



RIVISTA QUADERNI AISDUE

RIVISTA QUADERNI AISDUE

FASCICOLO SPECIALE 1/2024

*Il diritto dell'Unione europea
nei rapporti tra ordinamenti:
tra collaborazione, integrazione e identità*

**Atti del Convegno
Padova 2-3 novembre 2023**

**a cura di
Bernardo Cortese**

Editoriale Scientifica

euro 50,00

ISSN 2975-2698

ES

Direttore Responsabile

Antonio Tizzano

Comitato scientifico

Adelina Adinolfi, Giandonato Caggiano, Patrizia De Pasquale,
Alessia Di Pascale, Pietro Manzini, Roberto Mastroianni, Paolo Mengozzi,
Paola Mori, Bruno Nascimbene, Francesco Rossi Dal Pozzo,
Lorenzo Schiano di Pepe, Fabio Spitaleri, Antonio Tizzano,
Ennio Triggiani, Jacques Ziller

Comitato di redazione del fascicolo

Andrea Circolo, Irene Marchioro, Benedetta Minucci,
Martina Previatello, Alessandro Rosanò

RIVISTA QUADERNI AISDUE

FASCICOLO SPECIALE N. 1/2024

“IL DIRITTO DELL’UNIONE EUROPEA
NEI RAPPORTI TRA ORDINAMENTI:
TRA COLLABORAZIONE,
INTEGRAZIONE E IDENTITÀ”

Atti del V Convegno Nazionale AISDUE
Padova, 2-3 Novembre 2023

a cura di
Bernardo Cortese

Editoriale Scientifica
Napoli

L'invio di un manoscritto presuppone l'adesione al codice etico della Rivista e l'uniformità dello stesso ai criteri redazionali (consultabili online all'indirizzo www.aisdue.eu).

I contributi sono sottoposti a previo referaggio cieco anonimo secondo i principi descritti nel codice etico e nella procedura di revisione.

Tutti i lavori devono essere inviati in formato word all'indirizzo info@aisdue.eu.

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2024 Editoriale Scientifica srl

via San Biagio dei Librai, 39

80138 Napoli

ISSN 2975-2698

INDICE

<i>Introduzione</i> di Bernardo Cortese	9
<i>Laudatio</i> del Prof. Antonio Tizzano in occasione del conferimento del dottorato <i>ad honorem</i> da parte dell'Università di Padova	33
Discorso del Prof. Antonio Tizzano in occasione del conferimento del Dottorato <i>ad honorem</i>	39

Sessione I

Il fondamento dell'ordinamento dell'Unione: tra primato e controlimiti, tra valori comuni e identità nazionali

Relazioni

SCIARRA S., <i>I rinvii pregiudiziali proposti dalla Corte costituzionale come elementi di una relazione collaborativa</i>	47
ROSSI L.S., <i>Il principio del primato come "regola di coesione" dell'ordinamento dell'Unione europea</i>	55
MUNARI F., <i>I valori dell'Unione: una visione prospettica</i>	77

Interventi

ANRÒ I., <i>Il diritto nazionale al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione europea nell'ambito del Meccanismo di Vigilanza Unico, tra primato e nuovi modelli di integrazione</i>	97
ROSANÒ A., <i>Prospettive di revisione del test Aranyosi e Căldăraru (o test LM) a partire dalla giurisprudenza della Corte EDU</i>	133
MASSA C., <i>L'art. 351 TFUE e gli accordi internazionali degli Stati membri a fronte dell'espansione delle competenze dell'Unione europea</i>	171

Sessione II
I valori dell'Unione come limiti alle scelte costituzionali
degli Stati membri

Relazioni

MORI P., <i>Identità nazionale, valori comuni e condizionalità</i>	207
DANIELE L., <i>I valori dell'Unione nei giudizi nazionali: Stato di diritto e rinvio pregiudiziale</i>	231
SAJÓ A., <i>Militant Rule of Law versus Democratic Backsliding</i>	257
CASOLARI F., <i>Il processo di europeizzazione delle identità nazionali degli Stati membri: riflessioni sulle traiettorie del costituzionalismo europeo</i>	267

Sessione III
Cittadinanza dell'Unione, tutela degli status personali
e identità costituzionali nazionali: quale equilibrio?

Relazioni

LAZZERINI N., <i>Il diritto dei cittadini dell'Unione "circolanti" di condurre una normale vita familiare: stato dell'arte e prospettive</i>	303
BIAGIONI G., <i>Le garanzie fondamentali dell'ordinamento dell'Unione in materia di cooperazione giudiziaria e i loro beneficiari</i>	331
MARINAI S., <i>Il ruolo dell'effettività nei rapporti tra cittadinanza statale e cittadinanza dell'Unione europea</i>	365

Interventi

RISTUCCIA F., <i>European identity through free movement law? The interactions between Union citizenship, free movement of persons, and EU values</i>	385
MARCHIORO I., <i>L'influenza del diritto dell'Unione europea nella formazione e nel riconoscimento degli atti di nascita dei figli di coppie omogenitoriali, tra punti fermi e questioni aperte</i>	407

INDICE	7
NASCIMBENE B., <i>Considerazioni conclusive alla Sessione III</i>	433

Sessione IV
L'effettività della tutela giurisdizionale nell'Unione europea

Relazioni

AMALFITANO C., <i>I limiti alla sindacabilità degli atti dei rappresentanti dei governi degli Stati membri con rilevanza "comunitaria"</i>	441
SPITALERI F., <i>La tutela giurisdizionale effettiva dei singoli nei settori dell'immigrazione e dell'asilo</i>	467
IANNUCELLI P., <i>L'accesso al giudice dell'Unione europea in materia di concorrenza. Brevi considerazioni sulla giurisprudenza più recente</i>	491

Interventi

ALBERTI J., <i>Il trasferimento del rinvio pregiudiziale al Tribunale, all'alba della sua entrata in vigore</i>	511
ROMITO A.M., <i>La completezza dei rimedi giurisdizionali nell'ordinamento dell'UE ed il contenzioso sul cambiamento climatico</i>	539
PISAPIA A., <i>La legittimazione ad agire delle associazioni per la tutela di interessi collettivi: riflessioni a valle della giurisprudenza in materia di ambiente e dati personali</i>	561

Sessione di chiusura – tavola rotonda
Democrazia e futuro dell'Europa

Relazioni

PESCE C., <i>L'iniziativa dei cittadini europei e le istanze delle "regioni a minoranza nazionale"</i>	591
TRIGGIANI E., <i>Futuro dell'Unione e coscienza politica europea</i>	613

INTRODUZIONE

IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA NEI RAPPORTI TRA ORDINAMENTI: TRA COLLABORAZIONE, INTEGRAZIONE E IDENTITÀ

Bernardo Cortese*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Ordinamento. – 3. Valori. – 4. Cittadinanza. – 5. Tutela giurisdizionale. – 6. Democrazia. – 7. Postilla prima: la concezione del convegno annuale e del volume, ed il ruolo dell'Associazione. – 8. Postilla seconda: il dottorato *ad honorem*.

1. *Premessa*

Il tema scelto per il V Convegno annuale AISDUE riflette, inevitabilmente, pensieri, convinzioni, auspici e “visioni” di chi lo ha proposto¹, in feconda collaborazione con il Direttivo dell'Associazione, con la precisa idea di mettere in dialogo, su quel tema, le voci di molte colleghe e colleghi, in quello che è il massimo senso di una comunità scientifica: riflettere, insieme, sui problemi che l'ambito scientifico in cui si definisce quella comunità può contribuire a definire, e auspicabilmente a risolvere, seppur attraverso l'indiretto contributo che le studiose e gli studiosi di un fenomeno giuridico possono dare, dovendo inevitabilmente attendere, quelle soluzioni, un intervento di un giudice, di un legislatore, o addirittura, nel nostro campo, di un Trattato.

Ecco allora che, mettendo insieme alcune tappe (più o meno) recenti della mia esperienza di studioso del diritto dell'Unione europea, e confrontandole, nelle discussioni preparatorie con il Direttivo AISDUE, con alcuni

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Padova.

¹ Mi riferisco in particolare a considerazioni contenute in questi scritti: B. CORTESE, *L'ordinamento dell'Unione europea tra autocostruzione, collaborazione e autonomia*, Torino, 2018, *passim* e spec. p. 16 ss.; B. CORTESE, *Carta, CEDU e Costituzioni nazionali: un processo di codificazione tra autonomia, autoipotesi e international collaborative law*, in A. ANNONI, S. FORLATI, F. SALERNO, a cura di, *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, 2019, p. 457-506; B. CORTESE, *Riflessioni sull'autonomia come limite: l'equilibrio tra libertà e condizionamento nel diritto dell'Unione europea, tra Unione, Stati membri ed individui*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, Torino, 2018, p. 222-246.

sviluppi del fenomeno dell'integrazione europea negli ultimi anni, ho proposto che nel convegno di Padova si affrontassero alcuni temi relativi al diritto dell'Unione europea nei rapporti tra ordinamenti, e lo si facesse cercando di utilizzare le chiavi della collaborazione, come principio strutturale fondante la costruzione europea, dell'integrazione, come obiettivo di quel processo collaborativo, e dell'identità, concetto chiave (nelle sue molteplici dimensioni) per leggere il grado di integrazione raggiunto in un dato momento storico da quel progetto. Con mia grande soddisfazione, il Direttivo AISDUE ha sostenuto questa impostazione, introducendo importanti suggerimenti sia nella definizione delle proposte di relazione ad invito, sia in quella delle *call for papers* dirette ad intercettare, su temi magari più specifici, le riflessioni della parte più giovane della comunità scientifica.

Le ragioni della proposta scientifica che abbiamo condiviso con il Direttivo AISDUE sono evidenti. Ci troviamo infatti a vivere un momento storico in cui, da un lato, il processo di integrazione tramite il diritto ha raggiunto confini neppure immaginabili, forse, nel momento in cui ne venivano poste le basi tramite un processo funzionalista, di integrazione per piccoli passi. Un processo, quello, che si dava l'obiettivo di creare una solidarietà di fatto tra i popoli d'Europa, garantendo loro uno sviluppo economico allora drammaticamente carente e necessario, per un continente che si doveva rialzare dalle macerie della guerra fratricida provocata dal nazionalismo, e che doveva in qualche modo superare le ferite dello sterminio che quella guerra aveva in parte provocato, in parte nascosto e facilitato (la *Shoah*). Dall'altro lato, siamo immersi in un sentire comune in cui la solidarietà non si trova certo al centro – né a livello di relazioni interpersonali, né di concezione delle relazioni internazionali – mentre invece è lo spirito nazionalista a riaffacciarsi con sempre maggior forza. Cosicché, nel discorso pubblico, quella che per decenni è stata la speranza di un futuro migliore, la costruzione di un processo di integrazione europea, appunto, viene sempre più spesso dipinta come una inaccettabile e, in ultima analisi anche controproducente, ingerenza. Il tutto avviene, per di più, in un passaggio in cui invece appare evidente la *razionalità* della scelta di integrazione, unica a consentirci di affrontare le enormi sfide di fronte a cui tutti siamo posti: la sfida del cambiamento climatico e della transizione ecologica richiesta per contrastarlo o, quantomeno, mitigarlo; la sfida del governo della transizione informatica – una nuova rivoluzione industriale e potenzialmente anche sociale e politica; la sfida delle migrazioni e del loro governo; la sfida del mutato quadro politico mondiale, con il riapparire del protezionismo, dell'espansionismo imperialista, e della guerra di aggressione. Si tratta di sfide che, se mal gestite o, peggio ancora,

non gestite, rischiano di compromettere tutto quanto di buono si è fatto in questi 70 anni di pace in Europa: in quell'Europa in cui, appunto, si sviluppava il progetto di integrazione nato dalle Comunità europee e culminato nell'attuale Unione.

Ecco allora, pur senza la pretesa di esaurire, ma neppure di riuscire a toccare, tutti questi temi, l'urgenza di tornare a riflettere insieme sul fenomeno giuridico di cui tutte e tutti noi studiosi e studiosi del Diritto dell'Unione europea appassionatamente ci occupiamo, e di farlo in una prospettiva di sistema che tenga conto delle peculiarità di un quadro di integrazione basato, certo, su un "ordinamento di nuovo genere" fondato in linea di principio sull'abbandono della pretesa di sovranità assoluta ed illimitata, tipica del nazionalismo, nonché capace in linea teorica di superare i particolarismi dei sistemi giuridici degli Stati membri, ma bisognoso al tempo stesso della collaborazione di quei sistemi per potersi concretamente affermare, e *confermare*. Ecco la necessità di riflettere su quale livello di integrazione si sia raggiunto, grazie a quel fenomeno di costruzione di un nuovo ordinamento, ma anche alla progressiva estensione delle competenze entro cui esso si può sviluppare, o nel cui esercizio le istituzioni comuni possono comunque sviluppare delle politiche capaci di sostituirsi a politiche nazionali, o completarle e rinforzarle, coordinandole, e la necessità ulteriore di fare il punto su quali contenuti – e modelli – abbia assunto l'identità europea, in un rapporto non necessariamente di contrapposizione, ma spesso di mutuo sviluppo, con le identità nazionali.

Ed ecco anche un tentativo di articolazione di quella riflessione che abbiamo cercato di dare, nelle discussioni in seno al direttivo AISDUE, nella concezione del convegno annuale, i cui risultati sono confluiti in questo volume.

In una prima sessione, dunque, abbiamo proposto ad alcune relatrici e relatori invitati, ed alcuni giovani selezionati sulla base di una *call for papers*, di riflettere sul fondamento (ma, in alcuni passaggi, anche sulle prospettive di sviluppo) dell'ordinamento dell'Unione, muovendosi tra primato e controlimiti, tra valori comuni e identità nazionali.

Nella sessione seguente, strettamente collegata alla prima, la prospettiva proposta alla riflessione di relatrici e relatori invitati era quella dei valori dell'Unione come limiti alle scelte costituzionali degli Stati membri.

La terza sessione, come la prima di nuovo costruita sia da relazioni su invito sia da interventi su *call*, invitava a riflettere sulla cittadinanza dell'Unione – nella sua relazione con le cittadinanze nazionali, in particolare in riferimento alla tutela degli status personali e, attraverso questa dimensione, al suo equilibrio con le identità costituzionali nazionali

La quarta sessione, anch'essa a partecipazione "mista", cercava di mettere a fuoco la dimensione dell'effettività del sistema di tutela giurisdizionale: snodo centrale sia nella costruzione dell'ordinamento comune, sia nella determinazione delle caratteristiche strutturali che gli ordinamenti nazionali devono garantire per consentire l'esplicarsi di quello, il tutto nel contesto dei valori comuni che si applicano (e vincolano) in entrambe quelle sfere ordinamentali – comune e nazionali.

Infine, chiudeva il convegno una tavola rotonda su democrazia e futuro dell'Europa.

2. *Ordinamento*

Partiamo allora da alcune riflessioni sui contributi a questo volume che sono l'esito della prima sessione del V convegno annuale.

Qui troviamo, in apertura, il contributo della Presidente Sciarra, dedicato ai rinvii pregiudiziali proposti dalla Corte costituzionale come elementi di una relazione collaborativa.

Silvana Sciarra affronta anzitutto il tema dei caratteri dell'ordinamento giuridico della – o degli ordinamenti giuridici nella – Unione europea, sottolineando la compresenza, nel nuovo ordinamento comune, di soggetti di "tipo" diverso (Stati, individui, organi statali e organi comuni), ma anche l'ibridazione dei ruoli che ne consegue. Un'ibridazione che riguarda anzitutto gli Stati, che si muovono tra una dimensione internazionalistica di rappresentanza esterna (consueta in un quadro di organizzazione internazionale), ed una, nuova, di attori di un processo di integrazione, che si svolge all'interno del nuovo ordinamento comune, ma che coinvolge necessariamente anche i loro ordinamenti interni. In questo quadro, anche il ruolo delle corti nazionali si ibrida. Non solo nel senso, cui siamo abituati a riferirci, di un *dédoublement fonctionnel*, che presuppone uno sdoppiamento certo (perché dovuto) di funzioni nei giudici, sottoposti alla legge dello Stato, ma chiamati a disapplicarla laddove sia rilevante la diversa legalità dell'ordinamento comune. A questa ibridazione se ne aggiunge un'altra, espressa nei diversi ruoli che quelle corti possono *scegliere* di giocare. Si tratta della scelta, consapevole o meno, tra il farsi attrici primarie di quell'integrazione, nel contesto di *judicial empowerment* rappresentato dall'art. 267 TFUE e dalla dottrina dei limiti all'autonomia procedurale, e quella invece di incarnare la posizione di elementi *scettici*, non pronti ad attuare gli strumenti dell'integrazione.

