva (*more for more*)⁴⁸.

3. *Oltre la riammissione: il cambio di paradigma nell'azione esterna UE in materia di migrazione e asilo*

Durante gli ultimi dieci anni, l'Unione ha compiuto progressi limitati nella conclusione di ARUE. I Paesi *partner* sono risultati tendenzialmente restii a cooperare con l'Unione attraverso le vie tradizionali sopra descritte, sia per i vincoli che la conclusione di accordi internazionali comporta, sia per le connesse difficoltà negoziali, sia per le problematiche attuative degli strumenti convenzionali⁴⁹. A partire dalla c.d. crisi dei rifugiati, che ha interessato il continente europeo tra il 2015-2016, l'azione esterna dell'Unione in materia di

⁴⁷ Norma consuetudinaria che è contenuta all'art. 13 della Dichiarazione universale dei diritti umani ed è stata altresì codificata in diversi strumenti pattizi relativi alla protezione dei diritti umani, come, ad esempio: l'art. 12, par. 4, del Patto sui diritti civili e politici; l'art. 5 della Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale; l'art. 3, par. 2, del protocollo n. 4 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). J. P. CASSARINO (a cura di), *I negoziati relativi alla riammissione nell'ambito del processo di Barcellona*, Roma, 2004, p. 4.

⁴⁸ Con riguardo alla condizionalità di tipo positivo essa "aims to reward a state if it fulfils the imposed conditions". Cfr. D. KIPP, N. KNAPP, A. MEIER, *Negative Sanctions and the EU's External Migration Policy: "Less for Less" Not Fit for Purpose*, in *SWP Comments*, 2020, p. 2.

⁴⁹ Corte dei Conti europea, *La cooperazione dell'UE con i paesi terzi in materia di riammissione: azioni pertinenti hanno prodotto risultati limitati*, relazione speciale n. 17, 2021.

immigrazione e asilo ha, pertanto, subito un cambio di paradigma, caratterizzato dal diffuso ricorso a strumenti atipici di cooperazione, di tipo *soft*.

Questa fase dell'azione esterna europea differisce dalla prima sia dal punto di vista formale che da quello sostanziale. Dal punto di vista formale, l'approccio *soft*⁵⁰ è stato sviluppato a partire dalla Dichiarazione UE-Turchia del 2016, la quale ha rappresentato un vero e proprio schema di riferimento per l'elaborazione della nuova strategia di cooperazione europea con Paesi terzi di particolare rilevanza nell'ambito della gestione dei movimenti migratori, contenuta nel già citato quadro di partenariato sulla migrazione⁵¹. Dal punto di vista sostanziale, anche se l'obiettivo di breve periodo di tale quadro resta l'incremento dei tassi di rimpatrio nei Paesi di origine e di transito, nel lungo periodo il *framework* si propone obiettivi più estesi e ambiziosi, come quello di "intensificare ulteriormente gli sforzi per affrontare le cause profonde della migrazione irregolare e dello sfollamento forzato e sviluppare la capacità delle comunità di accoglienza e delle istituzioni competenti"⁵².

Gli strumenti giuridici previsti dalla nuova strategia europea assumono le più svariate forme. Rilevano, in particolare, i patti (*compacts*), ossia "pacchetti" che prevedono impegni congiunti non solo in ambito di migrazione e mobilità, ma anche in altri ambiti, ascrivibili a diverse competenze dell'Unione europea, come la politica commerciale, la cooperazione allo sviluppo, l'energia, la sicurezza, e la sicurezza digitale⁵³. Accanto a tali *compacts*, rinnovato impulso hanno ricevuto le intese di natura politica già previste nell'ambito del GAMM,

⁵⁰ S. POLI, "Flexible" cooperation between the European Union and third countries to contain migration flows and the uncertainties of "compensation measures": the case of the resettlement of refugees in EU Member States, in *DPCE online*, n. 4, 2020, p. 5272 ss.

⁵¹ A. OTT, *EU-Turkey Cooperation in Migration Matters: a Game-Changer in a Multi-Layered Relationship?*, in F. IPPOLITO, G. BORZONI, F. CASOLARI (eds.), *Bilateral relations in the Mediterranean*, Cheltenham, 2020, pp. 184-213.

⁵² COM (2016) 385final, cit., p. 6.

⁵³ Commissione europea, *Migration Partnership Framework A New Approach to better Manage Migration*, documento disponibile qui: www.eeas.europa.eu/sites/default/files/factsheet_ec_format_migration_partnership_framework_update_2.pdf. In questo senso, si veda anche J. SANTOS VARA, *Soft international agreements on migration cooperation with third countries: a challenge to democratic and judicial controls in the EU*, in S. CARRERA, J. SANTOS VARA, T. STRIK (eds.), *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis: Legality, Rule of Law and Fundamental Rights Reconsidered*, Cheltenham, 2019, pp. 25-28.

come, ad esempio, le agende comuni, i comunicati congiunti, i dialoghi in tema di migrazione⁵⁴. Questi strumenti sono diventati centrali nella dimensione esterna delle politiche UE in materia di migrazione e asilo, favorendo rimpatri rapidi e valorizzando l'aspetto operativo della cooperazione⁵⁵. Appartengono al novero di tali strumenti atipici, tra l'altro, la Dichiarazione congiunta sulla cooperazione in materia migratoria tra Ghana e UE del 2016⁵⁶ e la Dichiarazione congiunta UE-Afghanistan sulla cooperazione in materia di migrazione del 2021⁵⁷.

Per quanto riguarda il primo strumento menzionato, la Dichiarazione congiunta con il Ghana è stata siglata dai rappresentanti del governo ghanese e dal Ministro degli Esteri olandese, in visita nel paese per conto dell'allora Alto rappresentante, Federica Mogherini. L'intesa dimostra chiaramente la volontà dello Stato africano di rafforzare la cooperazione con l'Unione in materia di rimpatri di cittadini ghanesi in posizione irregolare all'interno del territorio europeo⁵⁸: in particolare, le parti si impegnano ad assicurare la piena efficienza e la rapidità delle procedure di riammissione, nonché il rilascio tempestivo dei documenti di viaggio necessari per il rimpatrio, riconoscendo che “an effective return policy is an integral part of migration management and will deter further irregular migration”⁵⁹.

Inoltre, anche il principale obiettivo dalla cooperazione con l'Afghanistan consiste nella prevenzione all'immigrazione irregolare, attraverso il rimpatrio dei cittadini afgani che non sono legalmente soggiornanti nell'Unione e non

⁵⁴ D. VITIELLO, *Il contributo dell'Unione europea alla governance internazionale dei flussi di massa di rifugiati e migranti*, cit., pp. 22-34.

⁵⁵ COM (2016) 385final, cit., p.6.

⁵⁶ “Joint Declaration on Ghana-EU Cooperation on Migration” (JDG), 16 April 2016.

⁵⁷ “Joint Declaration on Migration Cooperation between Afghanistan and the EU”, 26 aprile 2021. La Dichiarazione ricalca in gran parte il contenuto della precedente “Joint Way Forward on Migration Issues between Afghanistan and the EU” (JWF), 2 October 2016. In argomento, E. ROMAN, *The Burden of Being “Safe”*, in *verfassungsblog.de*, 1 October 2020. Per un confronto tra i due strumenti, si veda anche European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *The JDMC: deporting people to the world's least peaceful country. Ecre's analysis of the Joint Declaration on Migration Cooperation (JDMC) between the EU and Afghanistan*, 2021.

⁵⁸ K. ARHIN-SAM, A. FAKHRY, V. RIETIG, *Ghana as the EU's Migration Partner: Actors, Interests, and Recommendations for European Policymakers*, German Council on Foreign Relations, report n. 7, April 2021, p. 17.

⁵⁹ Dichiarazione congiunta sulla cooperazione in materia migratoria tra Ghana e UE, p. 4.

hanno titolo per beneficiare della protezione internazionale⁶⁰, allo scopo di facilitare il loro reinserimento nel Paese d'origine “in a spirit of cooperation”⁶¹; le parti ribadiscono altresì il loro impegno nella lotta contro il traffico di migranti e la tratta di esseri umani⁶². Nonostante il contenuto della Dichiarazione congiunta sia molto simile a quello di un accordo formale di riammissione⁶³, il preambolo dello strumento in esame precisa la sua natura non giuridicamente vincolante⁶⁴, confermando che si tratta di una dichiarazione politica che non intende creare diritti e obblighi tra le parti in base al diritto internazionale o al diritto interno. L'intesa con l'Afghanistan, pertanto, si inserisce nel solco della Dichiarazione UE-Turchia: tuttavia, a differenza di quest'ultima, la Dichiarazione congiunta risulta senza dubbio imputabile all'Unione, la quale viene espressamente indicata come parte firmataria (e dunque contraente) dell'accordo del 2021⁶⁵.

L'azione informale dell'Unione viene, inoltre, sostenuta da meccanismi di attuazione, altrettanto *soft*, sia ad opera delle Agenzie europee (*in primis*, Frontex) che dei singoli Stati membri⁶⁶. Con riferimento alle prime, si pensi ai c.d. “accordi di lavoro” di Frontex, qualificabili come meccanismi di cooperazione inter-amministrativa conclusi dall'Agenzia europea con le competenti autorità dei Paesi terzi, che non comportano nessun impegno per l'Unione sul piano internazionale⁶⁷.

Per quanto riguarda, invece, gli Stati membri, in alcune ipotesi la loro iniziativa bilaterale in materia di immigrazione e asilo, mentre da un punto di

⁶⁰ La Dichiarazione include fra le persone soggette alla riammissione anche gruppi di individui particolarmente vulnerabili, come, ad esempio, i minori non accompagnati. Cfr. E. FERNANDO GONZALO, *EU's Readmission Deals under the Light of Global Compact on Migration*, in *ASILE Working Paper*, 2022, p. 6.

⁶¹ Dichiarazione congiunta UE-Afghanistan, Preambolo.

⁶² *Ivi*, parte V.

⁶³ L. LIMONE, *EU-Afghanistan “Joint Way Forward on migration issues”: another “surrealist” EU legal text ?*, in *European Area of Freedom Security & Justice*, 2017.

⁶⁴ Non prevedendo nemmeno un coinvolgimento diretto da parte del Parlamento europeo.

⁶⁵ L. LIMONE, *op. cit.*

⁶⁶ A. OTT, E. VOS, F. COMAN-KUND, *European Agencies on the global scene: EU and international law perspectives*, in M. EVERSON, C. MONDA, E. VOS (eds.), *European Agencies in between Institutions and Member States*, Alphen aan den Rijn, 2014, pp. 87-122.

⁶⁷ D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, Bari, 2020, p. 45, spec. pp. 117 e 118.

vista formale si inquadra come espressione della competenza statale – rispetto alla quale gli strumenti *soft* dell'Unione dovrebbero svolgere soltanto una funzione di supporto –, da un punto di vista sostanziale si configura come strumentale all'esercizio effettivo dell'azione europea in ambito migratorio. Si pensi al caso della già citata cooperazione UE-l'Afghanistan: contemporaneamente alla conclusione nel 2016 della precedente *Joint Way Forward on migration issues* da parte dell'Unione, gli Stati membri (in particolare, Svezia, Germania e Finlandia) hanno continuato a concludere accordi di carattere non vincolante con il Paese terzo⁶⁸, al fine di assicurare che lo Stato in esame faciliti la riammissione dei cittadini illegalmente residenti nell'Unione. Gli Stati membri, pertanto, hanno adottato misure di sostegno (*flanking measures*) per supportare l'attuazione della *Joint Way Forward* (oggi Dichiarazione congiunta) siglata dall'Unione volte a garantire la corretta applicazione delle modalità di rimpatrio, identificazione e documentazione degli individui coinvolti⁶⁹. Inoltre, il preambolo della Dichiarazione congiunta chiarisce che esso “comes in support of the EU Member States bilateral relations with Afghanistan and cannot be interpreted as superseding the existing or preventing the conclusion of future bilateral agreements between the [...] Member States and Afghanistan”. In dottrina è stato dunque sostenuto che la politica di riammissione UE, così come presentata nella Dichiarazione, avrebbe caratteri molto più simili ad una politica di sostegno, coordinamento e completamento, ai sensi dell'art. 2, par. 5, che a una competenza concorrente, come quella, invece, in tema di stipulazione di accordi di riammissione⁷⁰.