Nell'ambito della funzione giurisdizionale – sia essa svolta a livello de-

centrato, sia invece il frutto delle competenze della Corte di giustizia – Sciarra mette al centro dell’attenzione il *modus operandi* di un diritto che, sia nell’uno che nell’altro caso, ruota attorno ad un formante giurisprudenziale molto rilevante, sottolineando la necessità di garantire la *qualità* nella gestione di quella funzione. Quel sistema comune, così come l’interazione con esso dei sistemi nazionali, devono infatti basarsi su un approccio *autorevole*, perché coerente. Coerenza che si chiede alla giurisprudenza della Corte di giustizia, così come a quella delle corti (supreme, costituzionali) nazionali. Una coerenza che, in un sistema complesso e, in qualche misura, integrato², richiede, per le corti nazionali, la valorizzazione non solo dell’identità costituzionale nazionale e dell’esigenza di unità del sistema interno, ma al tempo stesso la valorizzazione dell’identità costituzionale *nuova* che è il frutto della partecipazione all’ordinamento comune³, trovando i meccanismi adeguati per garantire l’equilibrio in un contesto complesso.

Il passaggio successivo è mettere a fuoco – con attenzione ora principalmente al fenomeno dell’integrazione come vissuto nel sistema costituzionale italiano – lo sviluppo della giurisprudenza della Corte costituzionale, sottolineandone la dimensione costruttiva o *collaborativa*⁴, non solo nel dialogo con la Corte di giustizia, ma anche in quello con il legislatore italiano, capace di mantenere i delicati equilibri del sistema costituzionale che un uso troppo spregiudicato del *judicial empowerment* rischierebbe di far saltare. Da quel ripercorrere alcune delle tappe del cammino di dialogo e collaborazione tra le due corti emergono anche aree di particolare “valore aggiunto”. Aree in cui, cioè, la collaborazione porta allo sviluppo di principi comuni, ma anche alla valorizzazione corretta delle peculiarità dell’identità costituzionale nazionale nel contesto di quella comune. Si tratta, in particolare, di due delle aree di più recente “comunitarizzazione”, nel contesto dello Spazio di Libertà Sicurezza e Giustizia, su cui si soffermano anche altri contributi a questo volume: quella in cui il diritto dell’Unione incide sulle libertà personali⁵, e quella in cui vengono in considerazione i diritti (specie sociali) dei cittadini di Paesi terzi⁶. In relazione alla prima, si tratta di attivare una collaborazione

² B. CORTESE, *L’ordinamento...*, cit., p. 91 ss.

³ Come è messo in particolare in evidenza nei contributi di Paola Mori e Federico Casolari a questo volume, di cui dirò più avanti in questa Introduzione.

⁴ B. CORTESE, *L’ordinamento...*, cit., p. 148 ss.

⁵ Mi riferisco in particolare ai contributi di Alessandro Rosanò, Fulvia Ristuccia e Giacomo Biagioni in questo volume.

⁶ Mi riferisco in particolare ai contributi di Nicole Lazzerini, Simone Marinai e Fabio Spitaleri in questo volume.

ed una soluzione condivisa capaci di evitare che un approccio meramente funzionalista, basato su un'astratta considerazione di principi strutturali come la fiducia reciproca e lo stesso primato⁷, conduca ad un'eccessiva compressione delle garanzie dei diritti fondamentali. In relazione alla seconda di quelle due aree il problema è piuttosto quello di evitare che la censura a scorciatoie "gius...populiste" sia lasciata al giudice di diritto comune, pur nella eventuale dialettica con la Corte di giustizia, ma coinvolga invece, come garanzia di sviluppo "autorevole", il giudice delle leggi e, con esso, il sistema costituzionale interno.

Il contributo di Lucia Serena Rossi riflette, a sua volta, sul principio del primato, dandone una lettura di principio strutturale non assoluto, ma aperto a deroghe e contaminazioni osmotiche. Rossi legge la natura strutturale di quel principio, in linea con la giurisprudenza fondativa, nella "reciprocità" delle limitazioni di sovranità, da intendersi in sostanza come necessaria condizione di eguaglianza tra Stati membri in relazione a quelle limitazioni (e, dunque, tra i loro cittadini), come precisato nella recente giurisprudenza sui valori dell'Unione. Non si tratta di un principio gerarchico, dunque, ma di un principio che opera in chiave difensiva, rispetto a pretese unilaterali di primato degli ordinamenti nazionali. Rossi legge il primato come elemento chiave, anche se non il solo, per garantire la natura "self-contained" del sistema giuridico comune, come sistema giuridico caratterizzato da *autonomia*. La "chiusura" sistematica che è così garantita non è però chiusura *autopoietica*⁸, poiché si riconosce la predisposizione al dialogo della Corte di giustizia, nel ricevere le preoccupazioni delle corti nazionali sui principi fondamentali.

Quel dialogo, oltre che processuale – all'interno cioè della singola procedura pregiudiziale⁹ – e ordinamentale – in particolare, tramite il riconoscimento di una dimensione osmotica che non è unidirezionale – deve però essere anzitutto culturale. In questa dimensione, allora, oltre al ruolo che

⁷ Di cui si occupa specialmente il contributo di Lucia Serena Rossi in questo volume, sul quale tornerò anche oltre in questa Introduzione.

⁸ Per la discussione del rischio di una chiusura autopoietica del sistema giuridico dell'Unione rimando a B. CORTESE, *Carta, CEDU e Costituzioni nazionali...*, cit., p. 479 ss.; ivi p. 486 s. per la critica ad un approccio a volte *eccezionalista* di quell'ordinamento nella sua proiezione sul piano esterno. Per un esempio di eccezionalismo si veda la giurisprudenza criticata da Claudia Massa nel suo contributo a questo volume.

⁹ Ma anche eventualmente all'interno di forme di dialogo a ritroso, come quelle suggerite da Ilaria Anrò nel suo contributo a questo volume, in relazione alla situazione dell'applicazione del diritto nazionale da parte delle autorità UE.

possono avere gli incontri strutturati tra Corte di giustizia e Corti costituzionali nazionali, si deve a mio avviso mettere l'accento anche sul ruolo che la dottrina può e deve giocare, dialogando sempre più in una dimensione aperta e transnazionale, anche per il tramite di iniziative veicolate dalle società scientifiche come AISDUE.

Il contributo di Francesco Munari si sposta su una visione prospettica dei valori dell'Unione, nella quale l'esigenza di garantirne il rispetto sia assunta ad elemento propulsore di dinamiche (politiche, legislative, giurisdizionali) coraggiose, all'altezza delle sfide con cui ci misuriamo. Come in *van Gend en Loos* l'ordinamento giuridico di nuovo genere viene affermato con l'obiettivo di garantire i diritti dei singoli, così ora l'Unione, contesto politico-istituzionale cui sono state nel frattempo riconosciute dai Trattati competenze enormemente accresciute rispetto alle origini, deve volgere la sua azione, secondo la proposta di Munari, alla garanzia delle condizioni collettive necessarie a garantire i diritti dei suoi cittadini e anche di chi cittadino non è, ma entra in contatto con il sistema dell'Unione, con l'esercizio della *jurisdiction* dell'Unione e dei suoi Stati membri.

Le proposte concrete di Munari sono sfidanti.

In primo luogo, si tratta per l'essenziale di trasformare la competenza in materia ambientale, con il suo esplicito riferimento al cambiamento climatico, in una sorta di nuovo "114": come la competenza in materia di mercato interno è stata intesa in modo da consentire all'Unione di occuparsi di tutto ciò che serve a farlo funzionare, così la competenza in materia ambientale dovrebbe essere coraggiosamente letta nel senso di estendere l'intervento della legislazione dell'Unione a quanto necessario per il perseguimento degli obiettivi che il Trattato le attribuisce in materia ambientale. Ciò comprende anche nuove misure di budget, per nuovi "dispositivi" che vadano oltre quello di ripresa e resilienza, pena il sostanziale tradimento dei valori di dignità, libertà e solidarietà enunciati dall'art. 2 TUE.

In secondo luogo, si tratta di dare a quei valori una funzione di principio ermeneutico prevalente, che consenta interpretazioni adeguate delle scelte del legislatore, assunte in momenti storici diversi, alla mutata realtà in cui viviamo oggi, laddove quegli atti legislativi non siano più in grado di garantire i diritti che si riproponevano di tutelare. Questo vale, in particolare, in materia di immigrazione e asilo. Si tratta, in fondo, di una versione adeguata del principio di "non regresso", applicata però all'ordinamento comune.

Ed infine, il "non regresso" nel patrimonio di diritti sociali dei cittadini europei deve valorizzarsi nel giustificare misure "monetarie" con cui la BCE si attivasse, ancora, in futuro.

Per quanto ambiziose, si tratta, a me pare, di proposte necessarie, che valorizzano la possibilità di costruire una comunità politica di valori¹⁰ non limitata ai pochi cittadini mobili, ma estesa a tutti i cittadini dell'Unione e, più ampiamente, a tutti coloro che sono in vario modo collegati alla sua *jurisdiction*.

Si tocca in questo modo il grande tema della legittimazione politica (e democratica) di un ordinamento composito. Per poter cogliere la sfida dei grandi cambiamenti con cui l'Unione si confronta, nel modo proposto da Munnari, non può bastare, infatti, un'evoluzione gestita dall'alto, foss'anche nel contesto di un consenso politico costruito a livello di Consiglio europeo. Piuttosto, è necessario un inserimento di questi temi, e del modo in cui affrontarli insieme, nel dibattito parlamentare e, di lì, nello spazio pubblico europeo: solo tramite un'osmosi del genere si può costruire un processo *lato sensu* costituente, e pienamente democratico in senso sostanziale, capace di reggere alle altrimenti inevitabili scosse di resistenza dei sistemi costituzionali nazionali.

3. *Valori*

La seconda sessione del convegno annuale era pensata, come detto, in stretta connessione con la prima. In effetti, i contributi presentati per questo volume confermano appieno quella complementarità.

Il contributo di Paola Mori, dedicato a identità nazionali, valori comuni e condizionalità, non può che avere al centro la clausola identitaria, introdotta dal Trattato di Lisbona all'art. 4, par. 2, TUE. Tuttavia, come spiega bene Mori, quel tema non emerge a Lisbona, perché riprende, in buona sostanza, un dibattito di lontana origine. Si può dire infatti che essa si ponga in certa misura in continuità con il tema, che ha visto a lungo confrontarsi giurisprudenze nazionali e della Corte di giustizia, di come predisporre una garanzia dei diritti fondamentali nel contesto del nuovo ordinamento comunitario, prima, e poi su profili che, unilateralmente, la giurisprudenza costituzionale soprattutto tedesca qualificava come attinenti all'identità costituzionale di quello Stato¹¹.

Con l'inserimento della clausola identitaria nel testo del Trattato il tema

¹⁰ Una comunità interindividuale, i cui membri accettano che i loro diritti e doveri politici sono fissati non solo da un sistema di norme giuridiche formali, ma da principi che i membri di quella comunità politica condividono e su cui quelle norme si fondano: cfr. R. DWORKIN, *The Laws Empire*, Cambridge, Massachusetts and London, 1986, p. 211.

¹¹ B. CORTESE, *ECJ and National Constitutional Courts: A Collaborative Law Approach*, in *DUE*, 2018, n. 1, p. 47-95.

riemerge con forza, inizialmente soprattutto in dottrina, mentre nella giurisprudenza rimane, il più delle volte, nei corretti binari di un dialogo impostato attorno all'art. 267 TFUE, in termini di soluzione collaborativa di problemi che pure suscitano, in certi passaggi, una qualche tensione.

Negli ultimi anni, tuttavia, la clausola entra al centro di veri e propri scontri occasionati dalle pronunce di alcune corti costituzionali nazionali. Come sottolinea Mori, questo è in certa misura fisiologico. Lo è per il cambiamento forte della compagine statale su cui si esprime l'ordinamento comune, che ora comprende anche Stati di recente democrazia, per l'espansione delle competenze dell'Unione in settori di grande delicatezza dal punto di vista politico, come la moneta e la giustizia, e per l'espansione del ruolo della Corte di giustizia, divenuta ora custode anche del rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri, grazie in particolare all'entrata in vigore della Carta come strumento di diritto primario. Nondimeno, quegli scontri vanno gestiti, necessariamente, in modo diverso dal quadro del dialogo collaborativo. Ecco allora apparire un uso complementare di pregiudiziali e ricorso per infrazione, le ordinanze cautelari adottate nei confronti degli Stati membri, ma anche strumenti "politici" e di condizionalità finanziaria.

Prima di analizzare quegli strumenti, Mori si concentra sulla giurisprudenza con cui la Corte di giustizia ha, in ultima analisi, rivendicato il controllo dell'eccezione identitaria, in presenza di una misura di armonizzazione¹², seppur lasciando, dove necessario ed in collegamento con le scelte del legislatore dell'Unione, un margine di flessibilità agli Stati membri¹³. Quest'analisi conferma, in sostanza, l'idea presente nel contributo di Rossi, più sopra analizzato, secondo cui il primato è tendenzialmente uno strumento di coordinamento difensivo, e non un principio assoluto basato su un approccio gerarchico di impronta monista.

Mori prosegue poi segnalando come, di fronte alla crisi dello Stato di diritto esplosa in alcuni Stati membri, emerga nella giurisprudenza della Corte di giustizia il legame tra valori comuni, identità nazionale e obbligo di leale collaborazione, nel senso che l'identità nazionale deve sempre rispettare i valori comuni, da un lato, ed il dovere di leale collaborazione, dall'altro. Così come emerge, dal lato del controllo su quella clausola e sul rispetto dei limiti alla sua invocazione, la competenza esclusiva della Corte di giu-

¹² Corte giust. 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*, punti 60-63.

¹³ Corte giust. 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*, punto 29.

stizia. La sentenza RS¹⁴, si potrebbe dire, si afferma come una *Fotofrost*¹⁵ ... alla decima potenza. I casi sulla validità del regolamento condizionalità, poi, portano alla chiara affermazione, da parte della Seduta Plenaria della Corte, dei valori comuni come fonte di una *identità dell'Unione* il cui rispetto è il presupposto necessario della fiducia reciproca, base dell'ordinamento giuridico comune. Cosicché, di necessità, l'Unione *deve* difendere quei valori, se posti in pericolo dagli Stati membri. Si tratta, in fondo, della consacrazione di quanto era già emerso, all'inizio di quella crisi, ma ancora in una fase apparentemente scollegata dalla gestione della stessa, con l'affermazione nell'ordinanza cautelare pronunciata dalla Plenaria, relatore il Vicepresidente Tizzano, del potere di *astreinte* della Corte nell'esercizio della sua funzione cautelare in un contesto di infrazione¹⁶.

Nonostante tutti gli sforzi della Corte, però, situazioni di scontro al di fuori di un contesto collaborativo richiedono strumenti di risposta ulteriori. Ecco allora l'importanza del controllo operato nel quadro dei meccanismi di coordinamento della governance economica, *rinforzato* dagli strumenti di condizionalità: sia quelli (relativamente contenuti nel loro ambito di applicazione) del regolamento condizionalità, sia quelli, ben più ampi, connessi al dispositivo per la ripresa e resilienza e alla condizionalità *ex ante* dei Fondi europei a gestione concorrente.

Rimane, è chiaro, il rischio legato alla discrezionalità politica nella gestione di questi poderosi strumenti di *sanzione positiva*¹⁷. Ma qui, nuovamente, non resta che auspicare una fase *politicamente costituente*, in cui il dibattito sugli strumenti di governo per *piani*, in cui i meccanismi di coordinamento della governance economica degli Stati membri si stanno evolvendo, venga assunto da un Parlamento europeo sinora, sul punto, marginale.

Il contributo di Luigi Daniele è dedicato ad un'analisi dell'emergere dei valori dell'Unione nei giudizi nazionali, con riferimento all'uso del rinvio pregiudiziale in relazione alla crisi dello Stato di diritto.

¹⁴ Corte giust. 22 febbraio 2022, C-430/21, RS (*Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle*).

¹⁵ Corte giust. 22 ottobre 1987, 314/85, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*.

¹⁶ Corte giust. ord. 20 novembre 2017, C-441/17 R, *Commissione c. Polonia (foresta Białowieża)*, punti 99-100.

¹⁷ N. BOBBIO, *Sanzione*, *Nss Dig. Ita.*, Vol. XVI, Torino, 1969, p. 530-540, p. 537. Si veda anche B. CORTESE, *International Economic Sanctions as a Component of Public Policy for Conflict-of-Laws Purposes*, in M. L. PICCHIO FORLATI, L. A. SICILIANOS (eds.), *Economic Sanctions in International Law / Les sanctions économiques en droit international*, Leiden, Den Haag, 2004, p. 717-760, p. 751 ss.

Daniele sottolinea che, in una parte significativa dei rinvii pregiudiziali sollevati per contestare una normativa nazionale che si afferma essere in contrasto con i principi dello Stato di diritto, il rinvio va contro l'interesse della o delle parti private nella causa nazionale. Si tratta di un dato in effetti notevole, se si considera la normale situazione dell'uso del rinvio pregiudiziale in caso di un affermato contrasto tra il diritto nazionale e il diritto dell'Unione. La situazione normale è, infatti, quella in cui il rinvio pregiudiziale è richiesto da una parte (il più delle volte privata) nel procedimento pendente davanti al giudice nazionale, nel cui interesse andrebbe un'eventuale disapplicazione della normativa nazionale che si assume in contrasto con il diritto UE. Nondimeno, non si tratta, di per sé, di un uso contrario alle finalità dello strumento, che non è un ricorso nelle mani di una parte privata, ma un meccanismo di collaborazione tra giudice e giudice oggettivamente "neutrale" rispetto agli interessi privati delle parti in causa.

Un'altra parte di casi che hanno raggiunto la Corte, invece, riguarda situazioni in cui vi è chiaramente un uso strategico della controversia nazionale, da parte di attori che sono magistrati e introducono una domanda giudiziale davanti ad altri magistrati, chiedendo loro, in buona sostanza, di disapplicare una normativa nazionale che o pone attore e giudice oggettivamente sullo stesso piano (perché mina le condizioni dell'indipendenza dall'esecutivo tanto per il magistrato attore, quanto per il magistrato che ne giudica la causa), o utilizza un approccio di *judicial empowerment* per ottenere la disapplicazione di quelle normative, chiedendo ad un giudice cui è stata sottratta la precedente competenza a pronunciarsi sulle questioni relative alla carriera di altri magistrati, o azioni disciplinari intentate nei loro confronti, di pronunciarsi su quelle questioni, disapplicando le norme che hanno sottratto al giudice adito quella competenza.

In entrambi i casi, anche a me, come a Daniele, sembra che emergano degli elementi di "tensione" nell'utilizzo del rinvio pregiudiziale, che potrebbero esprimere un qualche rischio di abuso della procedura. Essi mi appaiono, però, meno marcati nell'ultima di queste configurazioni, dove il ricorso al "miele" del *judicial empowerment* per indurre il giudice adito ad esercitare poteri che il diritto nazionale non gli attribuisce (più) appare un difetto (se lo è) comune a qualsiasi situazione in cui si invoca un potere *extra ordinem* basato sui limiti all'autonomia procedurale nazionale. Per contro, mi sembra che la prima delle due ipotesi da ultimo delineate possa configurare in astratto una situazione di mancanza del requisito di imparzialità del giudice adito.

Il punto è, però, che la Corte non dà spazio ad alcun ragionamento

del genere quando affronta le critiche di inammissibilità di quei rinvii quasi immancabilmente sollevate dal governo dello Stato membro da cui proviene il rinvio (quasi sempre, il governo polacco). La Corte piuttosto si limita ad un uso molto classico del controllo (eccezionale) sull'irrelevanza della questione pregiudiziale¹⁸, ovvero valorizza altri profili che esprimono invece una forte dimensione di abuso della procedura nazionale, combinata con la richiesta di rinvio, perché non sussistono le condizioni di deroga al principio dell'autonomia procedurale¹⁹. A sé rimane il caso dell'irricevibilità del rinvio proposto proprio da quella sezione speciale della corte suprema polacca che la Corte aveva più volte, in precedenza, qualificato "non-giudice". E del resto, si tratta (fatta astrazione per il contesto in cui si pone), di un'applicazione incontestabile proprio di quella consolidata giurisprudenza che si era sviluppata in materia *prima* della crisi del *democratic backsliding* e del ...prologo alla ...sinfonia delle censure nei casi polacchi rappresentato dalla causa *ASJP*²⁰.

Il giudizio di Luigi Daniele, nel complesso, è quello di una comprensibile generosità della Corte nel rigettare le questioni di irricevibilità quando l'uso in qualche modo *extra ordinem* del rinvio pregiudiziale serve a contrastare una situazione di crisi dello Stato di diritto, che non dovrebbe però divenire la norma in relazione a situazioni non connotate da un rischio di sistema.

Il punto fatto valere da Daniele è, in buona sostanza, l'altra faccia dell'argomentazione sviluppata da András Sajó nel suo contributo al convegno di Padova. Il giurista ungherese auspica in effetti il ricorso ad un approccio di *militant rule of law* contro i fenomeni di *democratic backsliding* che si verificano in alcuni Stati membri del centro-est Europa. Pur constatando che quello del *democratic backsliding* è un fenomeno anzitutto politico, che dovrebbe avere risposte anzitutto politiche – in linea, in qualche modo, con le conclusioni cui giunge Paola Mori nel contributo di cui ho dato conto più sopra, Sajó ritiene appropriata la risposta giuridica data dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e, in altro contesto, da quella della Corte EDU, entrambe, in modi diversi, giurisprudenze interventiste o militanti, di cui però auspica un rinforzo basato su di una consapevole visione di sistema. La tesi di fondo è che, di fronte a fenomeni sistemici di deterioramento delle condizioni dello Stato di diritto, come quelli cui si assiste in Ungheria e, nelle due legislature precedenti la presente, in Polonia, i giudici europei cui giungano,

¹⁸ Corte giust. 26 marzo 2020, C-558/18 e C-563/18, *Miasto Łowicz (Régime disciplinaire concernant les magistrats)*; 23 novembre 2021, IS, punti 139-147.

¹⁹ Corte giust. 22 marzo 2022, C-508/19, *Prokurator Generalny (Chambre disciplinaire de la Cour suprême – Nomination)*, specie punto 81.

²⁰ Corte giust. 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*.

per il tramite dei rispettivi sistemi, censure relative a misure legislative di quegli Stati, non dovrebbero limitarsi ad un controllo della legalità formale di quelle misure, ma dovrebbero vagliare con rigore la ragionevolezza delle scelte del legislatore nazionale, lette nel complessivo contesto in cui esse si pongono – in una prospettiva che Sajó definisce olistica. In una prospettiva siffatta dovrebbero essere considerate dunque non solo le misure che concretamente attentano all'indipendenza della magistratura, ma anche altre misure che minano le radici di una convivenza democratica: *in primis*, nel settore dei media e in quello della legislazione elettorale.

Prescindendo qui dalle valutazioni relative al sistema della Convenzione europea – in relazione alla quale mi limito a segnalare la persuasività in astratto, ma la “scivolosità in concreto”, del potere di controllare la legalità sostanziale delle misure di un ordinamento nazionale da parte della Corte europea quando le giurisdizioni supreme nazionali l'abbiano ritenuta rispettata – proverò qui sinteticamente a considerare le condizioni e le conseguenze di un approccio *militante e olistico* nel quadro dell'ordinamento dell'Unione.

Partendo da una considerazione astratta di tipo sistematico, una tale proposta non appare priva di ragioni giuridiche, nel momento in cui si è affermata, nella giurisprudenza della Sessione Plenaria, l'affermazione per cui il rispetto dei valori di cui all'art. 2 TUE costituisce un obbligo di risultato²¹, e si è del pari affermato un principio di non regressione nelle condizioni di rispetto di quei parametri²². Tracce di un approccio di questo genere si trovano, del resto, nella proposizione di un ricorso di infrazione nei confronti dell'Ungheria per violazione (anche) dell'art. 2 TUE, in relazione alle misure che proibiscono la pubblicazione di informazioni su orientamenti sessuali LGBT²³, nonché nell'apertura di un procedimento precontenzioso nei confronti della Polonia per le misure di alcune autorità locali che avevano istituito zone *LGBT-free*²⁴. Vero è che, come peraltro accetta in buona sostanza anche Sajó, un simile approccio dovrebbe limitarsi a porre dei limiti a scelte arbitrarie del legislatore (o comunque dell'ordinamento) interno, oververosia poste – come nei casi qui ricordati – in palese violazione di parametri di eguaglianza, non discriminazione e dignità umana. L'approccio *militante e olistico* non potrebbe mai invece spingersi sino ad affermare un modello costituzio-

²¹ Corte giust. 16 febbraio 2022, C-156/21, *Ungheria/Parlamento e Consiglio*, spec. punto 231, e 16 febbraio 2022, C-157/21, *Polonia/Parlamento e Consiglio*, spec. punto 169.

²² Corte giust. 20 aprile 2021, C-896/19, *Repubblica*.

²³ Causa C-769/22, *Commissione c. Ungheria*.

²⁴ Si veda il rapporto ai membri della commissione petizioni del Parlamento, doc. CM 761087 del 11 aprile 2024, relativo alla petizione No 1288/2020.

nale europeo, al di fuori non solo di una specifica competenza dell'Unione in generale e della Corte in particolare, ma anche di una qualsiasi legittimazione democratica dell'organo – giurisdizionale e sovranazionale – che si pronuncia. Quell'approccio, per di più, dovrebbe esprimersi prima di tutto sul piano politico: nel contesto del controllo tra pari in seno al Consiglio, in quello indipendente “tecnico” svolto della Commissione, a sua volta sotto lo stimolo del controllo politico del Parlamento europeo. Gli strumenti d'elezione per un tale intervento politico dovrebbero essere quelli della condizionalità, ricordati da Paola Mori nel suo intervento. Quanto ad un uso della giurisdizione per svolgere un simile controllo, esso è comunque condizionato alla proposizione di un ricorso di infrazione, nuovamente nel contesto di un esercizio discrezionale da parte della Commissione, o alla possibilità di un rinvio pregiudiziale. Quest'ultima possibilità dovrebbe però rimanere vincolata alla presenza di una fattispecie individuale rientrante nell'ambito di applicazione del Trattato: una condizione difficilmente realizzabile in relazione alla materia elettorale, ma forse possibile nel contesto della disciplina dei media e financo in quella delle libertà civili e dell'identità personale, in relazione agli sviluppi sulla cittadinanza dell'Unione di cui danno conto altri contributi a questo volume²⁵.

Il contributo di Federico Casolari, che conclude la seconda sessione, si ricollega anch'esso a quanto poc'anzi discusso, poiché è dedicato al processo di europeizzazione delle identità nazionali degli Stati membri, nell'ambito di “traiettorie” del costituzionalismo europeo.

Il processo descritto da Casolari origina dai principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri e nasce con la volontà di proteggerli in vista dell'allargamento, chiaramente espressa dal Trattato di Maastricht. Quel processo si compie con le sentenze “gemelle” del 2022 che, nel confermare la validità del regolamento condizionalità, contestata da Polonia e Ungheria, affermano, come si è già ricordato, un obbligo di risultato quanto al rispetto dei valori dell'art. 2 TUE, mentre l'identità nazionale può solo garantire agli Stati membri una certa discrezionalità quanto al modo con cui organizzare il proprio sistema in conformità a quei valori, che “definiscono l'identità stessa dell'Unione quale ordinamento comune”²⁶. Constatiamo allora, con Casolari, che si può ritenere esistente una specifica “condizione” di Stato membro, che porta con sé, tra le altre cose, un'influenza dell'identità comune su quella

²⁵ Mi riferisco in particolare al contributo di Nicole Lazzarini, ma anche a quello, al primo strettamente collegato, di Irene Marchioro.

²⁶ *Commissione/Ungheria*, sopra citata, punto 145.

nazionale e un limite nella scelta del modello costituzionale nazionale²⁷, ferma restando la scelta di un modello istituzionale proprio²⁸. Con il che si conclude, rispondendo in qualche modo all'interrogativo posto con il titolo della seconda sessione del convegno patavino, che l'identità comune costituisce senz'altro un limite alle scelte anche costituzionali degli Stati membri, per essersi verificato un irreversibile *constitutional alignment*. Si arriva anzi a constatare l'esistenza di un ostacolo (almeno concettuale) ad un'eventuale volontà comune degli Stati di cambiare quell'identità comune europea modificando (in senso "peggiorativo") il Trattato: è la tesi dell'*unconstitutional constitutional amendment*, che non può evidentemente prosperare come tale in un contesto ancora fondato sulla volontà di Stati sovrani, ma che certo può portare a dichiarare irrimediabilmente mutata la natura di un'Unione in cui ciò dovesse avvenire.

Casolari, infine, ragiona sui modi e i limiti in cui quell'identità comune si estende a Stati *non* membri, incidendo in modo significativo sull'identità costituzionale degli Stati che intraprendono il processo verso l'adesione, ma anche, seppur in modo molto meno incisivo, su quelli che partecipano a forme di integrazione differenziata e su quelli che abbandonano l'Unione.

4. *Cittadinanza*

I contributi proposti dai partecipanti alla terza sessione del convegno si incentrano su temi legati alla cittadinanza dell'Unione, esplorandone le interazioni con la dimensione identitaria dell'Unione stessa, con i suoi valori, e con le identità nazionali.

In primo luogo, si affronta il tema del diritto dei cittadini dell'Unione "circolanti" di condurre una normale vita familiare. Nicole Lazzarini se ne occupa nel quadro di un ragionamento che, nel delineare l'ampliamento della portata e degli effetti del diritto di circolazione delle persone prima in via legislativa, poi in via giurisprudenziale, mette in particolare l'accento su quello che definisce un cambio di paradigma, in relazione ai familiari: a par-

²⁷ Corte giust. 21 dicembre 2021, C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 e C-840/19, *Euro Box Promotion*, punto 229; 22 febbraio 2022, RS (*Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle*), punto 43; 5 giugno 2023, C-204/21, *Commissione/Polonia (Indépendance et vie privée des juges)*, punto 74.

²⁸ B. DE WITTE, *Article 4(2) TEU as a Protection of the Institutional Diversity of the Member States*, in *European Public Law*, 27, 3, 2021, p. 559-570.

tire dalla sentenza *Lounes*²⁹ e poi in nelle sentenze *Coman*³⁰ e *Pancharevo*³¹, l'accento si sposta dal mero divieto di ostacolare la circolazione quale contenuto essenziale della cittadinanza in simili contesti, al diritto dei cittadini (circolanti) dell'Unione di condurre una normale vita familiare nello Stato membro in cui si trovano.

Particolarmente interessante è notare, in questa introduzione, il profilo di "ispessimento" dello status di cittadino "nazionale" che sia coperto dal collegamento di quel cittadino anche con l'Unione, e con la sua identità: un ispessimento che opera, impedendo un operare dell'identità nazionale in senso limitativo dei diritti di quel cittadino (anche) europeo. In tutti e tre i casi, infatti, si trattava di situazioni in cui uno Stato membro si vede costretto a dare rilievo alla cittadinanza europea di un *proprio* cittadino, che si oppone all'applicazione a sé e ai propri familiari di previsioni restrittive del diritto di soggiorno poste dal diritto dello Stato nazionale. Nella sentenza *Lounes* il dato che porta all'ispessimento dello status di cittadino, espresso nel rilievo prevalente della cittadinanza europea su quella nazionale, è l'acquisto per naturalizzazione della cittadinanza nazionale da parte di un cittadino di altro Stato membro. Quella naturalizzazione, espressione di integrazione nel tessuto sociale dello Stato ospite, diventa la ragione che osta all'applicazione delle norme del nuovo Stato nazionale quanto alle condizioni di residenza del coniuge del cittadino europeo naturalizzato. Il percorso coerente con l'identità europea porta qui a neutralizzare l'identità nazionale. Lo stesso avviene, ma per ragioni diverse, in *Coman* e *Pancharevo*. Qui l'ispessimento dello status di cittadino nazionale, che ne valorizza la prevalente dimensione europea, si concreta per l'esercizio della libertà di circolazione, e per l'acquisizione nello Stato ospite, durante un soggiorno effettivo in esso, di status familiari non previsti dalla legislazione dello Stato nazionale, in cui la nuova famiglia fa infine ingresso (e ritorno, per uno dei suoi componenti). Anche in questo caso, l'identità europea prevale su quella (costituzionale!) nazionale. E lo fa, sottolineo io, mettendo in evidenza il profilo di autonomia dell'individuo nel quadro ordinamentale complesso, oltre che integrato, che caratterizza l'Unione: un individuo che può, con le sue concrete e sostanziali decisioni di circolazione e ri-circolazione, *scegliere* l'ordinamento in cui costruire i suoi legami familiari, avendo diritto non solo a circolare (se del caso, anche in ritorno) con i suoi nuovi familiari, ma anche a condurre una normale vita familiare, ovunque nell'Unione. L'autonomia dell'ordinamento dell'Unione porta qui al riconoscimento di una forte autonomia individuale anche in settori non disciplinati dal diritto

²⁹ Corte giust. 14 novembre 2017, C-165/16, *Lounes*.