Da un punto di vista formale, la conclusione di simili intese politiche viene

⁶⁸ Sebbene sia stato obiettato che la Dichiarazione congiunta “is not binding despite its wording, content and objectives being the same as any other standard EU readmission agreement”. Cfr. J. P. CASSARINO, M. GIUFFRÉ, *Finding Its Place In Africa: Why has the EU opted for flexible arrangements on readmission?*, in *Hal Open Science*, 2017, p. 4.

⁶⁹ A. OTT, *Informalization of EU Bilateral Instruments*, cit., p. 2.

⁷⁰ F. CASOLARI, *op. cit.*, p. 24. Si noti che le intese che coinvolgono gli Stati membri e l'UE nell'ambito della dimensione esterna in materia di migrazione e asilo dovrebbero essere altrimenti stipulate nella forma di accordi misti, con il rispetto di tutte le rigide procedure che ne conseguono. Con tutta probabilità, la volontà di evitare la forma dell'accordo misto, accompagnata dalla consapevolezza di aggirare i limiti delle procedure stabilite nei Trattati, è una tra le principali ragioni per cui si è optato per la forma “flessibile”. Per maggiori approfondimenti sugli accordi misti, si veda, tra gli altri, A. PISAPIA, *Gli accordi misti nel quadro delle relazioni esterne dell'Unione europea*, Torino, 2019.

sottratta alle procedure previste dai Trattati per la stipula di accordi internazionali; invero, la natura non vincolante consente di aggirare l'art. 218 TFUE. Allo stesso tempo, la dichiarata natura politica di un'intesa non implica necessariamente che essa non possa produrre effetti giuridici vincolanti⁷¹. A tal proposito, l'avvocato generale Sharpston ha affermato che "il fatto di qualificare l'atto come «politico» non lo colloca necessariamente al di fuori dell'ambito di applicazione dell'articolo 263 TFUE, purché esso produca effetti giuridici"⁷².

Il problema resta quello di determinare la natura giuridica e l'imputazione di queste intese. Un caso emblematico è rappresentato dalla Dichiarazione UE-Turchia, la quale, secondo la posizione ufficiale delle istituzioni europee, si configurerebbe come strumento di carattere non vincolante, anche tenendo conto del fatto che il suo contenuto è stato diffuso esclusivamente attraverso un comunicato stampa del Consiglio europeo. Nel caso *N.F., NG. e NM*⁷³, il Tribunale ha, inoltre, negato la sua competenza a pronunciarsi sulla Dichiarazione in esame a prescindere dalla qualificazione di quest'ultima in termini di accordo internazionale: in particolare, i ricorrenti contestavano la legittimità dell'atto, configurandolo come accordo concluso dall'UE in violazione delle norme procedurali stabilite nei Trattati. Di contro, i giudici europei hanno concluso affermando che la Dichiarazione deve essere imputata esclusivamente ai capi di Stato o di governo dei singoli Stati membri e al Primo ministro turco, i quali non hanno in nessun modo agito in nome dell'Unione⁷⁴. Resta il fatto che lo strumento in questione prevede obblighi espressi a carico

⁷¹ Sentenza della Corte del 16 luglio 2015, causa C-425/13, *Commissione c. Consiglio*, punto 25.

⁷² Conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston, del 26 novembre 2015, causa C-660/13 *Consiglio c. Commissione*, punto 60. D. VITIELLO, *Legal Narratives of the EU External Action in the Field of Migration and Asylum: From the EU-Turkey Statement to the Migration Partnership Framework and Beyond*, in V. MITSILEGAS, V. MORENO-LAX, N. VAVOULA (eds.), *Securitisating Asylum Flows: Deflection, Criminalisation and Challenges for Human Rights*, Leiden-Boston, 2020, p. 154.

⁷³ Ordinanza del Tribunale del 28 febbraio 2017, cause riunite T-192/16, T-193/16 e T-257/16, *NF, NG e NM c. Consiglio europeo*.

⁷⁴ Per un commento sulla pronuncia, E. CANNIZZARO, *Denialism as the Supreme Expression of Realism – A Quick Comment on NF v. European Council*, in *europeanpapers.eu*, vol. 2, n. 1, 2017.

dell'Unione europea e della controparte turca⁷⁵, come ad esempio il meccanismo di *resettlement*, ai sensi del quale “per ogni siriano rimpatriato in Turchia dalle isole greche un altro siriano sarà reinsediato dalla Turchia all'UE tenendo conto dei criteri di vulnerabilità delle Nazioni Unite”⁷⁶. Inoltre, sebbene il diritto primario non precluda in linea di principio la conclusione di intese politiche o accordi atipici, il proliferare di questi strumenti potrebbe incidere significativamente sull'equilibrio istituzionale europeo. Invero, come chiarito dalla stessa giurisprudenza di Lussemburgo⁷⁷, il riparto di poteri delle istituzioni europee deve essere rispettato anche per la conclusione di strumenti informali, in quanto, a tali fini, il carattere vincolante o meno degli impegni assunti dall'Unione sul piano internazionale non rileva⁷⁸. Eppure, al contrario di quanto previsto per gli accordi internazionali, il Parlamento risulta di fatto escluso dalla conclusione di queste *partnerships*, determinando un *deficit* rappresentativo di non poca rilevanza nell'ambito dell'azione esterna UE in tema di migrazione e asilo⁷⁹.

4. La “terza frontiera”: le intese bilaterali tra Stati membri e Paesi terzi “al servizio” della politica migratoria europea

La tendenza all' “informalizzazione” dimostra l'urgenza di cercare soluzioni più flessibili ed efficaci per la cooperazione con i Paesi terzi in questo

⁷⁵ A sostegno della qualificazione della Dichiarazione come accordo internazionale, tra gli altri, C. FAVILLI, *Nel mondo dei “non-accordi”*. Protetti sì, purché altrove, in *Questione Giustizia*, 2020; M. GATTI, *op. cit.*

⁷⁶ Dichiarazione UE-Turchia, cit., punto d'azione 2).

⁷⁷ Si veda, *inter alia*, sentenza della Corte del 23 marzo 2004, causa C-233/02, *Francia c. Commissione*, punto 40; sentenza della Corte del 14 aprile 2015, causa C-409/13, *Consiglio c. Commissione*, punto 64; conclusioni dell'Avvocato generale Alber, del 25 settembre 2003, causa C-233/02, *Francia c. Commissione*, punto 66.

⁷⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Tesouro, del 16 dicembre 1993, causa 327/91, *Francia c. Commissione*, punto 22 ss.; P. GARCÍA ANDRADE, *The Distribution of Powers Between EU Institutions for Conducting External Affairs through Non-Binding Instruments*, in *europeanpapers.eu*, vol. 1, n. 1, 2016, p. 118 ss.

⁷⁹ S. POLI, *The Integration of Migration Concerns into EU External Policies: Instruments, Techniques and Legal Problems*, in *europeanpapers.eu*, vol. 5, n. 1, 2020, p. 8.

ambito materiale e, al contempo, garantiste delle posizioni giuridiche individuali⁸⁰. A mero titolo esemplificativo, il Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo⁸¹, oltre ad evidenziare la priorità di dare attuazione agli ARUE e alle intese esistenti in materia di riammissione⁸², ha affermato che è altrettanto necessario cooperare con i principali Stati terzi di origine dei migranti irregolarmente presenti sul territorio europeo, mobilitando tutte le politiche e gli strumenti pertinenti⁸³. Parimenti, il Consiglio europeo, nella riunione straordinaria del 9 febbraio 2023, ha ribadito l'intenzione dell'Unione di ricorrere a tutte le leve a sua disposizione (visti, pressioni diplomatiche, cooperazione allo sviluppo e commercio, ma anche percorsi migratori legali e sicuri), al fine di ottenere una collaborazione effettiva con i Paesi terzi in ambito di rimpatrio e riammissione⁸⁴.

Tale approccio segna il passaggio a un'impostazione "olistica", che non solo cristallizza l'approccio basato sulla "esternalizzazione informale", ma lo estende a ulteriori settori di competenza dell'Unione europea, come leva nel controllo della migrazione irregolare⁸⁵. Tale impostazione trova conferma nel Meccanismo di coordinamento operativo per la dimensione esterna della migrazione (MOCADDEM)⁸⁶, in base al quale dovrebbe essere esperita "qualsiasi

⁸⁰ Per approfondimenti, si veda, *ex multis*, S. RÖHLK, *The EU's informal migration deals and their compliance with the rights of migrants*, Netherlands, 2022.

⁸¹ COM (2020) 609fin., del 23 settembre 2020.

⁸² *Ivi*, p. 27. Più nel dettaglio, F. MARTINES, *Il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo e la riammissione dei migranti irregolari da parte dei paesi di origine o di transito*, in *I Post di AISDUE*, n. 4, 2020, pp. 44-62.

⁸³ *Ivi*, p. 24.

⁸⁴ Conclusioni della Riunione straordinaria del Consiglio europeo, del 9 febbraio 2023, EUCO 1/23, punto 22.

⁸⁵ D. VITIELLO, *Poteri operativi, accountability e accesso alla giustizia nella gestione integrata delle frontiere esterne dell'Unione europea. Una prospettiva sistemica*, in *I Post di AISDUE*, n. 10, 8 febbraio 2023, p. 463.

⁸⁶ Decisione di esecuzione 2022/60 del Consiglio, del 12 gennaio 2022, relativa al meccanismo di coordinamento operativo per la dimensione esterna della migrazione. Fino ad ora, sono stati resi noti due "MOCADDEM action file", relativi al Niger e alla Libia: MOCADDEM, *Action File: Niger*, 8 February 2022; MOCADDEM, *Action File: Libia*, 11 February 2023. Per approfondimenti, si rimanda a V. BLAIOTTA, *In Context: MOCADDEM Action File Niger*, in *Migrationcontrol.info*, 2022; Editorial Office Migration-Control, *All sails set for more of the same: Leaked EU Document on the Operational Coordination Mechanism for the External Dimension of Migration*, in *Migrationcontrol.info*, 2022.

azione che, nelle relazioni dell'UE con Paesi non-UE, possa contribuire al raggiungimento degli obiettivi dell'Unione nel campo delle migrazioni, tra cui: un approccio politico o diplomatico, un'azione di sostegno al Paese terzo coinvolto, [...] la mobilitazione di qualsiasi leva disponibile, ad esempio il sostegno finanziario, o la gestione dei visti o qualsiasi altra politica”⁸⁷. Da un punto di vista tecnico, il funzionamento del MOCADDEM è costruito sulla base del meccanismo europeo integrato per la risposta politica alle crisi⁸⁸, nonostante il MOCADDEM differisca da quest'ultimo “nel suo scopo, nella misura in cui il nuovo dispositivo è destinato a trattare le relazioni con i paesi terzi in materia di migrazioni”⁸⁹.

La tendenza descritta sinora è stata altresì avallata dal già citato Nuovo Patto, il quale ha sottolineato l'importanza per l'Unione non solo di stipulare ARUE, ma anche la necessità di “instaurare con i Paesi terzi partenariati completi, equilibrati, mirati e reciprocamente vantaggiosi in materia di migrazione”⁹⁰, oltre all'esigenza di “avvalersi dell'esperienza e delle relazioni privilegiate che alcuni Stati membri hanno costruito con importanti partner”⁹¹. Tale esplicito riferimento all'azione nazionale può essere inteso come espressione di un'ulteriore fase evolutiva dell'azione esterna in materia di immigrazione e asilo, in cui si assiste al potenziamento e alla valorizzazione di strade alternative e nazionali alla cooperazione istituzionalizzata con l'Unione⁹². In realtà, il ruolo attivo degli Stati membri a supporto dell'azione esterna europea era già stato incrementato durante la prima fase dell'informalizzazione⁹³. Tuttavia, negli ultimi anni si assiste a un ulteriore sviluppo, consistente nella delega agli Stati membri per la conclusione di intese che l'Unione non può o non vuole concludere. Quindi, se in precedenza si osservava l'impegno dell'Unione e degli Stati membri a concludere “hybrid instruments either by collaborating jointly, in parallel or alternatively”⁹⁴, negli ultimi anni si

⁸⁷ Decisione di esecuzione 2022/60, cit., art. 2.

⁸⁸ Decisione di esecuzione 2018/1993 del Consiglio, del 11 luglio 2018, relativa ai dispositivi integrati dell'UE per la risposta politica alle crisi.

⁸⁹ Decisione di esecuzione 2022/60, cit., considerando n. 6.

⁹⁰ COM (2020) 609fin., cit., p. 2. Cfr. COM (2021) 56fin., del 10 febbraio 2021, p. 1.

⁹¹ COM (2020) 609fin., cit., p. 20.

⁹² Cfr. A. SARDU, *L'Informal International Lawmaking in materia di riammissione: prassi e implicazioni sul rapporto tra diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, in *fsjeurostudies.eu*, n. 2, 2021, p. 329.

⁹³ A. OTT, *Informalization of EU Bilateral Instruments*, cit., p. 2.

⁹⁴ *Ivi*, p. 29.

rileva l'offerta di sostegno attivo e supporto economico da parte dell'Unione alla conclusione di intese informali da parte degli Stati membri con Paesi terzi di rilevanza cruciale per il controllo delle frontiere esterne, adoperando di fatto i singoli Stati come "intermediari"⁹⁵.

Ne è una dimostrazione il *Memorandum of Understanding* (MoU) del 2 febbraio 2017 siglato da Italia e Libia⁹⁶, in base al quale le parti contraenti si impegnano reciprocamente a adottare misure di contrasto all'immigrazione illegale, nonché di rafforzamento della sicurezza delle frontiere, col fine ultimo di consolidare le relazioni proficue e pacifiche fra i due Paesi⁹⁷. In una comunicazione congiunta la Commissione ha, infatti, ribadito il suo impegno a sostenere l'iniziativa intrapresa dal governo italiano attraverso "l'impiego di tutti gli strumenti disponibili a livello di Unione e con un approccio coerente e comune"⁹⁸. Si osservi come tale cooperazione "mediata" tra l'Unione e i Paesi terzi permette all'UE di espandere notevolmente lo spettro della sua azione esterna in materia di asilo e immigrazione, in assenza di formale sottoscrizione di obblighi internazionali con il Paese terzo riguardato⁹⁹. In questo modo,

⁹⁵ D. VITIELLO, *Il contributo dell'Unione europea alla governance internazionale dei flussi di massa di rifugiati e migranti*, cit., p. 23.

⁹⁶ "Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana", 2 febbraio 2017.

⁹⁷ In particolare, mentre l'Italia si impegna a fornire finanziamenti e incentivi economici al Paese africano, quest'ultimo si assume il compito di intercettare le barche di migranti irregolari che si accingono a raggiungere le coste europee. Per approfondimenti, si veda, tra gli altri, G. LICASTRO, *Brevi e mirati spunti di riflessione sul recente memorandum di intesa Italia-Libia*, in *Blog CROI*, 2017; E. VARI, *Italy-Libya Memorandum of Understanding: Italy's International Obligations*, in *Hastings International & Comparative Law Review*, vol. 43, 2020.

⁹⁸ JOIN (2017) 4def, del 25 gennaio 2017, p. 3. Allo stesso modo, nel *summit* informale dei Capi di Stato e di Governo che ha avuto luogo a Malta nel 2017 ("Dichiarazione di Malta") il Consiglio europeo ha assicurato il sostegno dell'Unione agli sforzi e alle iniziative dei singoli Stati membri impegnati direttamente con la Libia, affermando che l'UE sarebbe stata pronta a sostenere l'Italia nell'attuazione del MoU. Consiglio europeo, *Dichiarazione di Malta dei membri del Consiglio europeo sugli aspetti esterni della migrazione: affrontare la rotta del Mediterraneo centrale*, 3 febbraio 2017, par. 6, lett. i. Sul punto, F. L. GATTA, *Recenti sviluppi nelle politiche di controllo migratorio in Europa*, in *rivista.eurojus.it*, 2020, p. 131.

⁹⁹ Come è accaduto, invece con la Dichiarazione UE-Turchia, che di fatto ha dato avvio a tale cooperazione "mediata".

l'operato dei governi nazionali si pone a complemento del quadro di partenariato informale dell'Unione, permettendo alla stessa di sfuggire alla responsabilità internazionale derivante dalla cooperazione con Paesi non propriamente noti per il rispetto dei diritti fondamentali¹⁰⁰.

Lo stesso discorso vale altresì per la Tunisia (oggi più che mai al centro del dibattito politico europeo), con la quale l'UE collabora indirettamente attraverso il supporto fornito ai suoi Stati membri: si noti, infatti, che mentre la cooperazione in tale ambito tra il paese africano e l'Unione non ha prodotto risultati eccelsi, sin dagli anni Novanta Tunisi intrattiene, invece, forme di cooperazione molto efficaci con singoli Stati membri, in particolare con l'Italia¹⁰¹. Anche in questo caso, la Commissione ha riaffermato la necessità di “unire gli sforzi” a livello statale e sovranazionale per una più efficace gestione del fenomeno migratorio in partenariato con la Tunisia¹⁰². Lo scorso 11 giugno la Commissione europea ha rilasciato un comunicato stampa¹⁰³, in cui sono state delineate le prossime tappe della cooperazione fra la Tunisia, rappresentata dal Presidente Kaïs Saïed, e il “Team Europa” (composto dalla Presidente della Commissione, Ursula von der Leyen, dal Presidente del Consiglio italiano, Giorgia Meloni, nonché da Mark Rutte, Primo ministro olandese). La cooperazione si fonda su cinque pilastri, di cui il quarto è espressamente dedicato al tema della migrazione: in particolare, l'Unione si impegna a corrispondere alla Tunisia un sostegno finanziario dell'ammontare di cento milioni di euro da utilizzare per il controllo delle frontiere, i rimpatri, la ricerca e il salvataggio in mare, nonché per la lotta contro il traffico dei migranti.

L'approccio adottato è, ancora una volta, di natura olistica: “[to] support a holistic migration policy rooted in the respect of human rights”¹⁰⁴. Inoltre, si conferma il sostegno politico e finanziario dell'Unione all'Italia allo scopo di

¹⁰⁰ D. VITIELLO, *Il contributo dell'Unione europea alla governance internazionale dei flussi di massa di rifugiati e migranti*, cit., p. 23.

¹⁰¹ Soprattutto per quanto riguarda la riammissione e i rimpatri. Cfr. EuroMed Rights, *The Policy of Forced Returns Between Italy and Tunisia*, Return Mania. Mapping policies and practices in the EuroMed Region, April 2021.

¹⁰² JOIN (2016) 47def, del 29 settembre 2016, par. 4.6.

¹⁰³ Commissione europea, *Press statement by President von der Leyen with Italian Prime Minister Meloni, Dutch Prime Minister Rutte and Tunisian President Saïed*, 11 June 2023.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

contrastare il fenomeno dell'immigrazione irregolare¹⁰⁵. D'altronde, a fronte del rifiuto del Presidente tunisino di piegarsi ai “foreign diktats”¹⁰⁶ del Fondo monetario internazionale per la concessione di un prestito da 1,9 miliardi di euro¹⁰⁷, alla Tunisia sembrerebbero fare comodo gli incentivi economici dell'UE, ancorché condizionati a un partenariato migratorio piuttosto oneroso.

Questo approccio, pur nella sua supposta efficacia, non è esente da costi politici e giuridici. Uno tra questi è senz'altro quello derivante dal limitato coinvolgimento delle istituzioni dell'Unione. Partendo dal Consiglio e dalla Commissione, le “misure di affiancamento” adottate dagli Stati membri non costituiscono una particolare criticità nella misura in cui siano concordate con l'Unione, ma possono invece esserlo se l'Unione si limitasse a delegare integralmente agli Stati membri la gestione della sua politica esterna in materia di migrazioni e asilo¹⁰⁸. Un aspetto problematico è relativo, in particolare, al controllo che l'Unione esercita su questi strumenti, sia esso “democratico” o giurisdizionale. Quanto al primo, la tendenza a “servirsi” dell'azione bilaterale degli Stati membri rischia di limitare il coinvolgimento del Parlamento europeo in ogni fase del processo di dialogo con i Paesi terzi¹⁰⁹. Per ciò che concerne il secondo, l'azione dei singoli Stati membri, rischia di collocarsi “below the judicial and constitutional radar”¹¹⁰.

5. Conclusioni

La panoramica sui mezzi a disposizione dell'UE, dei suoi Stati membri (o di entrambi), in materia di azione esterna in ambito di migrazione e asilo, lascia evincere una costellazione di tipologie di accordi, formali ed informali, di tipo

¹⁰⁵ F. PERRINI, *Strumenti giuridici efficaci per una cooperazione efficace: il negoziato del Team Europa con la Tunisia in quale direzione va?*, in *SIDIBlog*, 25 giugno 2023.

¹⁰⁶ A. PAVIA, *Tunisia Was Right to Reject the IMF Deal*, in *foreignpolicy.com*, 19 April 2023.

¹⁰⁷ A. VITERBO, *La Tunisia tra due fuochi: la condizionalità del Fondo Monetario Internazionale e un debito sovrano insostenibile*, in *SIDIBlog*, 19 giugno 2023.

¹⁰⁸ A. OTT, *The “Contamination” of EU Law by Informalization?*, cit.

¹⁰⁹ A. OTT, *Informalization of EU Bilateral Instruments*, cit., p. 33.

¹¹⁰ A. OTT, *The “Contamination” of EU Law by Informalization?*, cit.

giuridico o politico-giuridico, estremamente sfaccettato e non chiaramente definito *a priori*. In questo contesto, la riammissione, tradizionalmente considerata quale principale strumento di contrasto all'immigrazione irregolare, lascia spazio a un sistema votato alla flessibilità e appare ormai riassorbita nel quadro di un approccio di carattere olistico. Quest'ultimo, particolarmente *goal oriented*, rischia di tralasciare importanti aspetti relativi, tra l'altro, al riparto di competenze tra Unione e Stati membri. Proprio in riferimento a questi ultimi, in alcuni casi recenti sembra che l'UE si serva degli Stati membri che hanno una posizione di dialogo "privilegiata" con specifici Paesi terzi quali avamposti per stipulare forme di cooperazione (di varia natura) in materia di migrazione e asilo.

In tale contesto, non sembra che le determinazioni del Consiglio GAI dello scorso 8 giugno 2023¹¹¹ forniscano soluzioni confortanti alle criticità sinora ravvisate. In particolare, il nuovo compromesso raggiunto dai componenti del Consiglio ha ampliato notevolmente il margine di discrezionalità degli Stati nella scelta dei criteri per la definizione di Paese terzo sicuro¹¹².

In conclusione, è utile ravvisare che una maggior partecipazione degli Stati membri dovrebbe essere concepita in chiave di responsabilizzazione degli stessi e non quale strumento per sfuggire al controllo, alle procedure, alle ripartizioni di competenze che il quadro del diritto dell'Unione prevede. Sebbene il nuovo approccio olistico e votato al risultato possa, in principio, rendere più efficace l'azione esterna dell'Unione in materia di immigrazione e asilo, è necessario che il quadro normativo esistente non sia totalmente sacrificato sull'altare dell'efficacia a tutti i costi.

¹¹¹ Documento n. 10443/23, del 13 giugno 2023, del Consiglio relativo alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla gestione dell'asilo e della migrazione (É); Consiglio dell'Unione europea, *Politica migratoria: il Consiglio raggiunge un accordo sugli atti legislativi fondamentali in materia di asilo e migrazione*, 8 giugno 2023. Sul punto, si veda anche M. SAVINO, *Il rilancio del Patto UE sulla migrazione e l'asilo: perché l'Italia ha messo d'accordo (quasi) tutti gli Stati membri*, in *adimblog.com*, 30 giugno 2023.

¹¹² In particolare, "[t]he definition of a safe third country has been eroded as Member States will decide which countries meet the definition. A country needs to meet certain protection criteria and there needs to be a connection between the person and the country, as per international law. However, what constitutes a connection is determined by national law." European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *Editorial: Migration Pact Agreement Point by Point*, 9 June 2023.