³⁰ Corte giust. 5 giugno 2018, C-673/16, *Coman*.

³¹ Corte giust. 14 dicembre 2021, C-490/20, *Pancharevo*.

dell'Unione³². In questo passaggio, mi sembra di poter proporre una risposta positiva all'interrogativo posto da Lazzerini nel suo saggio. Si chiede Lazzerini se si possa o meno intendere, in questo nuovo orientamento giurisprudenziale, un superamento della natura strumentale del diritto alla vita familiare del cittadino circolante: se sia, cioè, un riconoscimento solo funzionalmente orientato quello che si impone in questi casi agli Stati, o se debba essere un riconoscimento pieno. Lazzerini suggerisce questa seconda soluzione, legandola agli sviluppi recenti della giurisprudenza della Corte EDU, ed in particolare alla sentenza della *Grande Chambre* nella causa *Fedotova*³³. Orbene, a me sembra senz'altro che la risposta non solo possa, ma debba essere positiva. La rivendicata autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione, che impedisce secondo il parere 2/13 l'adesione alla CEDU, impone però una più forte responsabilità sul sistema UE di tutela dei diritti fondamentali. Quella responsabilità non può esaurirsi nell'apertura "minimalista" alle soluzioni convenzionali, legata cioè alla mera esigenza di non prevedere una tutela inferiore a quello. Essa deve invece portare alla costruzione di un ambizioso sistema di tutela basato sulla Carta, equivalente a quello garantito dalla CEDU anche nella centralità e visibilità dei diritti fondamentali. Un sistema, cioè, dove ai diritti garantiti dalla Carta si dia tutto lo spazio e la centralità che essi richiedono.

Rimane ferma, certo, la necessità di vincolare quei diritti all'ambito di applicazione del sistema comune, secondo le indicazioni dell'art. 51³⁴. Anche su quell'operazione ermeneutica sono però possibili approcci più "conservativi" – orientati in buona sostanza a non *dar l'impressione* di applicare la Carta laddove non strettamente necessario, per non urtare le suscettibilità di potenti attori nazionali presenti sul palcoscenico del dialogo tra sistemi e corti – o invece approcci più incisivi, anche se non necessariamente estensivi dal punto di vista ermeneutico. Rientra in questa categoria l'approccio proposto da Irene Marchioro, in uno dei contributi selezionati tramite *call for papers*, dove si propone che la revoca retroattiva dei certificati di nascita in cui appaiono i nomi di due madri – questione concretamente dibattuta

³² B. CORTESE, *Riflessioni sull'autonomia come limite*, cit., e ID., *Autonomia, libera circolazione e diritto internazionale privato dei rapporti personali: una nuova dimensione per la cittadinanza dell'Unione?*, in A. DI STASI, a cura di, *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: Profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Napoli, 2018, p. 311-334.

³³ Corte EDU 17 gennaio 2023, ric. n. 40792/10, 30538/14 e 43439/14, *Fedotova e.a./Russia*.

³⁴ Si veda però l'approccio proposto nel contributo di Irene Marchioro in questo volume, dove si trova una proposta di ricostruzione non "remissiva" dell'ambito di applicazione della Carta in relazione a fattispecie che riguardano l'identità personale di cittadini circolanti.

nella prassi e giurisprudenza italiane recenti – possa in alcuni casi essere ricondotta all’ambito di applicazione del diritto UE, ed in particolare (ma non esclusivamente) quando la rimozione della madre d’intenzione da quel certificato provochi il non riconoscimento della cittadinanza dell’Unione al minore, che quest’ultimo derivi appunto solo dalla madre d’intenzione, o determini di converso la perdita del diritto di familiare che quella derivi esclusivamente dal figlio.

Il contributo di Giacomo Biagioni, dedicato alle garanzie fondamentali dell’ordinamento dell’Unione in materia di cooperazione giudiziaria, si occupa di analizzare un altro profilo, che è in qualche modo il reciproco di quello visto da Lazzerini. Se Lazzerini si occupa delle garanzie forti, di tipo fondamentale, che devono essere assicurate ai cittadini dell’Unione in ragione della loro identità europea, Biagioni affronta profili dell’identità europea il cui ambito di operatività prescinde, in qualche misura, dalla cittadinanza. Biagioni si occupa in particolare di definire i beneficiari di garanzie che sono espressione dell’identità europea, all’interno di un sistema di cooperazione giudiziaria che è, a sua volta, espressione di quell’identità. Mette in luce allora come in questo sistema, abbandonata la dimensione bilaterale tipica della cooperazione giudiziaria internazionale, il bilanciamento tra interessi della circolazione e diritti fondamentali degli individui sia questione tutta interna all’ordinamento comune, potendo anzi secondo alcuni contribuire al processo di definizione dei valori comuni di una comunità politica europea. Anche in questo contesto, però, l’autonomia non è assoluta³⁵, poiché al legislatore si lascia la possibilità di garantire una flessibilità nel coordinamento con le identità nazionali. Orbene, quanto ai beneficiari di queste garanzie, l’analisi delle differenti normative settoriali mostra, al di là delle numerose differenze, un dato di fondo. Le garanzie sono legate più ad un principio di prossimità dell’individuo alla comunità politica dell’Unione (o a quella del singolo Stato membro), che al possesso di una specifica cittadinanza nazionale, o di quella dell’Unione, che pure mantiene un rilievo nella definizione di alcuni specifici profili di garanzia.

La pluralità dei criteri di applicazione delle garanzie dei diritti fondamentali nel delicato settore della cooperazione giudiziaria e la tendenza, comunque, a preferire un criterio di prossimità, piuttosto che dare rilievo ad un criterio formale rigido (ma mutevole secondo i diversi ordinamenti nazionali) quale è, in fondo, la cittadinanza (nazionale e, per estensione poi, dell’Unione), può essere letta come espressione di un approccio autonomo (anche se

³⁵ In coerenza con quanto osservato in questo volume nel contributo di Lucia Serena Rossi circa il carattere non assoluto del primato, di cui s’è dato conto più sopra.

flessibile) dell'Unione alla propria identità giuridica – quella espressa dai suoi valori, e in particolare dall'esigenza di tutela dei diritti fondamentali.

Dall'analisi della fluidità dei criteri di attribuzione delle cittadinanze nazionali, attraverso i vari approcci degli ordinamenti degli Stati membri, muove il contributo di Simone Marinai sull'incidenza del requisito del *genuine link*, nei rapporti tra cittadinanza statale e cittadinanza dell'Unione. Lo studio di quei variegati approcci porta Marinai ad escludere che sia giustificata la pretesa di imporre – sulla base di una pretesa essenza unitaria della cittadinanza dell'Unione e di una sua necessaria "integrità" – un nesso sostanziale ed effettivo, un *genuine link* appunto, con la comunità nazionale dello Stato membro che attribuisce la cittadinanza nazionale e, con essa, quella comune. Quella pretesa è avanzata in termini generali dalla Commissione in alcune procedure di infrazione iniziate nei confronti di Stati in cui sono presenti programmi di "vendita" della cittadinanza nazionale in cambio di investimenti. In particolare, la procedura contro Malta ha raggiunto la fase contenziosa, mentre quelle iniziate contro Bulgaria e Cipro si sono chiuse nella fase precontenziosa, in seguito all'abbandono, da parte di quegli Stati, dei programmi di acquisto della cittadinanza contestati dalla Commissione³⁶. In buona sostanza, secondo Marinai non è possibile individuare un'essenza di quella cittadinanza comune – espressione, dunque, di un'identità europea tanto forte, in materia, da uniformare le identità nazionali degli Stati membri, nel momento chiave della determinazione delle singole comunità nazionali. Piuttosto, secondo Marinai, la possibilità di contestare quei programmi di vendita della cittadinanza emerge dalla necessità di proteggere alcuni valori comuni. Marinai li individua, in negativo, nel rischio di fenomeni di corruzione e riciclaggio di denaro, e nell'aggiramento di politiche di immigrazione nazionali, cosicché ritiene, in buona sostanza, che quei programmi di vendita della cittadinanza siano contrari al principio di leale collaborazione. Al netto della debolezza dell'argomento dell'abuso di diritto in relazione alle singole politiche nazionali, che si pone in contrasto con quanto a suo tempo affermato dalla Corte nella fondamentale sentenza *Chen*³⁷, a me pare, piuttosto, che quei programmi mettano a repentaglio un valore comune positivo, quello dell'*integrità* dell'ordinamento statale degli Stati membri dell'Unione e dunque, seppure indirettamente, un carattere di integrità (anche) della cittadinanza dell'Unione, come sembra opinare la Commissione. Quegli specifici programmi di vendita della cittadinanza, in effetti,

³⁶ Causa C-181/23, *Commissione/ Malta (Citoyenneté par investissement)*.

³⁷ Corte giust. 19 ottobre 2004, C-200/02, *Zhu e Chen*, punti 34-41 e, più estesamente, Conclusioni dell'Avv. gen. Tizzano, del 18 maggio 2004, nella stessa causa, punti 109 e seguenti.

non determinano semplicemente il rischio di dar luogo a casi di corruzione di singoli responsabili politici o funzionari, o a specifiche istanze di riciclaggio di denaro di fonte criminale. Essi sono, invero, espressione di un carattere strutturale di privilegio e disuguaglianza cui si oppone il valore dello Stato di diritto. Un ordinamento che conceda la protezione del diritto a singoli individui solo perché pronti a pagare per questo non è uno Stato di diritto, ma uno Stato di privilegio e disuguaglianza. Uno Stato corrotto. Nulla di più lontano dai principi del 1789 e dai valori comuni su cui si deve fondare l'identità europea.

Ciò detto e tornando al contributo di Marinai, questo allarga poi il proprio sguardo su una serie di profili ulteriori, da cui emerge il sempre maggior ruolo che, in vari ambiti, assume l'esistenza di un legame significativo con il territorio dell'Unione, spingendo verso la creazione di uno "statuto di residenza" che attenua il ruolo della cittadinanza, in linea per l'essenziale con quanto osservato nel già ricordato contributo di Biagioni.

Il legame con il territorio dell'Unione è il punto di partenza anche del contributo di Fulvia Ristuccia sull'interazione tra cittadinanza dell'Unione, libera circolazione delle persone e valori dell'Unione, selezionato in esito ad una *call for papers*. Quel legame è però visto qui in relazione al cittadino dell'Unione, nel contesto di quelle letture dottrinali che, valorizzando in particolare la sentenza *Ruiz Zambrano*³⁸, segnalano il legame tra la presenza del cittadino nel territorio e la sua appartenenza ad una "community of ideals and values"³⁹. Interessante è ricordare, con Ristuccia, alcune sentenze relative all'espulsione di cittadini dell'Unione, o loro familiari, per la commissione di crimini particolarmente gravi, in cui la Corte arriva a sottolineare l'esistenza di un nesso diretto tra gravità del crimine e attentato ai valori su cui si fonda l'Unione. Nel territorio dell'Unione si forma, dunque, una comunità politica di valori, che non comporta solo l'estensione di garanzie individuali, come visto in diversi dei contributi più sopra ricordati, ma anche un'eventuale ritrazione di quei diritti, potremmo dire, per *indegnità*, di fronte alla minaccia che l'individuo porti a quei valori fondamentali.

5. Tutela giurisdizionale

La quarta sessione completava in qualche misura molte analisi svolte

³⁸ Corte giust. 8 marzo 2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano*.

³⁹ L. AZOULAI, *Transfiguring European Citizenship: From Member State Territory to Union Territory: The (Mis) Construction of the European Individual*, in D. KOCHENOV (ed.), *EU Citizenship and Federalism: The Role of Rights*, Cambridge, 2017, p.178-203, p. 181.

in quelle precedenti, occupandosi di un tema centrale per la tenuta dell'ordinamento dell'Unione e per la definizione della sua stessa identità, quello della tutela giurisdizionale. La prospettiva proposta non era, tuttavia, quella di un'analisi, se mi si passa il termine, anatomo-patologica sulle deviazioni dallo standard comune, imposto dai valori dell'Unione ed in particolare tra questi dal principio dello Stato di diritto, poste in essere da alcuni ... violatori seriali di quel principio, né quella di una analisi tassonomica di quel principio e delle sue manifestazioni nel quadro della giurisprudenza della Corte che quelle ed altre situazioni negli Stati membri hanno determinato negli ultimi quattro turbolenti anni. Piuttosto, quello che si chiedeva a relatori e intervenienti era una riflessione sull'effettività della tutela giurisdizionale nell'Unione *al di là* degli sviluppi relativi alla crisi dello Stato di diritto, per individuare se vi siano altri elementi di difficoltà in quello che è uno dei centri nevralgici del sistema giuridico comune.

L'esito di quelle riflessioni è, a mio avviso, particolarmente stimolante.

Il contributo di Chiara Amalfitano, sui limiti alla sindacabilità degli atti dei governi degli Stati membri con rilevanza "comunitaria", si svolge attorno ad alcuni noti casi recenti, dai quali emerge una lacuna preoccupante. I casi *NF*⁴⁰, *EMA ed ELA*⁴¹, così come il caso *Sharpston*⁴², mostrano infatti una preoccupante area contraddistinta da assenza di controllo giurisdizionale, frutto in alcuni casi di una giurisprudenza incapace di garantire la propria coerenza interna: uno di quei caratteri che, tornando al primissimo intervento del convegno patavino, quello della Presidente Sciarra, si delineavano come essenziali nel garantire uno sviluppo dell'ordinamento dell'Unione coerente con i suoi valori. Quell'assenza di controllo giurisdizionale rischia di consentire agli Stati membri una fuga dalla cornice istituzionale dell'Unione e dalle garanzie che l'ordinamento di quella fornisce, a fronte della quale il *judicial passivism* della Corte appare sconcertante, perché apre, con le parole di Amalfitano, una sacca di immunità che contraddice l'idea stessa di comunità di diritto. L'intervento di Amalfitano si chiude con alcune proposte di modifica: modifica dell'approccio alle condizioni di ricevibilità di un ricorso di annullamento in tale contesto; modifica dell'atteggiamento, finora totalmente passivo ed anzi in qualche passaggio corresponsabile, della guar-

⁴⁰ Tribunale ord. 28 febbraio 2017, T-192/16, *NF*, confermato da Corte giust. ord. 12 settembre 2018, C-208/17 P, *NF*.

⁴¹ Corte giust. 14 luglio 2022, C-59/18 e C-182/18, *Italia/ Consiglio (Siège de l'Agence européenne des médicaments)*.

⁴² Tribunale ord. 6 ottobre 2020, T-550/20, *Sharpston*, confermata da Corte giust. 16 giugno 2021, C-685/20 P, *Sharpston*.

diana dei Trattati, in relazione alla violazione, da parte degli Stati membri, dei principi di competenza, equilibrio istituzionale e leale collaborazione; modifica dell'assetto normativo di diritto primario rilevante, ove necessario.

Il contributo di Fabio Spitaleri, dedicato alla tutela giurisdizionale effettiva dei singoli nei settori dell'immigrazione e dell'asilo, accende un faro su un'area in cui la tenuta dei valori dell'Unione è particolarmente a rischio. In quel contesto, infatti, sono presenti fattori oggettivi di particolare debolezza degli individui interessati dal punto di vista della reale capacità di attivare i meccanismi di tutela giurisdizionale, compresa la mancata conoscenza della lingua, l'assenza di risorse, non solo economiche, ed infine, particolarmente rilevante in alcuni contesti di fatto, l'assenza dal territorio dell'Unione da cui l'individuo interessato sia stato respinto.

Il contributo di Paolo Iannuccelli ritorna sul sistema giurisdizionale centrale dell'Unione, segnalando alcuni profili di criticità della tutela giurisdizionale nel settore di più antica affermazione di poteri di governo pienamente sovranazionale dell'Unione, quello della concorrenza. È la complessità, a volte inintelligibilità della giurisprudenza sui requisiti di impugnazione delle decisioni della Commissione in quella materia a richiedere una riconsiderazione complessiva dell'approccio di Corte e Tribunale, più attenta alle esigenze complessive di qualità del sistema di tutela giurisdizionale, e dell'uso del formante giurisprudenziale autorevolmente segnalate dal contributo di Sciarra in apertura di questo volume.

Infine, il contributo di Iacopo Alberti, selezionato in esito a *call for papers*, si segnala per mettere in luce alcuni aspetti critici della riforma del riparto di competenze in relazione alla chiave di volta del sistema giurisdizionale dell'Unione, il rinvio pregiudiziale.