WE DON'T NEED NO REGULATION.
LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI TRA DIRITTO
DELL'UNIONE EUROPEA E AUTOREGOLAMENTAZIONE.
ALCUNE RIFLESSIONI ALLA LUCE DELLA "GIURISPRUDENZA"
DELL'*OVERSIGHT BOARD*

Davide Vaira*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Natura e funzionamento *dell'Oversight Board*. – 3. La libertà di espressione *online* nella CEDU. – 4. La libertà di espressione *online* nel diritto UE. – 5. L'autoregolamentazione di Facebook. – 6. La libertà di espressione nella giurisprudenza europea e il bilanciamento con i diritti contrapposti. – 7. Il bilanciamento dei diritti nelle pronunce dell'*Oversight Board*. – 8. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Tra le piattaforme social che ospitano quotidianamente utenti provenienti da ogni Paese del mondo e contenuti caricati dagli stessi, Facebook rappresenta, per motivi storici e numerici, una delle principali.

Nel 2023, il suo fondatore e CEO ha rilevato come il numero di utenti attivi sulla piattaforma superi i 2 miliardi¹, generando, di conseguenza, un quantitativo di contenuti esponenzialmente superiore rispetto alle altre.

Da sempre, ma in particolare negli ultimi anni, la prassi ha fatto evidenziare una serie di criticità relative alla gestione dei contenuti caricati dagli utenti (c.d. *User-Generated Content*) e la necessità di contemperare la libertà di espressione e di pensiero con i diritti che, eventualmente, possono essere da questa lesi.

Il presente lavoro si propone di analizzare l'utilizzo, da parte di Facebook, dell'*Oversight Board* come organo di tutela per gli utenti, nonché di valutare i

* Dottorando in Scienze Giuridiche presso l'Università degli Studi di Foggia.

¹ Meta Platform Inc. – Fourth Quarter 2022 Results Conference Call, February 2023, p. 4, www.s21.q4cdn.com/399680738/files/doc_financials/2022/q4/META-Q4-2022-Earnings-Call-Transcript.pdf.

meccanismi attraverso i quali le decisioni vengono emanate e la loro compatibilità con il diritto e la giurisprudenza europea, con specifico riferimento al diritto alla libertà di espressione.

Ricordiamo che Facebook nasce nel 2004 come piattaforma privata (e tale è rimasta), inizialmente finalizzata a mettere in contatto gli studenti dell'Università di Harvard per permettere una più semplice socializzazione anche a distanza.

Date le finalità che Facebook aveva e considerato altresì il limitato ambito di diffusione, in un primo momento confinato alle università americane, non fu inizialmente predisposta una specifica *policy* riguardante la gestione dei contenuti e ci si limitò ad applicare la normativa americana in materia di libertà di espressione².

Successivamente, l'ampliamento dell'utenza al di fuori delle università e la diffusione della piattaforma a livello transnazionale hanno fatto sorgere la necessità di una regolamentazione interna³ che permettesse di gestire in maniera uniforme i contenuti caricati dagli utenti, tenendo anche conto del bilanciamento tra libertà di espressione e i diritti contrapposti.

La prima fonte interna a cui la piattaforma Facebook si è attenuta per disciplinare gli *User Generated Contents* sono stati i *Community Standards*⁴, profondamente influenzati dalla normativa europea sui contenuti *online*, in quanto essa è mediamente più stringente rispetto all'equivalente americano⁵, originariamente utilizzato da Facebook come riferimento, e quindi più adeguata a disciplinare contenuti che devono essere diffusi globalmente.

Il controllo degli *User-Generated Contents* da parte del social network

² K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in *Yale Law Journal*, vol. 129, 30 June 2020, p. 2423, www.ssrn.com/abstract=3639234.

³ E. GOLDMAN, *Why Section 230 Is Better Than the First Amendment*, in *Notre Dame Law Review*, vol. 95, n. 1, November 2019, www.scholarship.law.nd.edu/ndlr_online/vol95/iss1/3.

⁴ Tali standard inizialmente non erano conoscibili dagli utenti ed erano consultabili solo dai moderatori, salvo poi essere resi interamente pubblici nel 2018 in virtù della maggiore trasparenza di cui la piattaforma si è dotata. Attualmente sono consultabili al sito www.transparency.fb.com/it-it/policies/community-standards/.

⁵ Ciò deriva dal fatto che a livello americano vi è il primo emendamento che garantisce la libertà di espressione come gerarchicamente superiore rispetto a molti diritti contrapposti, laddove nell'Unione europea occorre effettuare un bilanciamento concreto con il contrapposto diritto alla privacy e la tutela contro *l'hate speech* e altre violazioni dei diritti individuali.

prevede una sinergia tra automazione basata su algoritmi, intervento umano dei moderatori e supporto da parte degli utenti nel segnalare i contenuti non appropriati⁶, senza una vera possibilità, per l'utente che carica il contenuto inappropriato, di poter contestare la eventuale decisione dei moderatori di eliminarlo⁷.

Successivamente, la piattaforma ha previsto la possibilità di impugnare le decisioni, anche se inizialmente solo tramite un meccanismo interno alla piattaforma stessa affidato ai dipendenti⁸.

Si è quindi pian piano superata l'idea che essa fosse un mero mezzo passivo tramite il quale gli utenti potessero caricare contenuti e si è riconosciuto un ruolo più attivo di controllo, anche alla luce degli standard di community che gli stessi devono rispettare⁹.

2. *Natura e funzionamento dell'Oversight Board*

Il controllo unilaterale, da parte della piattaforma, sui contenuti caricati dagli utenti ha fatto sorgere la necessità di creare un organismo inedito di risoluzione delle controversie, inizialmente denominato Facebook *Oversight Board* e successivamente ribattezzato *Oversight Board*, per evidenziarne l'indipendenza¹⁰.

⁶ Per un approfondimento sui meccanismi di controllo di Facebook si veda K. KLONICK, *Inside the team at Facebook that dealt with the Christchurch Shooting*, in *New Yorker*, 25 April 2019, www.newyorker.com/news/news-desk/inside-the-team-at-facebook-that-dealt-with-the-christchurch-shooting; A. MARSHOOF, *Notice and Take-Down: A Copyright Perspective*, in *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, April 2015, www.researchgate.net/publication/276163075_%27Notice_and_takedown%27_A_copyright_perspective.

⁷ M. HEINS, *The Brave New World of Social Media Censorship*, in *Harvard Law Review*, vol. 127, n. 8, June 2014, p. 325 ss., www.harvardlawreview.org/forum/vol-127/the-brave-new-world-of-social-media-censorship/.

⁸ I. WREN, *Facebook Updates Community Standards, Expands Appeal Process*, in *npr.org*, 24 April 2018.

⁹ A. HELDT, *Reading Between the Lines and the Numbers: an Analysis of the First NetzDG Reports*, in *Internet Policy Review*, vol. 8, n. 2, 12 June 2019, www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3413677; W. SCHULZ, *Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – The Case of the German NetzDG*, in M. ALBERS, I. SARLET (eds.), *Personality and Data Protection Rights on the internet*, Springer, 2023, www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3216572.

¹⁰ Esso è composto da quaranta esperti (art. 1, sez 2 della Charter), di cui è stata garantita la parità

L'*Oversight Board* non sostituisce le Corti domestiche, ma viene considerato come uno strumento utile per implementare i *community standards*, evolvendo così il concetto di moderazione dei contenuti¹¹.

Nello specifico, il *Board* ha come espresso scopo quello di salvaguardare la libertà di espressione degli utenti¹², bilanciandola tuttavia con i principi di autenticità, sicurezza, privacy e dignità¹³ che permeano l'operato della piattaforma.

L'*Oversight Board* può essere adito, solo a seguito dell'esaurimento dei ricorsi interni con i metodi di controllo previsti dalla piattaforma¹⁴, da parte dell'utente che non ha ottenuto tutela per un proprio diritto o che ha subito una violazione del diritto alla libertà di espressione, mediante la cancellazione di un proprio post o la sospensione o eliminazione del proprio account¹⁵.

A differenza dei giudizi dinanzi alle Corti tradizionali, nel caso dell'*Oversight Board* non vi è un diritto, da parte dell'utente, a che il caso venga analizzato e anzi, al contrario, il *Board* generalmente sceglie di occuparsi solo di casi ritenuti particolarmente importanti o che possano poi fornire alla piattaforma dei precedenti o dei principi ai quali attenersi per il proprio operato futuro¹⁶.

Va poi precisato che anche Facebook (*rectius* Meta) può adire il *Board* con riferimento a contenuti la cui compatibilità con i *community standards* o i *Facebook Values*¹⁷ sia dubbia¹⁸ o per chiedere al *Board* degli orientamenti utili,

di genere e una grande eterogeneità di origine geografica (art. 1.4.1 delle Bylaws), provenienti in prevalenza dal mondo accademico e da organizzazioni internazionali impegnate in materia di diritti umani.

Pur essendo stato costituito dall'azienda Meta (proprietaria di Facebook), l'indipendenza dell'*Oversight Board* viene garantita da un trust (art. 1, sez. 5 della Charter e art. 4 delle Bylaws).

¹¹ M. MERONI, *Some reflections on the announced Facebook Oversight Board*, in *cmpf.eu.eu*, 17 October 2019, www.cmpf.eu.eu/some-reflections-on-the-announced-facebook-oversight-board/#_ftn4.

¹² Introduzione alle Bylaws.

¹³ Introduzione alla Charter.

¹⁴ K. KELEMEN, *The Facebook Oversight Board: Some Thoughts on Transparency*, in *Diritti Comparati*, 13 May 2021, www.diritticomparati.it/the-facebook-oversight-board-some-thoughts-on-transparency/.

¹⁵ Articolo 3 delle Bylaws.

¹⁶ Articolo 2.1 delle Bylaws.

¹⁷ I *Facebook Values* sono i principi a cui i *community standards* sono ispirati e ne controllano la corretta applicazione. Sono consultabili al sito www.about.fb.com/news/2019/09/updating-the-values-that-inform-our-community-standards/.

¹⁸ Per la disciplina del ricorso da parte di Meta si veda l'art. 2 delle Bylaws.

anche se in questo caso non vincolanti, per indirizzare il futuro operato della piattaforma¹⁹.

L'operato del board è improntato al *due process*²⁰ che prevede una piena consapevolezza da parte dell'utente di quali siano le eventuali violazioni commesse, le possibili conseguenze e i rimedi a lui concessi, alla luce del principio di trasparenza che pervade il funzionamento di tale organo.

Tra le fonti di autoregolamentazione che l'*Oversight Board* deve rispettare la prima è la Charter²¹ costitutiva dell'organo stesso, la quale sancisce espressamente²² che la decisione del Board²³ deve obbligatoriamente basarsi sui *community standards* e sui *Facebook Values*²⁴ e ha natura vincolante per Facebook²⁵, salvo che non sia posta a sua volta in violazione della legge²⁶.

Al contrario dei *Facebook Values* tuttavia la Charter, pur riconoscendo la libertà di espressione come diritto fondamentale degli individui, non la eleva automaticamente al di sopra degli altri diritti, ma la considera soggetta a bilanciamento²⁷, analogamente a quanto avviene a livello europeo.

Tale documento, oltre a chiarire la composizione del Board, ne evidenzia gli scopi e la natura e rimanda, per la disciplina del procedimento di ricorso,

¹⁹ Un esempio al riguardo è stato il parere circa gli orientamenti da assumere nel periodo pandemico con riferimento ai post di disinformazione. Il documento è disponibile al sito www.oversightboard.com/decision/PAO-SABU4P2S/.

²⁰ Gli obblighi in tal senso sono disciplinati altresì dall'art. 12 del DSA che prevede trasparenza non solo circa i termini e condizioni di utilizzo della piattaforma per gli utenti, ma anche con riferimento alla moderazione dei contenuti e ai ruoli giocati in tal senso dagli algoritmi e dai moderatori.

²¹ La versione della Charter aggiornata al febbraio 2023 è disponibile al sito www.oversightboard.com/governance/.

²² Art. 4, par. 2 della Charter.