6. *Democrazia*

Il convegno patavino si chiudeva con una tavola rotonda finale, i cui partecipanti erano chiamati a riflettere sulla dimensione democratica del processo di integrazione. In quel contesto sono emersi vari profili di rilevante interesse. Tra questi, i meccanismi politici di interazione tra Commissione e Parlamento europeo in un processo di reale condivisione del programma legislativo di legislatura, l'essenziale ruolo che sono chiamati a svolgere i partiti politici europei, sottolineato in particolare da Ennio Triggiani nel suo intervento, attento anche a mettere in luce la necessità di dare una dimensione sostanziale di solidarietà all'intervento del legislatore, per rinforzare le

basi della comunità politica transnazionale. Chiude il volume l'intervento di Celeste Pesce, incentrato sulla dimensione della partecipazione diretta dei cittadini, anch'esso elemento essenziale per la costruzione di una reale base democratica transnazionale al progetto di integrazione.

7. *Postilla prima: la concezione del convegno annuale e del volume, ed il ruolo dell'Associazione*

Chiudo questa introduzione al volume con due postille.

La prima è relativa al metodo che è stato seguito nell'impostazione del convegno annuale dell'Associazione e, poi, di questo volume.

Anzitutto, il lavoro di impostazione del convegno è stato, come credo traspaia da questa introduzione, profondamente corale. Corale e arricchente è stata la discussione con il Direttivo dell'Associazione sui temi e sugli inviti a relatrici e relatori, e sull'articolazione della struttura degli interventi tra inviti e *call for papers*.

Quelle *call* hanno suscitato interesse e proposte sia dall'interno che dall'esterno del "perimetro" dell'accademia italiana, in coerenza con l'auspicio che l'Associazione sia un "luogo" aperto a chiunque voglia dialogare con i suoi membri, riconoscendone il valore di comunità epistemica rilevante per l'intero dibattito culturale europeo.

L'idea di apertura e condivisione del "terreno" del convegno annuale è particolarmente evidente in alcuni degli inviti ai partecipanti al convegno annuale.

Anzitutto, quello alla Presidente della Corte costituzionale Silvana Sciarra, che ci ha onorato non solo con la sua presenza, ma anche con la predisposizione di una stimolante relazione scritta con cui si apre questo volume, "personificando", se mi è concesso, la necessità di dialogo tra accademia e massime istituzioni giudiziarie, ma anche tra esponenti di diverse discipline giuridiche tutte interessate dagli approfondimenti e sviluppi del diritto dell'Unione europea nonché, come risulta evidente dal contenuto del suo pregevole contributo, il dialogo collaborativo tra Corti e ordinamenti.

La presenza di componenti delle massime istituzioni giudiziarie, e il loro contributo al nostro convegno annuale non si limitava, del resto, alla presenza della Presidente Sciarra, ma continuava con quella che è in qualche modo una tradizione dei convegni annuali AISDUE, vedendo la partecipazione anche di soci della nostra Associazione membri della Corte, attuali o emeriti: la Giudice della Corte di giustizia Lucia Rossi, i Giudici del Tribunale dell'Unione Ornella Porchia e Roberto Mastroianni, il Vicepresidente

emerito della Corte Antonio Tizzano, Presidente di AISDUE, e l'Avvocato generale emerito Paolo Mengozzi.

Ancora, l'idea di fare del convegno annuale un contesto di dialogo con voci esterne alla società scientifica degli studiosi italiani del diritto dell'Unione europea si manifesta anche nell'invito ad András Sajó, invito che si giustifica non solo nella dimensione scientifica e istituzionale-professionale, per il ruolo di giudice della Corte di Strasburgo per lungo tempo ricoperto. Sajó è, si potrebbe dire, qualcuno che "esprime" il concreto riverberarsi sul terreno e sulla società del tema dei valori europei, per essere uno dei fondatori dei *Legal Studies* presso quella *Central European University* le cui vicende sono al centro di parte di quel discorso sui valori comuni, e della giurisprudenza ad essi relativa, su cui questo convegno contribuisce a riflettere.

Infine, quell'idea di apertura del convegno a luogo di dibattito non limitato all'accademia emerge anche dalla partecipazione ad esso di esponenti della funzione pubblica europea coinvolti, ad alto livello, nella formulazione della prassi delle istituzioni, che pure non hanno potuto contribuire al volume.

A tutti i membri del Consiglio Direttivo, e al suo Presidente, va il mio personale ringraziamento per la preziosa collaborazione in questa enorme sfida. Un ringraziamento speciale va alla Prof. Patrizia De Pasquale, Segretaria generale dell'Associazione, per il sostegno fattivo nella predisposizione del volume.

8. *Postilla seconda: il dottorato ad honorem*

La seconda postilla riguarda l'apertura del V convegno annuale, che ha visto la festosa celebrazione del conferimento del dottorato di ricerca *ad honorem* al Presidente dell'Associazione, il Professor Antonio Tizzano. Come ho sottolineato nella proposta di *Laudatio* alla Magnifica Rettore, che è riprodotta qui di seguito, quel conferimento esprime i grandissimi meriti del nostro Presidente, che l'Università di Padova ha voluto onorare. Quel conferimento, festeggiato in un'Aula Magna riempita all'inverosimile, esprime però anche, riprendendo le parole di Antonio Tizzano nel suo discorso di ringraziamento, che pure è qui riprodotto, un riconoscimento a tutta la comunità scientifica italiana del diritto dell'Unione europea.

LAUDATIO DEL PROFESSOR ANTONIO TIZZANO
DOTTORE DI RICERCA *AD HONOREM* IN GIURISPRUDENZA
NELL'UNIVERSITÀ DI PADOVA*

Una *laudatio* di Antonio Tizzano, nel momento in cui l'Università di Padova gli conferisce il titolo di dottore di ricerca ad honorem in Giurisprudenza, non può che partire da un dato macroscopico, riferito al suo ruolo alla Corte di giustizia dell'Unione europea: il Prof. Antonio Tizzano è il cittadino italiano che più a lungo ha ricoperto le altissime funzioni di membro della Corte, dall'ottobre 2000 all'ottobre 2018, prima come Avvocato Generale (2000-2006), poi come Giudice (2006-2018) e, in quel ruolo, come Presidente di Sezione dal 2009 ed infine come Vice Presidente della Corte dal 2015.

Ma la Corte di giustizia era nel DNA scientifico di Antonio Tizzano, che ottiene la libera docenza nel 1967 con la prima monografia dedicata in Italia alla Corte di giustizia delle comunità europee.

Pochi anni prima, nel 1962, Antonio Tizzano si era laureato con lode in diritto internazionale all'Università Federico II di Napoli, sotto la guida di un Maestro, il Prof. Rolando Quadri, che era giunto in quella sede dopo i lunghi anni di ordinariato patavino (1939-1950).

Il percorso accademico successivo vede Antonio Tizzano insegnare diritto internazionale e diritto delle Comunità europee all'Università della Somalia – collaborando con numerosi colleghi dell'allora Facoltà giuridica patavina, con cui intesse legami di profonda amicizia – e nelle Università di Catania ed Orientale di Napoli. È chiamato da ordinario alla Federico II dal 1979 e infine a La Sapienza dal 1993.

In parallelo, però, Antonio Tizzano intraprende un importante percorso di giurista istituzionale, coinvolto in prima persona nei processi dell'integrazione europea.

Dal 1984 al 1992 è Consigliere giuridico della Rappresentanza permanente della Repubblica Italiana presso le Comunità europee.

In tale veste partecipa in prima persona alla negoziazione dei Trattati di adesione di Spagna e Portogallo alle Comunità europee e del Trattato

* Presentata alla Magnifica Rettore Professoressa Daniela Mapelli dal docente proponente, Prof. Bernardo Cortese, del Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario dell'Università di Padova.

sull'Atto Unico Europeo (1986): la prima grande occasione di ampliamento delle competenze comunitarie e di superamento del deficit democratico, con la sostanziale elevazione del Parlamento europeo a co-legislatore, nonché momento decisivo di spinta per la definitiva attuazione del mercato interno.

Sempre in quel ruolo, partecipa alla negoziazione del Trattato di Maastricht che istituisce l'Unione europea (1992), la cui importanza, ma al tempo stesso la cui dimensione di naturale prolungamento di un processo di espansione che era giunto a maturazione in molte direzioni durante gli anni '80, Tizzano sottolinea in un importante contributo apparso sul Foro Italiano del 1995, intitolato "Appunti sul trattato di Maastricht: struttura e natura dell'Unione europea".

Sono gli anni in cui si completa il mercato interno; sono gli anni in cui si progetta l'unione economica e monetaria; ma sono anche gli anni in cui nasce la cittadinanza dell'Unione, in cui l'Unione acquisisce competenze anche in ambito di cultura e istruzione e si prepara ad esercitare competenze anche in ambito di diritto penale. Sono gli anni in cui l'Unione, per riprendere le parole di Tizzano in quello scritto, estende "in modo quasi illimitato l'ambito oggettivo del processo d'integrazione".

In quegli anni continua, in parallelo, l'impegno scientifico di Antonio Tizzano e, in esso, l'accento costante sul processo di integrazione europea attraverso il diritto.

Antonio Tizzano è per lunghi anni il responsabile e l'animatore della parte quarta del Foro Italiano, le fondamentali "pagine verdi" sul diritto delle Comunità europee.

È cofondatore e Direttore della rivista *Il Diritto dell'Unione europea*, che diviene, negli anni della sua presenza alla Corte, punto di riferimento imprescindibile della dottrina gius-europeistica non più soltanto di lingua italiana, ospitando regolarmente saggi in lingua francese ed inglese dei principali studiosi di quella disciplina nel panorama internazionale, compresi i più prestigiosi membri della Corte.

Autore di innumerevoli contributi scientifici sul diritto dell'Unione europea, egli è stato onorato, al termine dei suoi tre mandati alla Corte, da un prestigioso *Liber Amicorum* curato dal Presidente della Corte di Giustizia, il Prof. Koen Lenaerts.

Torniamo così alla Corte di giustizia, perché di Antonio Tizzano si deve soprattutto segnalare il decisivo contributo dato allo sviluppo della giurisprudenza della Corte di giustizia dal suo interno.

È allora utile ricordare anzitutto i contributi con cui l'allora Avvocato Generale Tizzano, con le sue incisive Conclusioni, ha determinato le scelte

della Corte in questioni fondamentali relative alla dimensione istituzionale/costituzionale dell'Unione, nonché a quella della cittadinanza dell'Unione

Nel primo senso ricorderò le sue Conclusioni nella causa C-27/04, *Commissione/Consiglio*, relativa al Patto di stabilità, in cui la plenaria della Corte segue il suo Avvocato Generale nel ritenere impugnabili, ed invalide, le conclusioni con cui il Consiglio constatava il mancato raggiungimento della maggioranza qualificata e prorogava di fatto il termine per Francia e Germania per adeguarsi alle disposizioni del Patto.

Nel secondo senso, si pensi alle conclusioni nella causa C-200/02, *Chen e Zhu Chen*, in cui di nuovo la Corte in plenaria segue il suo Avvocato Generale nell'imporre, da un lato, un'interpretazione adeguatrice dei limiti posti dal legislatore comunitario, con la direttiva sul diritto di soggiorno, alle scelte dei cittadini dell'Unione e nel constatare, dall'altro lato, l'inapplicabilità del principio dell'abuso di diritto a quelle scelte, anche quando consapevolmente poste in essere per avvalersi della cittadinanza contro le scelte restrittive del legislatore interno.

Ancora, sono molte le occasioni in cui l'Avvocato Generale Tizzano ha suggerito alla Corte nuove vie, in relazione a rilevanti questioni di diritto del mercato interno, della concorrenza e degli aiuti di Stato: ricorderò qui soltanto la fondamentale causa C-280/00, *Altmark*, per la definizione dei limiti della nozione di aiuto di Stato in caso di misure compensative di oneri di servizio pubblico.

Ricorderò, infine, l'influsso esercitato sulla giurisprudenza in materia di principi generali del diritto, nell'ottica della tutela dei diritti del singolo, dalle Conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano nella causa C-144/04, *Mangold*. Quelle Conclusioni, che furono seguite dalla Grande Sezione della Corte, portarono all'affermazione dell'efficacia diretta del principio generale di non discriminazione, generando una forte tensione con la giurisprudenza di alcune corti supreme nazionali, in primis il *Bundesverfassungsgericht* tedesco.

È poi fondamentale ricordare, pur in una Corte di giustizia in cui non sono normalmente riconoscibili verso l'esterno i contributi dei singoli membri del collegio giudicante, il marchio decisivo che il Giudice Tizzano ha dato allo sviluppo della giurisprudenza negli ultimi anni, specialmente come Giudice Relatore di cause attribuite alla Grande Sezione e alla Seduta Plenaria – ove siede in posizione di rilievo in quanto Presidente della prima sezione – e infine come VicePresidente della Corte, giudice dei *référés* di maggior peso istituzionale.

Ricorderò qui soltanto tre, decisive, occasioni, in cui la penna del Giu-

dice Tizzano ha segnato la storia dell'integrazione dell'Unione, riaffermando l'autonomia e l'effettività del suo ordinamento giuridico.

Parto dal parere 2/13, con cui la Seduta Plenaria della Corte, Giudice Relatore Tizzano, ha segnalato i limiti che un accordo di adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti umani deve comunque rispettare, evitando l'interferenza con le competenze dei giudici nazionali e della Corte stessa nell'interpretazione del diritto UE.

Continuo con la sentenza della Grande Sezione nella causa C-284/16, *Achmea*, in cui la Corte, ancora Giudice Relatore Tizzano, ha ritenuto contrari al diritto UE quegli accordi internazionali di protezione degli investimenti con cui gli Stati sottraggono ai giudici nazionali degli Stati membri – e per ciò alla Corte, in via pregiudiziale, la competenza a pronunciarsi su questioni di diritto UE, attribuendola ad arbitri internazionali.

Infine, devo ricordare le ordinanze di *référé* nella causa C-441/17 R, *Commissione c. Polonia*, rese prima *inaudita altera parte* dal Vice Presidente della Corte Antonio Tizzano, e poi della Grande Sezione, Giudice Relatore ancora una volta lo stesso Tizzano. Con quest'ultima ordinanza, in particolare, la Corte “rinviene” nel sistema del diritto dell'Unione un proprio implicito potere di imporre una penalità di mora, per il caso di non esecuzione da parte di uno Stato membro di una misura provvisoria da essa disposta, a garanzia dell'effettività del sistema di tutela giurisdizionale. È la nascita delle *astreintes* nel procedimento di infrazione, “sperimentata” in quell'occasione di fronte all'impudente violazione da parte delle autorità polacche di un ordine di conservazione dello stato dei fatti reso in un procedimento relativo alla materia ambientale, ma che di lì a pochissimo si sarebbe (con poca sorpresa) rivelato strumento necessario per pretendere dal recalcitrante legislatore polacco il rispetto di ben più decisivi principi in materia di indipendenza della magistratura.

L'occasione della concessione del Dottorato honoris causa al Vice Presidente emerito della Corte di giustizia Antonio Tizzano si compie peraltro in un momento storico importante e simbolico, sia per l'Università di Padova, sia per la Corte di giustizia e per l'Unione di cui quella è uno dei garanti, e motori, fondamentali.

Siamo infatti nell'anno che apre il nono secolo di vita dell'Università di Padova e, insieme, nel momento in cui corrono i 60 anni dalla sentenza *van Gend en Loos* del 1963: una sentenza fondativa dell'ordinamento dell'Unione come lo conosciamo, al centro della quale sta la dimensione qualitativamente nuova dell'ordinamento comunitario, non più solamente diritto internazionale, ma nuovo ordinamento giuridico, a vantaggio del quale gli

Stati hanno limitato la loro sovranità. Un ordinamento che vede l'individuo quale elemento fondamentale e i giudici interni quali garanti dei diritti dell'individuo.

A conclusione di questa *laudatio*, voglio sottolineare il forte legame tra lo studioso che oggi onoriamo e la Scuola giuridica patavina.

Quel legame è anzitutto ideale, perché corrisponde ai significativi legami tra lo Studio giuridico patavino e lo sviluppo dell'integrazione europea – “sospinto” dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Sono legami che si manifestano in alcune grandi personalità e che si esprimono nella docenza patavina di due membri che hanno fatto la storia della Corte di giustizia e del processo di partecipazione dell'Italia all'Unione: Alberto Trabucchi e Antonio La Pergola.

Il primo, Maestro patavino *par excellence* che, pur giurista di formazione puramente civilistica, seppe lasciare un segno decisivo al suo passaggio alla Corte proprio con la ricordata sentenza del 1963.

Il secondo, pur transitato poi ad altre università, a Padova diviene ordinario e, nella sua successiva lunga carriera di giurista nelle istituzioni (Corte costituzionale, Governo della Repubblica, Corte di giustizia) contribuisce, tra l'altro, al definitivo adeguarsi del sistema giuridico interno italiano alle “richieste” di quello dell'Unione.