²³ La decisione del Board viene presa in modo anonimo e generalmente per *consensus*, anche se sono previste forme di decisione a maggioranza e le eventuali *dissenting opinions* vengono rese pubbliche e incluse nella decisione, che necessita di motivazione, come stabilito negli artt. 3.1.7 delle Bylaws e 3, sez. 4 della Charter. Per un approfondimento al riguardo si veda: K. KELEMEN, *op. cit.*

²⁴ Art. 2 della Charter.

²⁵ Bylaws, art. 1, par. 3.1.6.

²⁶ Artt. 4 e 7 della Charter.

²⁷ Tale considerazione può essere rinvenuta nell'introduzione della Charter dell'*Oversight Board*.

alla diversa fonte delle Bylaws²⁸, sottolineando come le Bylaws e la Charter siano due documenti complementari tra loro²⁹.

L'*Oversight board* opera, per espressa ammissione del CEO di Facebook³⁰, ricalcando il funzionamento di una Corte suprema di common law, mirando a creare una “giurisprudenza” che orienti la piattaforma per le decisioni future in modo da snellire e velocizzare le procedure di controllo dei contenuti caricati dagli utenti³¹.

Nonostante i documenti che disciplinano l'*Oversight Board* considerino, come fonti, unicamente i *community standards* e i *Facebook Values*³², in concreto quest'organo ha spesso tenuto in considerazione anche le proprie decisioni precedenti³³ (sebbene queste vincolino solo la piattaforma e siano meramente orientative per il Board) e i diritti umani per come disciplinati e tutelati a livello internazionale ed europeo³⁴.

Per quanto di interesse nel presente lavoro, è utile pertanto notare che l'*Oversight Board* e, prima di esso, i *community standards* della piattaforma, rappresentano degli strumenti innovativi di tutela di alcuni diritti umani previsti dall'ordinamento internazionale e di diritto dell'Unione europea, adeguandosi alle previsioni relative alla responsabilità degli intermediari digitali per i contenuti caricati sulla piattaforma.

²⁸ Le Bylaws regolamentano il funzionamento dell'*Oversight Board* e il ruolo degli utenti che utilizzano i servizi forniti dalla piattaforma Facebook. Le modalità di ricorso sono, nello specifico, previste dall'art. 3. Per un approfondimento al riguardo si veda: B. HARRIS, *Preparing the Way Forward for facebook's Oversight Board*, in *Meta Blog*, 28 January 2020, www.about.fb.com/news/2020/01/facebooks-oversight-board/.

²⁹ Art. 6, sez. 2 della Charter.

³⁰ E. KLEIN, *Mark Zuckerberg on Facebook's Hardest Year, and What Comes Next*, in *vox.com*, 2 April 2018.

³¹ Si contano circa 3 milioni di controlli quotidiani, effettuati da 15.000 dipendenti coadiuvati dagli algoritmi. Si veda al riguardo P. M. BARRETT, *Who Moderates the Social Media Giants A Call to End Outsourcing*, in *NYU Stern Center for Business and Human Rights*, June 2020. www.issuu.com/nyusterncenterforbusinessandhumanri/docs/nyu_content_moderation_report_final_version?fr=sZWZmZjI1NjI1Ng.

³² Art. 1, sez. 4 della Charter e sez. 3 delle Bylaws.

³³ Art. 3, sez. 1.3 delle Bylaws.

³⁴ L. GRADONI, *Chasing global Legal Particles: Some Guesswork about the Nature of Meta's Oversight Board*, in *European Journal of International Law*, 30 December 2021, www.ejiltalk.org/chasing-global-legal-particles-some-guesswork-about-the-nature-of-metas-oversight-board/.

3. *La libertà di espressione online nella CEDU*

Una parte della dottrina, alla luce della prassi, ritiene che Internet sia un bene pubblico globale³⁵ e ci si è divisi tra chi lo ha considerato come bene pubblico globale finale, da intendersi come diritto fondamentale autonomo, e chi lo ha considerato come un bene pubblico globale intermedio strumentale al godimento e alla protezione di altri diritti e interessi, come la libertà di espressione o informazione.

Limitandoci, per uniformità di trattazione, al solo panorama europeo, va detto che nel corso degli anni l'interesse per la libertà di espressione, di opinione e di informazione (e le loro rispettive declinazioni *online*) è stato mostrato sia dal Consiglio d'Europa che dall'Unione europea.

Nel 1982 il Consiglio d'Europa con una dichiarazione adottata dal proprio Comitato dei Ministri³⁶ aveva precisato che la libertà di espressione e di informazione erano strumentali al godimento dei diritti culturali, già riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950³⁷.

La stessa CEDU, tuttavia, all'articolo 10, paragrafo 2, precisa che la libertà di espressione può essere sottoposta a formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni da parte degli Stati, al fine di tutelare diritti o interessi contrapposti quali la sicurezza pubblica, l'integrità territoriale, la salute, l'ordine e la prevenzione di reati ma anche semplicemente la tutela di diritti altrui.

Va considerato che il riferimento dell'art. 10, paragrafo 2, ai soli Stati non può più essere inteso in senso assoluto in quanto, a causa dell'immediatezza e ubiquità con cui un contenuto caricato *online* viene diffuso, il controllo da parte degli Stati è stato sempre più affiancato, se non in alcuni casi sostituito, dagli operatori privati che gestiscono gli spazi *online*³⁸.

³⁵ G. M. RUOTOLO, *Fragments of Fragments. The domain Name System Regulation: Global Law or Information of the International Legal Order*, in *Computer Law and Security Review*, January 2017, p. 159 ss., spec. p. 167; S. ABBASI, *Internet as a Public Space for Freedom of Expression: Myth or Reality?*, in *Social Science Research Network*, 6 November 2017, www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3064175.

³⁶ Council of Europe – Committee of Ministers: *Declaration on the Freedom of Expression and Information*, 29 April 1982, www.rm.coe.int/0900001680535fad.

³⁷ Il testo integrale della CEDU può essere consultato al sito www.echr.coe.int/documents/convention_ita.pdf.

³⁸ A. VALERIANI, *Online Platforms and Users' Right to Freedom of Expression*, in *Ius in*

La stessa Corte EDU ha riconosciuto l'emergente ruolo dei social media ammettendo che essi sono uno degli strumenti principali per esercitare il diritto alla libertà di espressione e il diritto all'informazione³⁹ e riconoscendo, tuttavia, che rappresentano anche un veicolo per la diffusione di contenuti illegali come l'*hate speech*⁴⁰.

L'importanza delle piattaforme per l'esercizio della libertà di espressione è emersa anche dal *soft law*⁴¹, portando parte della dottrina a ritenere che gli stessi social network, controllando e gestendo gli spazi *online* in cui i contenuti possono essere caricati dagli utenti, possano diventare il braccio esecutivo degli Stati nell'applicazione della normativa nazionale, sovranazionale o internazionale⁴².

4. *La libertà di espressione online nel diritto UE*

Quanto invece al diritto dell'Unione europea, la tutela della libertà di espressione, come principio, è individuabile oggi nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁴³, che all'art. 11 la individua, senza frontiere, assieme con la libertà di opinione e la libertà di ricevere e comunicare informazioni.

A livello normativo, l'Unione europea ha prestato particolare attenzione alla libertà di espressione *online* e alla tutela dei diritti sulle piattaforme attraverso la regolamentazione del mercato unico digitale.

Itinere, 18 January 2020, www.iusinitinere.it/online-platforms-and-users-right-to-freedom-of-expression.

³⁹ Sentenza della Corte EDU del 18 dicembre 2012, ric. n. 3111/10, *Abmet Yildirim v Turkey*; sentenza della Corte EDU del 16 giugno 2015, ric. n. 64569/09, *Delfi AS v Estonia*.

⁴⁰ Per una più approfondita disamina delle posizioni della Corte EDU si veda S. CEDROLA, *Social media, libertà di espressione e attività legislativa: un complicato bilanciamento di interessi*, in *Ius in Itinere*, 24 luglio 2019, www.iusinitinere.it/social-media-liberta-despressione-e-un-complicato-bilanciamento-di-interessi-11870.

⁴¹ United Nations General Assembly – Human Rights Council: *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, Frank La Rue*, A/HRC/17/27, 16 May 2011, www.documents-dds-ny.un.org/doc/UN-DOC/GEN/G11/132/01/PDF/G1113201.pdf?OpenElement.

⁴² V. *supra* nota 36.

⁴³ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è consultabile al sito www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_it.pdf.

Nella normativa europea, una prima disciplina attinente ai contenuti caricati dagli utenti sulle piattaforme social e alla responsabilità delle stesse nell'eseguire i controlli è contenuta nella direttiva E-Commerce⁴⁴ la quale, nel prevedere espressamente all'art. 14 che le piattaforme *online* che fungono da intermediarie per i contenuti caricati dagli utenti sono esenti da responsabilità nel caso in cui non siano al corrente della loro illiceità o nel caso in cui appena conosciuta questa caratteristica agiscano immediatamente per rimuovere il contenuto, riconosce implicitamente un dovere di controllo delle piattaforme stesse sugli *User Generated Contents*.

La direttiva, originariamente, lasciava ai singoli Stati membri la disciplina di come effettivamente questo controllo dovesse avvenire ma l'assenza, in concreto, di una regolamentazione in tal senso ha portato come conseguenza ad una lacuna in molti Paesi europei con riferimento alla rimozione di contenuti⁴⁵ e, di conseguenza, alla decisione delle piattaforme *online* di autoregolamentarsi con termini e condizioni contrattuali che gli utenti accettano al momento dell'utilizzo del servizio, come nel caso dei community standard di Facebook.

La fonte principale che ha disciplinato a livello europeo in maniera più esaustiva gli obblighi e le responsabilità delle piattaforme *online* come intermediari è tuttavia il Digital Services Act⁴⁶ che ha ripreso in parte la disciplina contenuta nella direttiva e-commerce, aggiornandola.

Il DSA disciplina gli obblighi e i poteri degli *Internet Service Providers* in qualità di intermediari e permette strumenti innovativi per la tutela degli utenti per i contenuti caricati dagli stessi sulle piattaforme.

Nello specifico, oltre ad indicare espressamente gli obblighi in capo alle piattaforme *online* in merito alla tutela della libertà di pensiero, espressione e informazione e alla prevenzione dell'*hate speech* o di ogni altra forma di *cyber*

⁴⁴ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (direttiva sul commercio elettronico).

⁴⁵ A. KUCZERAWY, *The Power of Positive Thinking: An Intermediary Liability and the Effective Enjoyment of the Right to Freedom of Expression*, in *jipitec.eu*, n. 8, 2017, www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-3-2017/4623.

⁴⁶ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali).

violenza *online*⁴⁷, impone una trasparenza nell'operato delle stesse e sull'utilizzo degli algoritmi di cui queste si avvalgono, oltre a prevedere per gli utenti la possibilità di ricorrere sia dinanzi alle Corti tradizionali che dinanzi ai meccanismi di risoluzione delle controversie privati⁴⁸ che in alcuni casi sono predisposti dalle stesse aziende proprietarie delle piattaforme.

Anche il DSA, richiamando l'impostazione della direttiva e-commerce, lascia un certo margine di manovra agli Stati membri nel definire nello specifico i contenuti considerati illegali, prevedendo al riguardo una sorta di norma in bianco.

Al contempo, tuttavia, trattandosi di un regolamento, mira ad armonizzare la disciplina dei contenuti *online* a livello europeo, individuando standard in materia di intervento da parte delle piattaforme, *due process* e protezione dei diritti fondamentali *online* e mirando, altresì a permettere alle piattaforme di recepire detti standard in modo da ampliarli a livello globale⁴⁹.

Per tale motivo, il DSA si applica non solo ai *service providers* europei, ma anche ai *service providers* extra-europei che rendano disponibili i propri servizi *online* all'interno dell'Unione⁵⁰.

Il DSA prevede un ruolo attivo, sia a livello normativo che di controllo, degli Stati e, soprattutto, delle istituzioni europee, anche in virtù del principio di sovranità tecnologica che negli ultimi anni si sta sempre più affermando⁵¹.

Viene infatti previsto che gli Stati membri e la Commissione possano esercitare un controllo attivo ed imporre ad una piattaforma la rimozione di

⁴⁷ Il regolamento, infatti, ha come oggetto principale la tutela dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta, come indicato all'art. 1, par. 1.

⁴⁸ Art. 21 del DSA.

⁴⁹ Per un approfondimento sul DSA si veda EUROPEAN COMMISSION: *The Digital Services Act: Ensuring a Safe and Accountable Online Environment*. www.commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_en.

⁵⁰ F. MARONGIU BUONAIUTI, *L'ambito di applicazione territoriale del Digital Markets Act e del Digital Services Act*, in G. CAGGIANO, G. CONTALDI, P. MANZINI (a cura di), *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, Bari, 2021, p. 171 ss.

⁵¹ Per un approfondimento sul principio di sovranità tecnologica si veda G. M. RUOTOLO, *La disciplina europea della responsabilità dei fornitori di servizi online tra regime pregresso, proposte di riforma e un rischio di bis in idem*, in G. CAGGIANO, G. CONTALDI, P. MANZINI (a cura di), *op. cit.*, p. 59 ss.

contenuti considerati illeciti⁵², tramite la predisposizione di linee guida di *due diligence* che le piattaforme, a seconda del tipo di servizio offerto, devono rispettare⁵³ e la istituzione di appositi organi di controllo a livello nazionale e sovranazionale, come ad esempio il Digital Service Coordinator⁵⁴, o i diretti poteri sanzionatori e di sorveglianza della Commissione europea.

Infine, il DSA prevede anche specifici obblighi di trasparenza in capo alle piattaforme, sia con riferimento alla motivazione che deve seguire la rimozione di un contenuto⁵⁵, in modo da permettere all'utente di poter impugnare la restrizione imposta dal *service provider*, sia con riferimento alla gestione e all'utilizzo di algoritmi utili per controlli di natura *ex ante*⁵⁶.

5. *L'autoregolamentazione di Facebook*

Alla luce della transnazionalità delle piattaforme, che richiede una disciplina uniforme dei contenuti, le istituzioni europee hanno riconosciuto l'importanza dell'autoregolamentazione che le stesse piattaforme spesso si sono attribuite.

Essa non prescinde, tuttavia, dalla regolamentazione nazionale, sovranazionale e internazionale, ma è complementare ad essa.

L'UE ha al riguardo adottato, oltre al DSA, anche dei codici di condotta che le piattaforme sono tenute a seguire nel prevedere le proprie forme di regolamentazione interna, nonché meccanismi autonomi che fungono da strumenti di co-regolamentazione e di armonizzazione tra essa e il diritto europeo⁵⁷.

Il fondatore e CEO di Facebook ha poi chiarito⁵⁸ come detti standard di autoregolamentazione, oltre ad essere rispettosi della legge, riflettano anche i

⁵² Art. 9, par. 1, DSA.

⁵³ *Ibidem*, art. 14, par. 4.

⁵⁴ *Ibidem*, art. 49.

⁵⁵ *Ibidem*, art. 17.

⁵⁶ Art. 14, par. 2, lett. d) del DSA.

⁵⁷ G. CAGGIANO, *La proposta di Digital Service Act per la regolamentazione dei servizi e delle piattaforme online nel diritto UE*, in G. CAGGIANO, G. CONTALDI, P. MANZINI (a cura di), *op. cit.*, p. 3 ss.

⁵⁸ E. KLEIN, *op. cit.*

valori sociali dei diversi Paesi in cui la piattaforma opera, permettendo così di fornire tutela a tutti gli utenti.

La libertà di espressione deve essere bilanciata, secondo quanto previsto dall'autoregolamentazione di Facebook e dell'*Oversight Board*, con i principi di sicurezza, rispetto della privacy, autenticità e dignità dei contenuti⁵⁹, i quali richiamano in maniera particolarmente fedele i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁶⁰.

L'autoregolamentazione di Facebook presenta però una discrepanza rispetto ai principi sanciti dalla normativa europea in quanto, mentre questi ultimi prevedono un bilanciamento dei valori considerati tra loro equivalenti, i *Facebook Values* non sono del tutto neutrali, essendo maggiormente orientati alla tutela della libertà di espressione⁶¹ al pari dell'ordinamento americano.

Sotto un profilo concreto la moderazione dei contenuti da parte di Facebook e le valutazioni effettuate dall'*Oversight Board* appaiono improntate a due modalità operative distinte.

Se infatti la scelta, da parte della piattaforma, di mantenere o rimuovere un contenuto caricato *online* dagli utenti è presa considerando i soli *Community Standards* e *Facebook Values*, l'*Oversight board*, sia in caso di decisione che di mera raccomandazione, si ispira anche alla normativa pubblica sovranazionale e internazionale e agisce tenendo in considerazione anche l'operato di altre Organizzazioni Internazionali⁶².

Nonostante la Charter imponga all'*Oversight Board* di decidere le controversie sulla base, come visto, dei *Community Standards* e dei *Facebook Values*⁶³, essa permette espressamente a tale organo di considerare anche le norme sui diritti umani che tutelano la libertà di espressione⁶⁴.

⁵⁹ Introduzione alla Charter dell'*Oversight Board*.

⁶⁰ La Carta richiama infatti espressamente il diritto alla dignità (art. 1), alla sicurezza (art. 6), alla vita privata sia individuale che familiare (art. 7), alla libertà di pensiero (art. 10) e alla libertà di espressione e informazione (art. 11), riconducibili all'autenticità dei contenuti.

⁶¹ T. ROMM, *Zuckerberg: Standing for Voice and Free Expression*, in *The Washington Post*, 17 October 2019. Disponibile www.washingtonpost.com/technology/2019/10/17/zuckerberg-standing-voice-free-expression/.

⁶² Ad esempio, in materia di lotta alla disinformazione contro il COVID, l'*Oversight Board* si è attenuto alle disposizioni dell'OMS. Si veda al riguardo www.oversightboard.com/decision/PAO-SABU4P2S/.

⁶³ Art. 1, sez. 4, e art. 2 della Charter.

⁶⁴ Art. 2, sez. 2, della Charter.

L'Oversight Board ha spesso, nelle proprie decisioni, tenuto in considerazione fonti di diritto internazionale ed europeo e *soft law* riguardanti la tutela dei diritti umani⁶⁵.

Va tuttavia chiarito che l'applicazione in modo diretto della normativa riguardante i diritti umani e la libertà di espressione resta prerogativa delle Corti tradizionali⁶⁶, mentre l'*Oversight Board* si limita a utilizzare i principi in materia per orientare l'interpretazione dei *Facebook Values* e dei *Community Standards* nelle proprie decisioni.

Limitandoci ai principi in materia per come espressi nel panorama europeo, può essere utile ripercorrere le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea, della Corte EDU e dell'*Oversight Board* per valutare come quest'ultimo si ponga nei confronti delle tematiche di cui si occupano le Corti tradizionali e se vi sia o meno un'analogia interpretativa tra tali organi.

6. *La libertà di espressione nella giurisprudenza europea e il bilanciamento con i diritti contrapposti*

Limitandoci alla prassi riguardante l'analisi della libertà di espressione, è possibile notare come nel panorama europeo, a differenza di quello americano, la libertà di espressione non sia un diritto assoluto, ma vada bilanciato con altri diritti umani.

Una prima, rilevante, pronuncia della Corte EDU, seppur antecedente alla nascita di internet, è il caso *Handyside*⁶⁷ del 1976, in cui si afferma che la protezione data dall'art. 10 CEDU non riguarda solo le informazioni e le idee espresse *tout court*, ma si estende anche ad eventuali espressioni che possono

⁶⁵ E. HOFVERBERG, *Facebook's New Supreme Court – The Oversight Board and International human Rights Law*, in *Library of Congress Blogs*, 16 March 2021, www.blogs.loc.gov/law/2021/03/facebooks-new-supreme-court-the-oversight-board-and-international-human-rights-law/.

⁶⁶ M. A. WEISS, *Comparing the Powers Given to Users by the EU Digital Services Act and by the Facebook Oversight Board: at the Service of Users or Overseeing Them?*, in *Transatlantic Technology Law Forum*, www.law.stanford.edu/transatlantic-technology-law-forum/projects/comparing-the-powers-given-to-users-by-the-eu-digital-service-act-and-by-the-facebook-oversight-board-at-the-service-of-users-or-overseeing-them/.

⁶⁷ Sentenza della Corte EDU del 7 dicembre 1976, ric. n. 5493/72, *Handyside v UK*.

risultare offensive, purché queste siano comunque utili da un punto di vista informativo.

Il caso, nello specifico, riguardava la pubblicazione e diffusione nelle scuole di un manuale di educazione sessuale considerato non appropriato per i ragazzi in età preadolescenziale cui era rivolto. La Corte ha valutato che la distruzione delle copie di tale manuale dovesse essere considerata come interferenza della *public authority* nella libertà di espressione e, pur dovendo essere tenuta in conto la diversa moralità tra i Paesi e il fatto che agli stessi dovesse essere riconosciuto un certo margine di apprezzamento nel valutare le eventuali restrizioni alla libertà di espressione⁶⁸, ha riconosciuto che tale margine di apprezzamento non può essere considerato illimitato e che, nel caso specifico, la restrizione alla libertà di espressione non rientrava tra le eccezioni ammesse dal par. 2 dell'art. 10 CEDU⁶⁹.

Il caso *Handyside* risulta inoltre attinente agli argomenti trattati nel presente lavoro anche sotto un profilo tematico.

Il manuale di educazione sessuale diffuso nelle scuole inglesi fu infatti censurato perché considerato mezzo di diffusione di pornografia, laddove, successivamente, la Corte ne individuò la finalità divulgativa e, pertanto, la tutela in virtù della libertà di espressione e informazione.

Una simile situazione può verificarsi anche con riferimento ai contenuti caricati dagli utenti su Facebook⁷⁰ che, soprattutto se controllati *ex ante* dall'algoritmo, potrebbero essere censurati in quanto non ne verrebbe riconosciuta automaticamente la finalità di informazione, divulgazione o testimonianza.

Successivamente la Corte EDU ha parzialmente rivisto la propria posizione in materia nel caso *Stoll v Svizzera*⁷¹ del 2007, in cui ha riconosciuto maggiori vincoli per i giornalisti che scrivevano *online* rispetto alla carta stampata in quanto, a causa di un fisiologico minore controllo rispetto ai giornali

⁶⁸ *Ibidem*, punti 48 e 49.

⁶⁹ *Ibidem*, punto 43.

⁷⁰ Un esempio è il caso della fotografia di una bambina che fugge, senza vestiti, dai bombardamenti al napalm. Tale fotografia fu considerata come simbolica per raccontare la guerra e gli effetti della stessa sui civili. Nonostante il valore culturale, più volte fu eliminata dall'algoritmo automatico di Facebook perché considerata come raffigurante immagini di pedopornografia, fino al suo ripristino definitivo *online* a seguito dell'intervento umano di un moderatore.

⁷¹ Sentenza della Corte EDU del 10 dicembre 2007, ric. n. 69698/01, *Stoll v Svizzera*.

tradizionali, il rischio di *hate speech* o di abusi in generale era più alto.

Tale caso, nello specifico, ha riguardato la divulgazione, da parte di alcune testate giornalistiche, del contenuto segreto di una lettera di un diplomatico svizzero in USA in cui erano contenute prese di posizione contro le comunità ebraiche.

La Corte riconobbe che la libertà di espressione svolge una funzione necessaria per la società democratica e per il progresso, specificando al contempo *in primis* che ciò si ricollega ad un bisogno sociale all'informazione e che i Paesi hanno un margine di discrezionalità nel bilanciare tale diritto con gli altri valori e in secondo luogo che la Corte stessa non può entrare nel merito di tale discrezionalità ma solo valutare se la decisione presa dal Paese risulti proporzionata⁷². Nello specifico, riconoscendo un maggior rischio di *hate speech online*, la Corte ha affermato che i tribunali nazionali non possono sostituirsi ai giornalisti nel valutare la necessità sociale all'informazione, ma che i giornalisti non hanno al riguardo una discrezionalità assoluta, dovendo basare i propri giudizi sui valori della società per decidere se vi sia o meno il *social need*⁷³.