Al di là però di singole personalità, il contributo espresso dall'Università di Padova e dalla sua scuola giuridica all'avanzamento del processo di integrazione in Europa è molto più forte, e si esprime in due importanti scuole di pensiero, originate dalla riflessione di due grandi Maestri del diritto internazionale che hanno segnato lo sviluppo dello studio patavino, e da lì della riflessione giusinternazionalistica italiana e non solo nel secondo dopoguerra: Rolando Quadri, ordinario di diritto internazionale a Padova tra il 1939 e il 1950, dove già era stato assistente presso l'Istituto di Diritto Pubblico dal 1933 ottenendo la libera docenza nel 1935, e Gaetano Arangio-Ruiz, ordinario di diritto internazionale a Padova tra il 1955 e il 1967.

Di Rolando Quadri è allievo, come ho già ricordato, proprio Antonio Tizzano.

Ma di Quadri fu allievo anche il Prof. Benedetto Conforti, che ne prese da ordinario la cattedra di Diritto internazionale a Padova, prima degli anni di Arangio. Il segno della scuola di Rolando Quadri, con la sua riflessione attenta alla dimensione interna del fenomeno giuridico internazionalistico, si ritrova, in particolare, nelle riflessioni che Conforti prima, e il giovane Tizzano poi, svolgono sul ruolo dei giudici interni nell'assicurare il rispetto del diritto internazionale, il primo, e di quella particolare nuova dimensione

non più solo internazionalistica che è, all'epoca, il diritto delle Comunità europee, il secondo.

Di Gaetano Arangio-Ruiz sono le riflessioni sul *domain réservé/domestic jurisdiction* a rivelarsi fondamentali per inquadrare adeguatamente la radicale novità, rispetto anche alle più avanzate forme di *vicarious State activities* delle organizzazioni internazionali, dell'ordinamento giuridico interindividuale – o sovranazionale, con le parole di Quadri, o *autonomo*, con le parole della giurisprudenza della Corte tanto influenzata da Tizzano – cui le Comunità prima e l'Unione poi hanno dato origine.

E qui si chiude il cerchio, idealmente, con Padova, poiché l'affermarsi di una visione che legge il fenomeno dell'integrazione europea attraverso il diritto dell'Unione come nuovo ordinamento, che vede l'individuo quale suo elemento fondamentale e il giudice nazionale come giudice europeo di diritto comune chiamato a tutelarne i diritti anche contro le deviazioni dei legislatori nazionali nasce, per l'appunto, dalla lontana sentenza van Gend en Loos del 1963, frutto dell'intuizione di Alberto Trabucchi, *dottore* di questa stessa scuola che oggi accoglie tra i suoi *dottori* Antonio Tizzano.

DISCORSO DEL PROF. ANTONIO TIZZANO
IN OCCASIONE DEL CONFERIMENTO DEL DOTTORATO
AD HONOREM DA PARTE DELL'UNIVERSITÀ DI PADOVA*

Magnifica Rettrice,
Signora Presidente della Corte costituzionale,
Signori Membri della Corte di giustizia e del Tribunale dell'Unione europea,
Autorità Accademiche e Civili,
Care Colleghe e Cari Colleghi,
Signore e Signori, e – permettetemi – carissimo Bernardo,

il Dottorato che oggi mi viene conferito, alla presenza di così autorevoli personalità, che sinceramente e profondamente ringrazio, costituisce, per più motivi, un grande onore per me e per gli studiosi del diritto dell'Unione europea.

Il primo motivo è un motivo del tutto speciale di soddisfazione, e deriva dal fatto che il riconoscimento mi viene concesso dall'Università di Padova, un Ateneo cui sono per vari motivi, ricordati nella bellissima *laudatio* della Magnifica Rettrice, per la quale sinceramente e profondamente La ringrazio, dicevo un Ateneo cui sono molto legato e che ammiro da sempre, e in particolare da quando sono venuto qui la prima volta alla fine degli anni '60, quando molti dei presenti non erano ancora nati!

In quella occasione, venni a definire gli accordi tra l'Università di Padova e quella di Mogadiscio. Avevo in effetti decisamente appoggiato la designazione di Padova come Università di riferimento dell'Università di Mogadiscio, dove all'epoca insegnavo e dove ero Preside *de facto*, preferendola alla concorrente Università di Perugia, perché altro ed alto era il prestigio del vostro Ateneo, un Ateneo nel quale insegnavano allora Maestri del rango di Guicciardi, Trabucchi, Carraro, Bettiol, Attardi e poi i più giovani (allora!) Gullo, Impallomeni, Bartolini, miei Colleghi a Mogadiscio, e poi il Prof. Benedetto Conforti, mio fraterno e caro Amico, oggi purtroppo scomparso.

Venni quindi a Padova per stipulare i relativi accordi, accolto con grande cortesia dalle Autorità accademiche e dal Direttore generale; e ricordo che giravo con ammirazione tra le aule e i corridoi dell'austero e solenne edificio del Bo, colpito dalla severità dell'ambiente e dal senso di ordine e di disciplina che esso irradiava.

* Padova, Palazzo del Bo – 2 novembre 2023.

Questo magnifico edificio era per me il simbolo di quello che una Università avrebbe dovuto essere. E ne rimasi colpito in modo profondo e indelebile, anche se forse (e dico forse!) il tanto tempo trascorso può aver indotto qualche evoluzione. Cosa che, vedendo questa perfetta cerimonia, non mi pare affatto!

Può dunque comprendere, Magnifica Rettrice, che ricevere oggi un così prestigioso riconoscimento da quella che ho sempre considerato l'Università per definizione è, per me, un motivo di orgoglio del tutto particolare e gratificante.

Ma un ulteriore e specifico motivo di orgoglio discende dal fatto che in realtà considero questo Dottorato come un riconoscimento conferito a tutta la comunità scientifica italiana del diritto dell'Unione europea, comunità che è oggi assai numerosa, e che si riconosce in ognuno dei suoi membri.

Sul piano personale, posso dire che essa trova in me un servitore fedele e devoto, perché al diritto dell'Unione europea ho dedicato tutta la mia – ormai lunga – vita di studioso, che ne ha approfondito le varie problematiche e analizzato numerosi aspetti.

Ma soprattutto ho cercato, specie negli anni iniziali della mia attività, di assicurarne una conoscenza più diffusa in un momento in cui le altre discipline giuridiche – ma anche gli apparati statali e locali – mostravano scarsa attenzione ad un fenomeno che aveva una portata storico-politica straordinaria.

Non era facile, in quegli anni, credetemi, dedicarsi allo studio di una materia per così dire snobbata e farla conoscere da un pubblico sempre più vasto e qualificato e soprattutto dalle Istituzioni italiane.

Oggi sembra impossibile liberarsi dalla pressione di altre discipline, che vorrebbero estendersi e talvolta appropriarsi all'insegnamento del diritto dell'Unione. Ma allora era esattamente il contrario: si trattava di attirare l'attenzione sul processo d'integrazione europea e sulla disciplina che lo studiava a fronte del disinteresse e dello scetticismo dei più.

Fu una dura e lunga battaglia fatta spesso di frustrazioni e delusioni continue, ma alla fine posso dire che i cultori della materia l'hanno vinta largamente, anche se gli "altri" non ce lo riconosceranno mai.

Ma lasciamo stare queste tristi, anche se al tempo stesso esaltanti vicende, e diciamo che oggi l'Unione europea è una materia di studio importante e nessuno si sentirebbe di trascurarla.

Il problema invece è oggi direttamente l'UE, che vive – come possiamo vedere ogni giorno – tra crisi e delusioni, tra Vertici e Consigli europei che ad ogni riunione aggiornano i propri lavori alla riunione successiva e poi ancora di nuovo, in un circuito continuo che non sembra mai aver fine.

Devo dire, per la verità, che da quando studio il processo d'integrazione europea – ed ormai sono più di 60 anni – non c'è stata una volta, una sola volta in cui essa non fosse in crisi. E su questo sfido chiunque a smentirmi e ad indicarmi un periodo in cui non si parlasse di crisi dell'UE.

Il fatto è però che ai problemi di sempre se ne aggiungono continuamente di nuovi, che impongono soluzioni sempre più difficili e pressanti. Basta vedere la situazione delle due guerre in corso (la guerra in Ucraina e quella in Palestina).

Oggi il tema di cui si discute di più, da questo punto di vista e quindi al di là dei dossiers di merito (immigrazione, bilancio, politiche fiscali, e così via), è quello della revisione dei meccanismi istituzionali, per preparare l'Unione ai futuri allargamenti. E su questo avremo domani un'apposita Tavola Rotonda, che di certo sarà vivace e interessante.

Voglio qui solo accennare ad alcuni aspetti, che mi sembrano cruciali e sono comunque evocati da tutti e in continuazione nei discorsi sul futuro dell'Unione.

Un punto di cui si discute molto in effetti è quello dell'unanimità, a volte richiesta ai fini della presa di decisione nel Consiglio. Si tratta, cioè, di stabilire se abolire o cominciare ad abolire, almeno in parte, quel criterio per consentire all'organo composto dagli Stati di prendere più facilmente le proprie decisioni ed avanzare così più rapidamente, almeno in alcuni dei dossier più controversi.

Problema certamente serio e da affrontare, ma c'è da chiedersi se non si tratti di un falso problema o comunque un falso obiettivo.

Anzitutto perché mi pare molto improbabile trovare un consenso tra tutti gli Stati membri per introdurre questa innovazione. Voi sapete che l'unanimità è necessaria anche (ed anzi soprattutto) per questa modifica e mi pare assai improbabile che si riesca a raggiungerla, vista la situazione attuale dei rapporti tra gli Stati membri, che mi sembra più tesa e sfilacciata che in passato.

D'altra parte, il problema non si risolve costringendo uno Stato membro che non accetta una decisione ad adattarsi ai voleri di una maggioranza. Lo si potrà fare eccezionalmente in qualche caso sporadico, ma poi l'esigenza di scambi reciproci di favori indurrà a cambiare idea. E lo si vede dall'atteggiamento che hanno oggi gli Stati membri verso alcuni dei Paesi riottosi, certo più tollerante che in precedenza, visto il ruolo che essi hanno assunto nell'attuale momento critico della guerra in Ucraina.

Finora si è andati avanti con il negoziato, anzi con estenuanti negoziati; e così temo che bisognerà continuare a fare, almeno fino a che gli Stati membri resteranno in 27.

Passo dopo passo, Consiglio dopo Consiglio, compromesso dopo compromesso, si riesce alla fine ad avvicinarsi ad una soluzione. Ma quanta fatica e quanti ritardi in un mondo che procede sempre più veloce!

Ad ogni modo, questo non sarebbe più possibile se e quando l'Unione dovesse allargarsi ulteriormente a 35-37 e forse anche più Stati membri. È difficile immaginare che in una simile situazione possa continuare a procedersi come si è fatto finora.

E questa prospettiva (quella dell'allargamento, intendo) mi sembra in qualche modo ineluttabile, perché sarà difficile tenere fuori dalla porta Stati che sono parte del Continente e che tra qualche tempo cominceranno ad avere (quando già non hanno) i requisiti per entrare nell'Unione. Allora diverrà difficile, ancor più di quanto non lo sia ora, far funzionare i normali meccanismi.

Da questo punto di vista, trovo certamente utile e forse produttivo esplorare l'idea di istituire dei cerchi concentrici di appartenenza all'Unione, ciascuno con uno *status* differenziato tra i Paesi membri: creare, cioè, una sorta di seconda (o terza) e più ampia Comunità, più limitata quanto agli obiettivi e all'integrazione tra i suoi membri.

Si tratta della tesi (certo non nuova, perché avanzata in vario modo da molti anni) di un'Unione a più cerchi, rilanciata ora da più parti, e anche dal noto documento redatto da 12 studiosi franco-tedeschi ma non solo da essi, documenti che sono oggetto di riflessioni nelle varie capitali europee, anche se per ora – ripeto – temo che non se ne faccia niente. In effetti, l'approssimarsi delle elezioni europee consiglia di procedere con la massima prudenza e non suscitare troppe critiche e sicuri dissensi.

Non sarà certo un'impresa facile realizzare tale riforma, ma essa mi sembra l'unica via per tenere in vita il processo d'integrazione europea e poter continuare nella linea finora seguita, che ha dato i suoi importanti frutti.

Sono convinto che questa idea si farà strada, magari in forme da stu-

diare attentamente e da migliorare, ma mi pare l'unica condizione di sopravvivenza di un'Unione a circa 35 membri, e a carattere quasi realmente continentale.

Ma, com'è noto, quello del sistema di voto, per quanto importante, non è l'unico problema al centro dell'attenzione per il miglioramento del funzionamento dell'Unione. Anzi. Ve ne sono molti altri che dovrebbero essere riesaminati per consentire all'Unione di affrontare le sfide del futuro.

Penso, ad esempio, alla composizione dell'organo centrale nel sistema di governo dell'Unione, e cioè la Commissione europea. Oggi essa è composta da ben 27 membri, una piccola assemblea, che è poco funzionale alle esigenze di un rapido ed efficace funzionamento dell'Istituzione. E lo stesso potrebbe dirsi, anche se in misura minore, per altri organi dell'Unione, come la Corte di giustizia e la Corte dei Conti. Per non parlare del Consiglio, dove in ogni riunione si riesce a stento a fare un giro di tavolo per consentire ad ogni Stato membro di enunciare in modo adeguato la propria posizione su un problema.

Penso ancora al sistema degli atti dell'Unione, oggi ingabbiato in un meccanismo di atti tipici, che non possono esaurire le necessità di azione degli organi legislativi e amministrativi dell'organizzazione. E che invece dovrebbero articolarsi in uno schema più orientato sui modelli statali, vale a dire secondo una gerarchia degli atti in funzione del potere che li esprime e del tipo di azione perseguito.

Questo per non parlare dei problemi di bilancio e delle risorse proprie dell'Unione, della politica estera e della impossibilità di avanzare su questo piano nelle condizioni date, dei singoli domini della competenza comunitaria, spesso bloccati dall'esigenza dell'unanimità o da una procedura decisionale comunque assai complessa, e così via.

Ma tutte queste riforme richiederebbero approfondimenti che purtroppo non posso qui sviluppare, e me ne scuso. Ho in effetti il dovere di rispettare gli impegni presi con gli organizzatori del Convegno che si apre subito dopo questa cerimonia.

Come sapete, infatti, abbiamo oggi anche altre incombenze, con tempi assai stretti, e non possiamo farne tardare l'inizio, specie perché ci sono

qui molti Colleghi in attesa e soprattutto molti giovani; e non bisogna farli aspettare!

Desidero quindi ancora una volta ringraziarLa vivamente, Magnifica Rettrice, e con Lei tutte le Autorità Accademiche, per aver voluto riservarmi questo grande onore.

Così come ringrazio tutti i presenti per avermi voluto gratificare con la loro partecipazione e per la pazienza che hanno avuto ad ascoltarmi.

Grazie ancora!

Sessione I
Il fondamento dell'ordinamento dell'Unione:
tra primato e controlimiti,
tra valori comuni e identità nazionali

Relazioni

I RINVII PREGIUDIZIALI
PROPOSTI DALLA CORTE COSTITUZIONALE
COME ELEMENTI DI UNA RELAZIONE COLLABORATIVA

Silvana Sciarra*

Ringrazio per essere stata inclusa in questa cerimonia in cui si celebra un rito accademico ideato per riconoscere l'“impatto” dell'onorato sull'avanzamento della ricerca e della conoscenza in merito allo sviluppo del diritto e dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea.

Per il Professor Tizzano parlare di “impatto” è riduttivo. Siamo infatti al cospetto di un vero e proprio “artefice” del processo di integrazione europea, di un “costruttore” di quell'ordinamento giuridico “di nuovo genere” quale è l'ordinamento dell'Unione europea. Lo è stato e lo è ancora per disparate comunità accademiche, quale la mia prima comunità di appartenenza, per il suo contributo straordinario al diritto sociale europeo.

Si deve alla competenza e alla passione di uomini come lui l'ideazione e la realizzazione di una simbiosi fra diritto giurisprudenziale e dottrina accademica nel processo di integrazione europea.

E proprio in questo convegno ne abbiamo una riprova.

Il nostro ospite, il Professor Bernardo Cortese, ci ha guidati con il suo lavoro attraverso una rigorosa ricostruzione di un “ordinamento interindividuale” che pone insieme individui e soggetti di tipo internazionale in un sistema unitario originario¹. La sua ricerca merita ben altra attenzione di quanto possa essere manifestata oggi, nel breve tempo a mia disposizione.

La verifica sul campo di questa ipotesi teorica pone, tra l'altro, l'enfasi sulle Corti costituzionali, in una fase storica in cui diviene sempre più impellente l'elemento della “cooperazione” fra Unione e Stati membri nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati (art. 4(3) TUE), impellente per la gravità degli eventi che stiamo vivendo, per la complessità delle materie su cui le Corti sono chiamate a intervenire, nell'auspicio di proporre soluzioni comuni.

Negli anni Novanta dello scorso secolo, Joseph Weiler, nell'osservare il

*Presidente emerito della Corte costituzionale, Professore emerito dell'Università degli Studi di Firenze.

¹ B. CORTESE, *L'ordinamento dell'Unione europea tra autocostruzione, collaborazione e autonomia*, Torino, 2018.

comportamento dei governi nazionali, chiamati a “giuridificare” le controversie nate dai rinvii alla Corte di giustizia, sostenne che gli stessi da un lato sono tenuti a difendere l’operato degli Stati di appartenenza, dall’altro sono obbligati a fronteggiare le conseguenze delle decisioni prese a Lussemburgo².

Questa complessa tessitura di rapporti fra attori che operano con capacità diverse è altra cosa rispetto alle reti diplomatiche dei governi. Ma soffermiamoci a considerare quanto, in questo costante gioco di equilibri, si è accentuata quella che propongo di chiamare “diplomazia delle Corti costituzionali”.

Il “*judicial empowerment*”, da intendersi come effetto del meccanismo di rinvio pregiudiziale, dovrebbe essere inteso come un laboratorio sempre aperto, in cui non si smette di attribuire poteri anche ai giudici comuni, anche quando non sono giudici di ultima istanza. Questa è la comunità delle Corti europee, o, come qualcuno ha suggerito, le comunità, con un plurale che sta a indicare un ancora più luminoso firmamento di soggetti che decidono³.

A questa teoria si è contrapposta una critica fondata sull’assenza di dati empirici che, se letti attentamente, sono utili per convalidare la tesi opposta, quella secondo cui c’è stata e c’è resistenza all’integrazione attraverso le Corti, per un diffuso scetticismo delle corti stesse o dei singoli giudici, soprattutto di quelli disseminati sul territorio. Oltre ad autori contemporanei dell’opera di Weiler prima citata⁴, si può tenere conto di una ricerca recente, che guarda al modo in cui si formano le decisioni di rinvio alla Corte di giustizia⁵.

Questa riluttanza o se si preferisce questa minore inclinazione a fare ricorso al diritto europeo, in particolar modo attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale, può dipendere da molteplici ragioni, non esclusa la formazione ricevuta, la cultura giuridica originaria nella fase formativa e talvolta qualche idiosincrasia.

Ma cosa è cambiato oggi? I “*ghostwriters*” sono più edotti o le preoccupazioni sono più estese? Uso la parola pre-occupazioni con un trattino

² J. H. H. WEILER, *Journey to an Unknown Destination: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration*, in *JCMS*, vol. 31, n. 4, 1993, p. 417 ss.

³ C. KILPATRICK, *Community or Communities of Courts in European Integration? Sex Equality Dialogues between UK Courts and the ECJ*, in *ELJ*, vol. 4, n. 2, 1998, p. 121 ss.

⁴ Fra i tanti M. RASMUSSEN, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Boston, 1986.

⁵ T. PAVONE, *The Ghostwriters. Lawyers and the Politics behind the Judicial Construction of Europe*, Cambridge, 2022.

che sta a indicare una modalità per cui alcuni temi pre-occupano lo spazio deliberativo, con effetti potenzialmente dirompenti sui sistemi democratici. La politica recepisce questi disorientamenti, mentre le corti sono in grado di mostrare un orientamento europeo.

Torniamo al tema del “*judicial empowerment*”. Siamo in presenza di un confronto non solo verticale – se con questo aggettivo si vuol proporre l’immagine del rinvio pregiudiziale quale strumento di raccordo fra Corti nazionali e Corte di giustizia – ma anche orizzontale, nell’ampio perimetro dell’Unione, confronto che si instaura fra Corti di diversi Paesi, per mettere a fuoco stili diversi nell’esercizio dei poteri e perfino nell’uso del linguaggio adoperato nel redigere le decisioni.

A questo riguardo mi soffermo brevemente sulla scelta, non casuale, che la Corte di giustizia fa nel citare i suoi stessi precedenti, quale spia per valorizzarne la continuità e la coerenza. Questo dettaglio è tanto più importante da evidenziare, quanto più si fa allarmante l’orientamento di alcune Corti nazionali su questioni legate all’indipendenza della magistratura e allo stato di diritto. L’apprensione per un possibile indebolirsi dei valori democratici su cui è fondata l’UE ha spostato i termini del confronto.

Si è accentuata – quasi fosse un rapporto fra causa ed effetto – l’affermazione di valori comuni e in questa operazione di raccordo sempre più l’autorevolezza delle Corti si manifesta attraverso la coerenza interna delle decisioni e dunque il ricorso ai precedenti.

In *RS*⁶, ad esempio, la Corte di giustizia contrasta la decisione della Corte costituzionale rumena che, invocando l’identità nazionale, rivendica solo a sé l’interpretazione di una disposizione relativa all’istituzione di una sezione specializzata del PM. Seguendo un fortunato abbinamento fra disposizioni del TUE, si sostiene che gli artt. 2 e 19 non impongono un «modello costituzionale preciso», poiché essi vanno sistematicamente interpretati in assonanza con l’art. 4(2) TUE, che rispetta le identità nazionali e soprattutto l’indipendenza dei giudici. Tuttavia, disposizioni nazionali «quand’anche di rango costituzionale»⁷ non possono pregiudicare il primato del diritto dell’Unione, la sua unità ed efficacia, nel rispetto del principio di eguaglianza degli Stati membri dinanzi ai Trattati. Si tratta di un ritorno alle origini, che serve a valorizzare una giurisprudenza fortunata, che ha contribuito a forgiare l’ordinamento europeo.

A sua volta, in un caso relativo a disposizioni sull’erogazione a cittadini

⁶ Corte giust. 22 febbraio 2022, C-430/21, *RS*.

⁷ *Ivi*, punti 43 e 51.

di Stati terzi regolarmente soggiornanti dell'assegno per il nucleo familiare a favore di famiglie bisognose, la Corte costituzionale pronuncia una sentenza di inammissibilità, che restituisce la parola al giudice rimettente, cui spetta disapplicare le disposizioni nazionali in contrasto con il diritto europeo.

Lo fa citando alcuni precedenti celebri, ma anche la sentenza *RS*, in cui si avvalorava il connubio fra l'art. 4, par. 2 e 3, TUE, con l'art. 267 TFUE, per ribadire che la mancata disapplicazione di una disposizione nazionale ritenuta in contrasto con il diritto europeo viola il principio di eguaglianza fra gli Stati membri e incrina la leale cooperazione fra gli stessi⁸.

Credo che, indipendentemente dalle materie toccate dalle decisioni che ho citato, questi esempi possano servire a dare un'idea di raccordo se non di sintonia, che rafforza l'autorevolezza delle Corti e rende forte e chiara la loro voce.

Guardiamo ora la "storia" dei rinvii pregiudiziali promossi dalla Corte costituzionale, una storia che si segnala per essere variegata e che dunque offre a chi la osserva l'immagine di una Corte ben equipaggiata quanto a competenze e spirito di iniziativa.

Il primo rinvio pregiudiziale prese corpo in un giudizio in via principale, a seguito di una impugnazione da parte del Governo di una legge regionale sarda⁹.

La Corte afferma che la soluzione del possibile contrasto con la norma europea è una «precondizione» per poi instaurare il giudizio di legittimità costituzionale. Si tratta di un inizio coraggioso e fruttuoso che ha aperto una stagione di ascolto da parte della Corte di Lussemburgo, suscitando rispetto per la Corte costituzionale.

Non si può non sottolineare che nei successivi rinvii pregiudiziali la Corte ha messo a punto un metodo "costruttivo" che, per vicende storiche contingenti, legate soprattutto a parallele prese di posizione della Corte costituzionale tedesca, ha consentito di far emergere uno "stile" italiano, messo in luce da molti commentatori.

Mi piace dire questo in omaggio al Professor Tizzano, che prima ho voluto definire un "costruttore" dell'integrazione europea.

Con un'ordinanza relativa ai precari della scuola si apre la strada al rinvio pregiudiziale in un giudizio incidentale. Si tratta di un passaggio non

⁸ Corte cost. sent. 8 febbraio 2022, n. 67, punto 10.2. del *considerato in diritto*, in cui si cita *RS*, punto 88. La Corte cita anche la sua giurisprudenza, in particolare le due recenti ordinanze n. 116 e n. 117 del 2022 e l'ordinanza n. 182 del 2020, per ribadire una risalente pratica collaborativa nel ricorso alla procedura di rinvio pregiudiziale.

⁹ Corte cost. ord. 15 aprile 2008, n. 103.

secondario, che segna un'ulteriore espansione del rapporto costruttivo di cui la Corte costituzionale si fa carico¹⁰. Nel caso *Mascolo*, in risposta a tali rinvii, la Corte di Lussemburgo è intervenuta in modo assai equilibrato per mettere a fuoco le molte criticità di vicende potenzialmente in contrasto con la disciplina europea dei contratti a tempo determinato¹¹.

A seguito di tale decisione, che ha riscontrato punti di contrasto con il diritto europeo, è intervenuto il legislatore per disciplinare l'intera materia e aprire spazi a soluzioni che consentissero di ricondurre i contratti dei lavoratori della scuola dentro l'alveo del diritto europeo.

La Corte costituzionale ha atteso il completarsi di tale intervento, prima di pronunciare l'illegittimità costituzionale delle disposizioni censurate, per poter chiudere il cerchio della procedura di rinvio pregiudiziale¹². Anche se si tratta di un caso assai peculiare, data la vastità del contenzioso in atto e di quello potenziale, questa vicenda segna un precedente importante nella collaborazione fra Corte costituzionale e Parlamento.

Altro esempio, forse ancora più eclatante, è quello del rinvio operato dalla Corte costituzionale in materia di prescrizione di reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, il caso *Taricco*.

Non serve qui ricordare la lunga vicenda che prende le mosse da una prima sentenza della Corte di giustizia¹³, da cui si faceva discendere l'obbligo per i giudici nazionali di disapplicare le disposizioni nazionali che avrebbero impedito allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi imposti dall'art. 325 TFUE. La disapplicazione avrebbe potuto insinuare situazioni di profonda incertezza e di non uniformità.

Investita della questione di costituzionalità la Corte, dopo aver scelto di rinviare alla Corte di giustizia, ha solo lasciato trapelare, quale misura di reazione, la teoria dei controlimiti, affermando da un lato la natura sostanziale e non solo processuale della disciplina della prescrizione, dall'altro richiamando l'osservanza prioritaria dei principi supremi, in particolare il principio di legalità in materia penale di cui all'art. 25, secondo comma, della Costituzione.

Senza entrare nei dettagli di questioni molto note, sottolineo il forte impianto dialogico di questo confronto, che serve a confermare quanto detto all'inizio circa una "diplomazia delle corti costituzionali".

Vi è poi un rinvio pregiudiziale in materia di sicurezza sociale.

¹⁰ Corte cost. ord. 18 luglio 2013, n. 207.

¹¹ Corte giust. 26 novembre 2014, C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, *Mascolo e a.*

¹² Corte cost. sent. 20 luglio 2016, n. 187.

¹³ Corte giust. 8 settembre 2015, C-105/14, *Ivo Taricco e a.*

La Corte è chiamata a pronunciarsi su questioni relative all'erogazione di prestazioni sociali – in particolare assegno di maternità e di natalità per famiglie bisognose – a cittadini di Stati terzi regolarmente soggiornanti¹⁴.

Mi soffermo in questo caso – non senza un accenno di orgoglio e di gratitudine verso il Collegio che mi ha incoraggiata nel redigere l'ordinanza di rinvio a Lussemburgo – sulla risposta affermativa della Corte di giustizia ai quesiti posti¹⁵.

Non solo si è garantita certezza quanto all'applicazione del principio di parità di trattamento in base al diritto secondario (art. 12 della direttiva 2011/98/UE) che concretizza l'art. 34 Carta dei diritti fondamentali, invocato come parametro dal giudice che aveva originariamente sollevato la questione di costituzionalità. Si è anche rafforzato uno spirito dialogico costruttivo, che valorizza l'inclusione di questi benefici nell'alveo della disciplina europea di sicurezza sociale.

Un rinvio interpretativo, dunque, che ha inteso fare chiarezza sulla natura non meramente assistenziale delle prestazioni e che ha potuto equiparare, applicando il principio di eguaglianza, i cittadini di Stati terzi lungo-soggiornanti e quelli muniti del permesso unico di lavoro ai cittadini italiani.

Cito brevemente alcuni passaggi della sentenza della Corte di giustizia in risposta al rinvio pregiudiziale, per evidenziare, anche in questo caso l'atteggiamento dialogico assunto da entrambe le Corti.

Il primo consiste nell'affermare che quando il rinvio proviene da un Corte costituzionale vi è una “presunzione di rilevanza”, ovvero si ascoltano, senza porsi troppe domande sull'ammissibilità dei quesiti, le parole del “giudice delle leggi”.

Al di là di ogni retorica, questo è un segnale di fiducia fra Corti, parte centrale di un confronto costruttivo.

Un altro passaggio riguarda il riferimento all'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali. La Corte di giustizia scrive che il diritto europeo secondario che qui rileva – direttiva 2011/98/UE – «dà espressione concreta al diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale di cui all'art. 34, paragrafi 1 e 2, della Carta». La Corte costituzionale aveva suggerito una valorizzazione di questa norma nello spirito di equiparazione, dove possibile, fra standard nazionali ed europei nella tutela dei diritti fondamentali.

Faccio infine riferimento ai due recenti rinvii pregiudiziali in materia di

¹⁴ Con l'ordinanza n. 182 del 2020, la Corte costituzionale sceglie la strada del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia

¹⁵ Corte giust. 2 settembre 2021, C-350/20, *O.D. e a.*

MAE, partendo dalle due sentenze della Corte costituzionale, rese a conclusione dell'intera vicenda.

Nella prima, coerentemente a quanto deciso dalla Corte di giustizia e in ossequio alla sua giurisprudenza, si dichiara la non fondatezza delle questioni sollevate, suggerendo un percorso argomentativo che deve condurre i giudici, nel pieno rispetto dei diritti fondamentali della persona, a non seguire «standard puramente nazionali di tutela dei diritti fondamentali [...] laddove ciò possa compromettere il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione (Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 26 febbraio 2013, in causa C-617/10, *Fransson*, punto 29; sentenza 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, *Melloni*, punto 60)». I giudici devono dunque interpretare le disposizioni nazionali in conformità all'art. 1, par. 3, della decisione quadro, valutando se la consegna, in esecuzione del mandato d'arresto, possa condurre a soluzioni non idonee alla tutela della salute della persona ricercata nello stato emittente¹⁶.

Nella seconda, muovendo sulla scia di quanto affermato dalla Corte di giustizia, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale delle disposizioni censurate nella parte in cui non prevedono che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione possa rifiutare la consegna di una persona ricercata, valutando se la stessa, cittadina di uno Stato terzo, abbia residenza o dimora nel territorio italiano e «risulti "sufficientemente integrata" (sentenza *O.G.*, punti 61 e 68) nello Stato italiano, sì da imporre che l'esecuzione della pena o della misura di sicurezza avvenga in Italia, in modo da non pregiudicare la funzione rieducativa di detta pena o misura»¹⁷.

La valutazione sulla sufficiente integrazione deve essere effettuata tenendo conto dei criteri indicati dalla Corte di giustizia, nella stessa sentenza prima citata, in particolare i «legami familiari, linguistici, culturali, sociali o economici» che il cittadino del Paese terzo intrattiene con lo Stato italiano, ma anche la natura, la durata e le condizioni del suo soggiorno in Italia, nonché il possesso dello status di soggiornante di lungo periodo (direttiva 2003/109/CE e art. 9 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, recante il «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero»). Nella sentenza *O.G.* si afferma, infatti, che a tale condizione si connette l'integrazione sociale effettiva del cittadino di Stato terzo e da essa si ricava «un forte indizio del fatto che i legami stabiliti dalla persona ricercata con lo Stato membro di esecuzione

¹⁶ Corte cost. sent. 28 luglio 2023, n. 177.

¹⁷ Corte cost. sent. 28 luglio 2023, n. 178.

sono sufficienti a giustificare il rifiuto di eseguire il mandato d'arresto europeo»¹⁸.

In conclusione, di queste mie brevi osservazioni mi spingo a sostenere che non è venuta meno – anzi si è intensificata – la “giuridificazione” delle controversie descritte da Weiler, perché sono divenute più sensibili e urgenti le questioni politiche che si collocano sullo sfondo delle vicende giudiziarie.