Nel caso *Editorial Board v Ucraina* del 2011⁷⁴, riguardante la pubblicazione via internet di informazioni diffamanti per l'onore e la dignità del destinatario, la Corte ha ribadito che internet è uno strumento meno gestibile rispetto alla carta stampata e pertanto richiede un maggiore controllo, per evitare che i discorsi d'odio si diffondano⁷⁵. Esso è stato considerato dalla Corte come uno strumento dal doppio uso in quanto se da un lato può essere considerato come veicolo per la libertà di espressione, al contempo costituisce anche strumento tramite il quale risulta più facile e immediato l'*hate speech*⁷⁶. Anche in tal caso la Corte ha riconosciuto la possibilità dell'autorità pubblica di intervenire limitando la libertà di espressione dei giornalisti, seppur non in maniera arbitraria e in accordo con la legge, precisando che le corti devono valutare se tale intervento dell'autorità pubblica sia giustificato o meno, anche alla luce del fatto che le garanzie previste a tutela dei giornalisti nelle testate

⁷² *Ibidem*, punto 101.

⁷³ *Ibidem*, punti 102, 105, 146.

⁷⁴ Sentenza della Corte EDU del 5 agosto 2011, ric. n. 33014/05, *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v Ucraina*.

⁷⁵ *Ibidem*, punti 61 e 62.

⁷⁶ *Ibidem*, punto 30.

tradizionali non sempre valgono in automatico per le testate *online*, a causa delle diverse regole, controllo e diffusione che queste possono avere⁷⁷.

Nel caso *KU v Finlandia* del 2008⁷⁸ la Corte EDU ha chiarito che la libertà di espressione su internet deve sempre e comunque essere bilanciata con altri diritti, riconoscendo così che internet, più che ampliare la libertà di espressione, ha al contrario creato un luogo in cui essa può maggiormente scontrarsi con altri diritti umani. Il bilanciamento tra la libertà di espressione e i diritti contrapposti è stato oggetto di analisi anche da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea (come si vedrà *infra*) e prevede che gli Stati abbiano un margine di discrezionalità non solo nel valutare quale diritto debba prevalere, ma anche su quale sia lo strumento più adatto per garantire il minor sacrificio possibile del diritto soccombente⁷⁹. Al riguardo la Corte ha ritenuto che la libertà di espressione non possa essere considerata come valore assoluto, ma possa essere limitata quando ciò serva a tutelare altri diritti come il diritto alla vita privata e familiare dell'individuo o a tutelare l'ordine pubblico.

Due casi particolarmente rilevanti in materia di responsabilità dei *service providers* per i contenuti caricati dagli utenti sulle piattaforme sono stati il caso *Delfi v Estonia*⁸⁰ del 2015 e il caso *MTE v Ungheria*⁸¹ del 2016.

Il caso *Delfi v Estonia* ha riguardato una piattaforma di informazione in cui i commenti caricati dagli utenti sotto ogni articolo non erano moderati automaticamente, ma solo previo sistema di segnalazione da parte di altri utenti.

La Corte, ribadendo che vi è una limitazione di responsabilità per i *service providers* che dimostrino o di non aver avuto, non per colpa, conoscenza delle informazioni caricate *online* o di essersi adoperati per rimuoverle appena conosciute la portata d'odio, ha evidenziato come spesso detti soggetti svolgano attività meccaniche, mantenendosi non pienamente consapevoli dei contenuti⁸². Richiamando anche qui il principio secondo cui la libertà di

⁷⁷ *Ibidem*, punti 49 e 51.

⁷⁸ Sentenza della Corte EDU del 2 dicembre 2008, ric. n. 2872/02, *KU v Finlandia*.

⁷⁹ *Ibidem*, punto 42.

⁸⁰ Sentenza *Delfi AS v Estonia*, cit.

⁸¹ Sentenza della Corte EDU del 2 maggio 2016, ric. n. 22947/13, *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index HU zrt v Ungheria*.

⁸² Sentenza *Delfi AS v Estonia*, cit., punti 52 e 53.

espressione può essere limitata per casi di necessità ricollegabili alla società⁸³, ha precisato che il ruolo dei moderatori finalizzato a bilanciare le diverse esigenze e comportante in alcuni casi la rimozione di contenuti non può essere assimilato *tout court* a forme di censura privata⁸⁴, in quanto è sempre necessario un bilanciamento della libertà di espressione con i diritti contrapposti dei terzi⁸⁵.

Nel caso *MTE v Ungheria* la Corte, dopo aver richiamato il principio già espresso nel caso *Delfi AS v Estonia*, secondo il quale occorre valutare se l'interferenza della pubblica autorità nella libertà di espressione sia "necessary in a democratic society"⁸⁶, ha effettuato alcune precisazioni.

Sotto un primo profilo, la Corte ha precisato che per valutare la responsabilità dei soggetti coinvolti non è sufficiente il requisito della serietà dell'offesa rivolta alla vittima, ma occorre anche considerare l'impatto del *medium* utilizzato, per comprendere quanto e quanto velocemente l'*hate speech* si sia diffuso⁸⁷.

Sotto un secondo profilo, la Corte ha precisato che, nonostante le persone giuridiche non siano di per sé dotate di morale e non possano quindi essere oggetto di *hate speech* nel senso tradizionale del termine, potrebbero comunque essere bersaglio di informazioni non vere o artate che comportino un danno all'immagine e, conseguentemente, un danno economico, riconoscendo così una tutela rivolta anche ad esse⁸⁸.

Infine, ha riconosciuto anche in tal caso l'autonomia delle autorità nazionali nel bilanciamento tra i diritti, da valutare caso per caso⁸⁹.

La dottrina ha notato un avvicinamento al *modus operandi* della Corte di giustizia dell'Unione europea⁹⁰, ritenendo che quest'ultima, se fosse stata adita al posto della Corte EDU, non si sarebbe concentrata sul contenuto *ex se*, ma

⁸³ *Ibidem*, punto 131.

⁸⁴ *Ibidem*, punto 157.

⁸⁵ *Ibidem*, punto 149.

⁸⁶ Sentenza *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index HU zrt v Ungheria*, cit., punto 54.

⁸⁷ *Ibidem*, punto 56.

⁸⁸ *Ibidem*, punto 66.

⁸⁹ *Ibidem*, punti 47, 76, 91.

⁹⁰ A. MORELLI, O. POLLICINO, *Metaphors, Judicial Frames, and Fundamental Rights in Cyberspace*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2020, p. 18.

sull'assenza di controllo da parte della piattaforma per il contenuto caricato da un terzo, con conseguente venir meno della responsabilità ai sensi dell'art. 11 CDFUE.

Un ultimo caso della Corte EDU rilevante per l'analisi condotta nel presente elaborato è il caso *Jersild*⁹¹, riguardante l'intervista, da parte di una importante emittente televisiva, di tre individui dichiaratamente razzisti, al fine di esporre una denuncia sociale ed evidenziare la gravità e diffusione del fenomeno in Danimarca. In tale caso il conduttore televisivo fu inizialmente condannato dai tribunali nazionali per le modalità con cui i messaggi espressi dagli ospiti erano stati diffusi, alla luce anche della delicatezza degli argomenti trattati. La Corte ha sottolineato la particolare importanza, per valutare il bilanciamento della libertà di espressione con i diritti contrapposti, delle circostanze e modalità in cui l'espressione offensiva è stata formulata, escludendo la responsabilità dell'intervistatore e riconoscendogli la tutela della libertà di espressione in quanto, durante l'intervista, aveva in diversi modi espresso la propria contrarietà alle opinioni degli ospiti e la finalità di denuncia sociale per cui erano veicolate. La necessità di contestualizzazione è stata poi considerata anche dall'*Oversight Board* come fondamentale per poter valutare la conformità o meno di un contenuto ai *community standards*, ai *Facebook Values* e più in generale ai diritti umani.

Con riferimento più strettamente al diritto dell'Unione europea è invece possibile notare come la giurisprudenza della Corte di giustizia sia, in materia, più settoriale.

Ciò è dovuto al fatto che la libertà di espressione, prima di essere disciplinata dall'art. 11 CDFUE, per lungo tempo non è stata disciplinata dal diritto UE, ma è rimasta prerogativa delle costituzioni dei singoli Stati membri.

Una simile scelta è stata prevalentemente dettata dal fatto che l'Unione europea è stata inizialmente caratterizzata da un'impronta di carattere fortemente economico e solo successivamente il campo di applicazione del diritto UE si è ampliato alla tutela dei singoli in quanto tali.

Ad eccezione di situazioni come il caso *Schmidberger*⁹², in cui la CGUE ha riconosciuto la libertà di espressione come diritto fondamentale, richiamando però al riguardo l'art. 10 CEDU, le sue pronunce si sono

⁹¹ Sentenza della Corte EDU del 23 settembre 1994, ric. n. 15890/89, *Jersild v Danimarca*.

⁹² Sentenza della Corte del 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*.

prevalentemente concentrate sul rapporto tra libertà di espressione, tutela del copyright⁹³ e tutela della privacy.

La CGUE si è occupata di quest'ultimo aspetto in particolare nei casi *Schrems*⁹⁴ e nel caso *Landqvist*⁹⁵, nel quale ha riconosciuto il potenziale conflitto tra la libertà di espressione e la tutela della vita privata dei terzi, evidenziando un'evoluzione del diritto alla privacy che è passato dall'essere un diritto meramente negativo (diritto ad essere lasciati soli), ad un diritto positivo coincidente con la *data protection*, arrivando a riconoscere il principio di *privacy by design*, in virtù del quale i servizi offerti devono già a monte essere strutturati nel rispetto della tutela della vita privata degli utenti.

Pur se i casi esaminati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea sono tra loro attinenti a bilanciamenti di interessi molto diversi tra loro (nello specifico, bilanciamento tra libertà di circolazione delle merci e libertà di espressione il caso *Schmidberger*, libertà di espressione e diritto alla privacy il caso *Landqvist* e il caso *Schrems*), vi sono alcuni principi comuni, ripresi altresì dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dall'*Oversight Board* di Facebook.

La Corte ha infatti affermato sia il principio per cui la libertà di espressione non può essere considerato un diritto assoluto, così come non può esserlo nessuno degli altri diritti contrapposti ad essa⁹⁶, sia l'autonomia che le autorità nazionali possiedono nell'effettuare tale bilanciamento, senza possibilità per le corti sovranazionali di intervento nel merito, se non al fine di valutare la mera proporzionalità⁹⁷, riconoscendo che le restrizioni alla libertà di espressione devono non solo rispettare il bilanciamento tra i diversi diritti, ma anche ridurre al minimo necessario il sacrificio del diritto soccombente.

⁹³ Rilevanti al riguardo sono il caso *Google Spain* (sentenza della Corte del 13 maggio 2014, causa C-131/12), il caso *Telekabel* (sentenza della Corte del 27 marzo 2014, causa C-314/12), il caso *Sabam* (sentenza della Corte del 16 febbraio 2012, causa C-360/10) e il caso *Scarlet* (sentenza della Corte del 24 novembre 2011, causa C-70/10).

⁹⁴ Sentenza della Corte del 16 luglio 2020, causa C-311/18, *Schrems* e del 6 ottobre 2015, causa C-362/14, *Schrems* (II).

⁹⁵ Sentenza della Corte del 6 novembre 2003, causa C-101/01.

⁹⁶ Sentenza *Landqvist*, cit., punto 6.

⁹⁷ Sentenza *Landqvist*, cit., punto 90; sentenza *Schmidberger*, punto 75.

7. *Il bilanciamento dei diritti nelle pronunce dell'Oversight Board*

L'approccio alle problematiche attinenti alla libertà di espressione dell'*Oversight Board* risulta differente da quello delle corti tradizionali, in quanto mentre le seconde agiscono focalizzandosi sulla risoluzione della singola controversia, l'*Oversight Board* agisce selezionando i casi e decidendoli in modo da dare una linea di indirizzo alla piattaforma per il futuro, considerando non solo l'applicazione che in quel caso è stata fatta dei diritti umani, ma anche l'influenza che la propria decisione avrà sull'operato di Facebook⁹⁸.

Allo stato attuale l'*Oversight Board* ha pubblicato trentasei decisioni dalla sua istituzione, di cui solo dieci hanno confermato l'operato di Facebook, mentre nei restanti casi l'organo ha imposto alla piattaforma di modificare l'originaria valutazione sugli *User Generated Contents*⁹⁹.

Nello specifico, oltre al fatto che la stessa policy di Facebook riguardante i diritti umani riconosce la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea come potenziale fonte di orientamento e interpretazione dei *Facebook Values* e dei *Community Standards*¹⁰⁰, lo stesso *Oversight Board* ha più volte evidenziato come in caso di discrepanza tra i diritti fondamentali e i *Community Standards* (caso 2020-06¹⁰¹) o tra i diritti fondamentali e i *Facebook Values* (caso 2021-03¹⁰²), i secondi vadano dalla piattaforma adeguati ai primi.

In altri casi, invece, il *Board* ha rilevato come gli standard imposti da Facebook fossero troppo severi (casi 2021-06¹⁰³ e 2022-05¹⁰⁴), comportando così una ingiustificata limitazione della libertà di espressione degli utenti e una difficoltà per i moderatori nel valutare i contenuti.

⁹⁸ J. BARATA, *The Decisions of the Oversight Board from the Perspective of International Human Rights Law in Special Collection of the Case law on Freedom of Expression*, in *Global Freedom of Expression*, 2022, www.globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2022/10/The-Decisions-of-the-OSB-from-the-Perspective-of-Intl-Human-Rights-Law-Joan-Barata-.pdf.

⁹⁹ L'elenco dei casi è consultabile al sito www.oversightboard.com/decision/.

¹⁰⁰ La corporate *human rights policy* di Facebook è disponibile al sito www.about.fb.com/wp-content/uploads/2021/03/Facebooks-Corporate-Human-Rights-Policy.pdf.

¹⁰¹ Pronuncia dell'*Oversight Board*, 2020, *Presunta cura per il COVID* (2020-06).

¹⁰² Pronuncia dell'*Oversight Board*, 2021, *Preoccupazioni dei Punjabi in relazione alla RSS India* (2021-03).

¹⁰³ Pronuncia dell'*Oversight Board*, 2021, *Isolamento di Ocalan* (2021-06).

¹⁰⁴ Pronuncia dell'*Oversight Board*, 2022, *Menzione dei talebani in un servizio giornalistico* (2022-05).

Queste considerazioni sono state espresse altresì nei casi 2021-12¹⁰⁵ e 2022-01¹⁰⁶ in cui il *Board* ha evidenziato come spesso le stesse indicazioni per i moderatori circa la natura dell'*hate speech* siano poco chiare (nello specifico non venivano dati ai moderatori strumenti sufficienti per poter distinguere nei casi *borderline* l'*hate speech* in quanto tale e l'*hate speech* richiamato dagli utenti solo per condannarne il contenuto o sensibilizzare le persone), rendendo quindi necessario da parte di Meta un chiarimento dei *Community Standards* in materia.

Un altro principio fondamentale che emerge da numerose pronunce dell'*Oversight Board* (*ex multis* 2020-03¹⁰⁷, 2020-04¹⁰⁸, 2020-05¹⁰⁹, 2021-04¹¹⁰ e 2022-03¹¹¹) e ripreso anche dalla Corte EDU nel caso *Jersild* precedentemente visto, riguarda la assoluta importanza del contesto all'interno del quale un contenuto è caricato. Questo aspetto viene considerato dall'*Oversight Board* fondamentale per valutare il rispetto o meno dei *community standard* e viene affiancato dalla considerazione della necessità di un controllo umano, dettata dal fatto che l'algoritmo non è capace di discernere le diverse situazioni a cui un'immagine o un testo può riferirsi, comportando così un'alta capacità di errore e misure sproporzionate.

Un esempio è dato proprio dal caso 2020-04, in cui furono caricate delle foto di nudo femminile all'interno di una campagna di sensibilizzazione contro il tumore al seno. L'algoritmo, senza la supervisione del controllo umano, avrebbe continuato a bloccare suddetti contenuti in quanto apparentemente in violazione dei *Community Standards* in materia di pornografia.

La rilevanza del contesto per l'analisi dei contenuti sulle piattaforme è stata anche riconosciuta da fonti esterne di *soft law* a livello internazionale¹¹², che ne hanno ribadito la centralità.

Vi sono poi stati casi in cui l'*Oversight Board*, pur riconoscendo la violazione di diritti umani, ha preferito nel bilanciamento far prevalere la tutela della

¹⁰⁵ Pronuncia dell'*Oversight Board*, 2021, *Cintura ampum* (2021-12).

¹⁰⁶ Pronuncia dell'*Oversight Board*, 2022, *Cartone animato di Knin* (2022-01).

¹⁰⁷ Pronuncia dell'*Oversight Board*, 2020, *Armeni in Azerbaijan* (2020-03).

¹⁰⁸ Pronuncia dell'*Oversight Board*, 2020, *Sintomi del tumore al seno e nudo* (2020-04).

¹⁰⁹ Pronuncia dell'*Oversight Board*, 2020, *Citazione nazista* (2020-05).

¹¹⁰ Pronuncia dell'*Oversight Board*, 2021, *Proteste a sostegno di Navalny in Russia* (2021-04).

¹¹¹ Pronuncia dell'*Oversight Board*, 2022, *Rivendicazioni di parole in arabo* (2022-03).

¹¹² UN GENERAL ASSEMBLY, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression*, A/74/486, 9 October 2019, www.documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N19/308/13/PDF/N1930813.pdf?OpenElement.

libertà di espressione per motivi prettamente procedurali, andando quindi in contrasto, per motivi patologici, con gli orientamenti dominanti nelle Corti tradizionali (nello specifico, nel caso 2021-05¹¹³, Meta non aveva garantito all'utente l'effettiva possibilità di difendersi, andando in sostanza ad esercitare una forma di censura, seppur giustificata dalla tutela di contrapposti diritti).

Infine, particolare menzione meritano alcuni casi in cui il *Board* si è pronunciato in materia di privacy e *data protection*, materie trattate dalla Corte di giustizia piuttosto che dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Nel caso 2022-02¹¹⁴ il *Board* ha ritenuto non sproporzionata la scelta di Facebook di applicare un *warning label* (un banner che impedisce all'utente di vedere il contenuto di una foto senza prima essere avvertito della natura del contenuto che sta per visionare) al fine di proteggere la privacy di soggetti che compaiono in foto o video riguardanti situazioni in cui la dignità umana potrebbe essere stata violata.

Allo stesso modo il *Board* ha valutato, nel caso 2021-16¹¹⁵, l'eventuale violazione del diritto alla privacy di minori oggetto di un post in cui veniva denunciata una condotta di abuso sugli stessi, non riscontrando tuttavia alcuna violazione in tal senso in quanto i volti dei soggetti coinvolti erano irriconoscibili perché coperti dalle mani.

Si può notare come in diverse pronunce il *Board* richiami un controllo in tre livelli che la Piattaforma deve effettuare nel valutare la rimozione di un contenuto, accertandosi che essa non sia contraria alla legge, sia necessaria per tutelare i diritti contrapposti e sia proporzionata.

Da quanto analizzato appare chiaro come il *Board* debba valutare i casi concreti prevalentemente alla luce dei *Community Standards* e dei *Facebook Values*, ma debba al contempo fare un'opera di analisi di queste fonti alla luce dei diritti umani, che, secondo alcuni¹¹⁶ e a differenza di quanto detto in alcune occasioni dal *Board*¹¹⁷, non costituiscono in realtà una fonte superiore rispetto

¹¹³ Pronuncia dell'*Oversight Board*, 2021, *Meme dei due pulsanti*, (2021-05).

¹¹⁴ Pronuncia dell'*Oversight Board*, 2022, *Video di violenza esplicita in Sudan* (2022-02).

¹¹⁵ Pronuncia dell'*Oversight Board*, 2021, *Giornalista svedese denuncia violenze sessuali contro minori* (2021-16).

¹¹⁶ L. HELFER, M. K. LAND, *Is the Facebook Oversight Board an International Human Rights Tribunal?*, in *Lawfare Blog*, 13 May 2021, www.lawfareblog.com/facebook-oversight-board-international-human-rights-tribunal.

¹¹⁷ V. *supra*, note 101 e 102.

ai primi, ma un complemento, permettendo al *Board* e a Facebook di discostarsene laddove il caso concreto lo richieda.

Essendo i *Community Standards* comunque ispirati ai diritti fondamentali e ai principi europei e internazionali, la discrepanza nella loro applicazione può però derivare, oltre che da funzionamenti troppo rigidi dell'algorithm, anche da una cattiva interpretazione degli stessi, che viene poi in questi casi risolta dall'*Oversight Board* allineandosi, nella maggior parte dei casi, con l'interpretazione che di tali principi danno le Corti sovranazionali e internazionali.

8. Conclusioni

In conclusione è possibile vedere come, seppur sotto un profilo meramente formale l'autoregolamentazione di Facebook appaia in armonia con i principi sovranazionali e internazionali, nella sua applicazione concreta spesso se ne discosti, assumendo a pieno la caratteristica di una regolamentazione separata, alla luce anche del fatto che la piattaforma, permettendo una diffusione transnazionale dei contenuti caricati dagli utenti, debba bilanciare non solo le regole astrattamente applicabili agli stessi dai diversi ordinamenti, ma anche le diverse interpretazioni che di tali norme si danno nei vari Paesi, in virtù di una differente portata dei principi e diritti oggetto di bilanciamento.

Per poter riportare l'autoregolamentazione nei binari del diritto, appare quindi di fondamentale importanza l'operato dell'*Oversight Board*.

Esso, pur essendo un meccanismo di risoluzione delle controversie privato e fondato da Meta, prescinde dall'autoregolamentazione di Facebook, costituendo invece così un ponte tra la piattaforma su cui sono caricati i contenuti, estrinsecazione della libertà di espressione e dei diritti degli individui, e le Corti tradizionali, preposte a tutelare detti diritti.

Se le decisioni del *Board* sono senza dubbio vincolanti per la piattaforma stessa, le fonti di autoregolamentazione di Facebook e la normativa europea non chiariscono il valore che queste hanno per le Corti tradizionali, le quali potrebbero in astratto cooperare con il *Board* e ritenere le sue pronunce quantomeno orientative¹¹⁸.

Da ciò potrebbe derivare un utilizzo dell'*Oversight Board* non solo

¹¹⁸ V. *supra*, nota 2.

finalizzato a diminuire il carico di lavoro delle Corti tradizionali, ma anche finalizzato a creare degli orientamenti interpretativi unitari¹¹⁹ utili per indirizzare l'operato della giurisprudenza o, quantomeno con riferimento al settore dei servizi, degli organi stragiudiziali di risoluzione delle controversie *online*¹²⁰ che negli ultimi anni si stanno sempre più sviluppando, eventualmente permettendo un adattamento agli stessi anche dei meccanismi di funzionamento o di ricorso previsti per il *Board*.

L'*Oversight Board*, che ad oggi da parte della dottrina¹²¹ viene visto come uno strumento (per quanto indipendente) di Meta, potrebbe quindi pian piano divenire anche uno strumento delle Corti internazionali e sovranazionali per la tutela della libertà di espressione e dei diritti umani.

¹¹⁹ Si veda al riguardo: sentenza della Corte del 3 ottobre 2019, causa C-18/18, *Glawisch-nig-Piszczek*, nonché si veda la direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (direttiva sul commercio elettronico), in cui al paragrafo 58 si precisa che "La presente direttiva non deve applicarsi ai servizi di prestatori stabiliti in un Paese terzo. Tuttavia, data la dimensione globale del commercio elettronico, è opportuno garantire la coerenza della normativa comunitaria con quella internazionale".

¹²⁰ Rilevante al riguardo è l'*Online Dispute Resolution Platform*, prevista dal regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (regolamento sull'ODR per i consumatori).

¹²¹ L. GRADONI, *op cit.*; L. GOPAL, *Facebook's Oversight Board & The Rule of Law: The Importance of being Earnest*, in *American Bar Association – Business of Law, Internet Law & Cyber-Security*, 12 October 2021, www.businesslawtoday.org/2021/10/facebook-oversight-board-the-rule-of-law-the-importance-of-being-earnest/; L. HELFER, M. K. LAND, *op cit.*