La Corte di giustizia è scesa in campo a difesa dello stato di diritto e le Corti costituzionali – io mi sono concentrata su quella italiana – hanno avvertito l'esigenza di esprimere al meglio le proprie prerogative.

Pur non fronteggiando un'emergenza democratica, la Corte costituzionale ha mostrato di perseguire i comuni obiettivi europei anche attraverso il ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale, in vista di una sempre più marcata uniformità nell'interpretazione dei trattati, in armonia con le finalità descritte dall'art. 267 TFUE.

Credo che anche le decisioni assunte in campi diversi da quelli dell'indipendenza della magistratura concorrano a creare l'identità nazionale quale fondamento della “struttura costituzionale” di cui parla l'art 4(2) TUE.

La lezione tenuta oggi dal Professor Tizzano, dottore di ricerca *honoris causa* in questa prestigiosa Università, conferma che i “costruttori” dell'Europa sono i più attenti guardiani di una identità europea.

¹⁸ Corte giust. 6 giugno 2023, C-700/21, O.G., punto 67.

IL PRINCIPIO DEL PRIMATO COME “REGOLA DI COESIONE” DELL’ORDINAMENTO DELL’UNIONE EUROPEA

Lucia Serena Rossi*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Fondamenti teorici e natura giuridica del principio del primato. – 3. L’importanza della Dichiarazione n. 17 allegata al Trattato di Lisbona. – 4. La relazione fra il primato ed altri principi fondamentali del diritto dell’Unione. – 5. *Absolute primacy*? La questione dei limiti al primato. – 6. Il primato è un principio condiviso? L’importanza di un “dialogo strutturato” fra le Corti.

1. *Premessa*

Nonostante siano ormai passati 60 anni dalla sentenza *Costa/ENEL*¹ che lo ha affermato, il principio del primato del diritto dell’Unione europea è ancora oggetto di critiche da parte di alcuni autori e di resistenze nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali². L’attacco al primato si accompagna poi sempre, più o meno esplicitamente, anche ad una critica alla Corte di giustizia, che lo ha affermato inizialmente e che continua a difenderlo.

Questo articolo si concentrerà su alcuni aspetti che, alla luce di tali critiche e riserve, più mi sembrano meritare una riflessione: la natura e i fondamenti del principio del primato, le relazioni fra quest’ultimo ed altri principi fondamentali del diritto dell’Unione, l’infondatezza della teoria della c.d. *absolute primacy* e, infine, se sia possibile conciliare le posizioni sul primato della Corte di giustizia e quelle delle Corti costituzionali.

2. *Fondamenti teorici e natura giuridica del principio del primato*

La migliore definizione del primato si trova a tutt’oggi nel passaggio della sentenza *Costa/ENEL*, secondo cui «scaturito da una fonte auto-

* Giudice presso la Corte di giustizia dell’Unione europea. Tutte le opinioni sono personali e non vincolano in alcun modo l’istituzione.

¹ Corte giust. 15 luglio 1964, 6/64, *Costa/ENEL*.

² Sul punto v. L. S. ROSSI, C. TOVO, *Il principio del primato del diritto dell’Unione Europea*, in *Europa*, Roma, 2023, p. 97-109.

ma, il diritto nato dal Trattato 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».

Il principio è stato ricavato dalla Corte di giustizia con interpretazione teleologica e sistematica del Trattato CEE. La stessa sentenza chiariva che «lo spirito e i termini del Trattato hanno per corollario l'impossibilità per gli Stati membri di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale pertanto non potrà essere opponibile all'ordine comune».

La sentenza *Costa/ENEL* affermava, innanzitutto, che tutti gli Stati membri avevano accettato, su basi di reciprocità, un ordinamento giuridico, e non un semplice Trattato. Si tratta di quell'«ordinamento giuridico di nuovo genere», definito dalla precedente sentenza *Van Gend en Loos*³, che in effetti si distingueva dalle classiche organizzazioni internazionali, rispondendo a caratteristiche del tutto inusuali nel diritto internazionale.

E in effetti, la citata «condizione di reciprocità» veniva intesa in maniera assai diversa dal significato che le viene normalmente attribuito dal diritto internazionale. La Corte, ben lungi dal legittimare il ricorso fra Stati membri della clausola *inadimplenti non est adimplendum*, di cui, anzi, nella sentenza *Commissione/Italia*⁴ ha fermamente escluso l'applicazione all'interno di tale ordinamento, sembra ricollegare il concetto di reciprocità all'idea che l'ordinamento comune sia una sorta di «pacchetto completo», di cui gli Stati membri devono prendere (o lasciare) tutti gli obblighi e i benefici.

Da un lato, la reciprocità implica che il consenso di uno Stato membro a limitare la propria sovranità a favore dell'ordinamento comune si basa sul presupposto che un tale «sacrificio» sia condiviso anche da tutti gli altri Stati membri. Ma, dall'altro, il carattere innovativo dell'ordinamento comunitario era ed è la presenza di istituzioni forti e «terze» rispetto agli Stati membri, in grado di vigilare efficacemente e imparzialmente, anche con poteri sanzionatori, su eventuali violazioni del patto fondativo e delle regole da esso previste⁵.

³ Corte giust. 5 febbraio 1963, 26/62, *Van Gend en Loos*.

⁴ Corte giust. 21 giugno 1973, 79/72, *Commissione/Italia*.

⁵ La stessa sentenza *Costa/ENEL* precisava che «istituendo una Comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di personalità, di capacità giuridica, di capacità di rappresentanza sul piano internazionale, ed in specie di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzioni degli Stati alla Comunità, questi hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi».

La reciprocità può dunque essere ancorata al principio di leale cooperazione, una versione assai “potenziata” rispetto al principio di diritto internazionale della buona fede *in contrabendo*⁶.

Inoltre, già dalla sentenza *Costa/ENEL* emergeva che, proprio per garantire un uguale – e reciproco – sacrificio di sovranità, la giustificazione teorica del primato risiede nella necessità di evitare che l’ordinamento giuridico si frammenti in tanti sottosistemi discordanti, con il risultato che, alla fine, nessuno rispetterebbe le regole comuni. Secondo la Corte, infatti, «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». Con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l’uguaglianza degli Stati davanti ai trattati è stata esplicitamente affermata dall’art. 4, par. 2, TUE. La violazione di tale uguaglianza, come ha precisato la più recente sentenza *Euro Box*⁷, farebbe sorgere anche una discriminazione in base alla nazionalità, vietata dall’art. 18 TFUE e dall’art. 21, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali.

Il primato è una regola di gerarchia? Non necessariamente. Essendo lo scopo di questo principio quello di assicurare il funzionamento e l’unitarietà del sistema, esso può, a mio avviso, essere meglio descritto come “la *regola di coesione*” di tutto l’ordinamento. La dimensione gerarchica del principio, infatti, non è un fine a sé stante, ma piuttosto è un mezzo per assicurare tale unitarietà. È opportuno ricordare che la sentenza *Costa/ENEL* parlava di inopponibilità e di inefficacia degli atti nazionali contrastanti con il diritto comunitario. La Corte di giustizia, anche se spesso utilizza il termine «preminenza»⁸, in realtà ha sempre evitato di esprimere una concezione gerarchica, limitandosi a precisare, in maniera costante, che il diritto degli Stati membri «non può sminuire l’efficacia» riconosciuta alle disposizioni di diritto dell’Unione nel territorio degli Stati membri⁹.

⁶ Per una comparazione fra i due principi v. F. CASOLARI, *Leale collaborazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all’Unione al tempo della crisi*, Napoli, 2020, p. 4-12.

⁷ Corte giust. 21 dicembre 2021, C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 e C-840/19, *Euro Box Promotion e a.*, punto 246.

⁸ V. ad esempio Corte giust. 24 giugno 2019, C-573/17, *Popławski*, punto 53; 2 marzo 2021, C-824/18, *A.B. e a.* (Nomina dei giudici alla Corte suprema – Ricorso), punto 156; nonché, 6 ottobre 2021, C-487/19, *W.Ż.* (Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche della Corte suprema – Nomina), punto 156.

⁹ V. nello stesso senso Corte giust. 18 maggio 2021, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, *Asociația «Forumul Judecătorilor din România» e a.*, punto 244; *W.Ż.* (Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche della Corte supre-

In effetti, come si vedrà nei paragrafi seguenti, il primato, più che in senso strettamente gerarchico opera principalmente «dans un jeu de règles et exceptions»¹⁰.

Anche se in effetti probabilmente il principio è stato ispirato alla teoria monistica, all'epoca prevalente in Francia, secondo cui il diritto internazionale prevale su quello nazionale e lo ingloba¹¹, da un punto di vista giuridico non mi sembra corretto affermare che il principio del primato implica una gerarchia in senso monistico¹², perché quest'ultima comporterebbe che l'atto nazionale contrario al diritto dell'Unione dovrebbe essere invalido, cosa che la Corte si è sempre ben guardata dall'affermare. Certo, la dottrina ha prodotto diverse teorie di stampo monista¹³, ma queste, per quanto interessanti, restano appunto teorie, mentre la giurisprudenza della Corte di giustizia, ispirata alla prudenza e alla consapevolezza dei diversi approcci costituzionali degli Stati membri, evita sempre di qualificare il primato come regola gerarchica.

Rimane dunque perfettamente conciliabile con il principio del primato la visione, di dichiarata impronta dualistica della Corte costituzionale italiana, secondo cui gli Stati membri rinunciano in materie specifiche alla propria sovranità, la quale, ritraendosi, lascia uno spazio che è occupato da norme vincolanti dell'Unione. Tale "ritrazione" avviene per effetto prima della ratifica dei Trattati istitutivi e poi dell'adozione del diritto secondario da parte delle istituzioni europee secondo le modalità previste ai Trattati stessi¹⁴.

ma – Nomina), sopra citata, punto 156; nonché 23 novembre 2021, C-564/19, *IS* (Illegittimità dell'ordinanza di rinvio), punto 78.

¹⁰ L. S. ROSSI, *Droits fondamentaux, primauté et autonomie : la mise en balance entre les principes « constitutionnels » de l'Union européenne*, in *RTDE*, 2019, p. 67 ss.

¹¹ In effetti nella sentenza *Costa/ENEL*, la Corte rilevava che «a differenza dei comuni trattati internazionali, il Trattato C.E.E. ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri all'atto dell'entrata in vigore del Trattato e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare».

¹² Sull'idea del primato come rapporto gerarchico cfr. E. STEIN, *Toward Supremacy of Treaty – Constitution by Judicial Fiat in the European Economic Community*, in *RDI*, 1965, p. 3 ss. e B. DE WITTE, *Retour à "Costa": la primauté du droit communautaire à la lumière du droit international*, in *RTDE*, 1984, p. 425 ss. Più sfumata la posizione di K. Lenaerts, che lo qualifica come una «basic conflict rule» (K. LENAERTS, T. CORTHHAUT, *Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law*, in *ELR*, 2006, p. 287-315).

¹³ Per una rassegna dei vari modelli teorici dell'ordinamento dell'Unione europea, in relazione a quelli degli Stati membri v. F. MEDICO, *Il Doppio Custode. Un modello per la giustizia costituzionale europea*, Bologna, 2023, p. 23 ss.

¹⁴ V. Corte cost. sent. 23 dicembre 1973, n. 183, *Frontini* e sent. 8 giugno 1984, n. 170, *Granital*.

Va però precisato che, nella logica del sistema dell’Unione, la rinuncia alla sovranità ha una dimensione strutturale (e secondo la sentenza *Costa/ENEL* anche definitiva¹⁵), che non consente deroghe unilaterali. Gli Stati membri sono liberi di accettare o meno di ratificare i Trattati istitutivi e partecipano tramite i rappresentanti dei loro Governi nel Consiglio dell’Unione e i parlamentari nazionali che siedono nel Parlamento europeo, all’adozione degli atti del legislatore europeo; ma una volta che questi atti siano stati adottati, potranno cercare di modificarli, chiederne l’annullamento o l’invalidità soltanto nel rispetto delle procedure previste da Trattati, oppure, nella logica del “pacchetto completo”, uscire dall’Unione.

Infine, affermando il principio del primato, la Corte ha posto le basi per trasformare il carattere vincolante del diritto dell’Unione nell’autonomia dell’ordinamento di quest’ultima. In effetti i due principi sono strettamente correlati ed è bene comprendere la differenza fra autonomia e gerarchia.

Nella sentenza *Achmea*¹⁶, la Corte ha ricordato che «l’autonomia del diritto dell’Unione, rispetto tanto al diritto degli Stati membri quanto al diritto internazionale, si giustifica sulla base delle caratteristiche essenziali dell’Unione e del suo diritto, relative, in particolare, alla struttura costituzionale dell’Unione nonché alla natura stessa di tale diritto. Il diritto dell’Unione si caratterizza, infatti, per la circostanza di essere una fonte autonoma, costituita dai Trattati, per il suo primato sui diritti degli Stati membri nonché per l’efficacia diretta di tutta una serie di disposizioni applicabili ai loro cittadini e agli stessi Stati membri. Tali caratteristiche hanno dato luogo a una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano in modo reciproco gli Stati membri e l’Unione, nonché gli Stati membri tra di loro».

Tale autonomia non si traduce nell’“originarietà” (e dunque sovranità), in quanto il principio di attribuzione è alla base dell’ordinamento dell’Unione, come peraltro esplicitamente e frequentemente ribadito dai Trattati, ma piuttosto nella forza di un ordinamento giuridico *self-contained*¹⁷. Essa

¹⁵ «Il trasferimento, effettuato dagli Stati a favore dell’ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del Trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani, di fronte alla quale un atto unilaterale ulteriore, incompatibile col sistema della Comunità, sarebbe del tutto privo di efficacia».

¹⁶ Corte giust. 6 marzo 2018, C-284/16, *Achmea*, punto 33. V. nello stesso senso Corte giust. 2 settembre 2021, C-741/19, *Repubblica di Moldova*, punto 43. V. anche Corte giust. parere 18 dicembre 2014, 2/13, punti 166 e 167; 10 dicembre 2018, C-621/18, *Wightman* e a., punto 45; nonché parere 30 aprile 2019, 1/17, punto 109; *Popławski*, sopra citata, punto 52.

¹⁷ L. S. ROSSI, *Droits fondamentaux*, cit.

implica, da un lato, l'indipendenza dal punto di vista della creazione degli atti giuridici e la possibilità di modificare l'ordinamento solo attraverso regole interne allo stesso e, dall'altro, che tale ordinamento è capace, grazie al primato, di presidiare i propri confini nei confronti di confliggenti regole "esterne", che provengano non solo dal diritto internazionale¹⁸, ma anche dal diritto degli Stati membri.

Autonomia non significa però che l'ordinamento dell'Unione sia "impermeabile" ai valori ed ai principi provenienti dalle fonti "esterne"; esso piuttosto tende, nella misura del possibile, ad interiorizzare questi ultimi, anche riconoscendoli, se necessario, come eccezioni alle regole comuni.

Un tale riconoscimento appartiene alla Corte di giustizia, nel dialogo con i giudici nazionali. Come precisato dal parere 2/13¹⁹, «per garantire la preservazione delle caratteristiche specifiche e dell'autonomia di tale ordinamento giuridico, i Trattati hanno istituito un sistema giurisdizionale destinato ad assicurare la coerenza e l'unità nell'interpretazione del diritto dell'Unione».

Quindi, in definitiva, l'ordinamento dell'Unione, per mezzo dei principi dell'autonomia e del primato, più che una pretesa di supremazia gerarchica sugli ordinamenti degli Stati membri, esprime piuttosto il rifiuto di una subordinazione gerarchica agli ordinamenti di questi ultimi nell'ambito del proprio campo di applicazione, ambito che è comunque sempre definito dagli Stati membri per i Trattati e dai legislatori dell'Unione per gli atti di quest'ultima.

Tali principi, dunque, potrebbero essere definiti non solo come essenziali²⁰, ma addirittura come "esistenziali" per l'ordinamento dell'Unione, in quanto ne garantiscono la sopravvivenza.

3. *L'importanza della Dichiarazione n. 17 allegata al Trattato di Lisbona*

Nella sentenza *Euro Box*²¹, la Corte, riprendendo quanto già affermato nel parere 1/91²², ha ricordato che «benché sia stato concluso in forma d'ac-

¹⁸ Corte giust. 3 settembre 2008, C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione*. Per interessanti considerazioni sul ruolo che i valori dell'Unione possono avere sul piano internazionale v. K. LENAERTS, J.A. GUTIERREZ-FONS, *Epilogue. High Hopes: Autonomy and the Identity of the EU*, in *EP*, 2023, p. 1495 ss.

¹⁹ Parere 2/13, sopra citato, punto 174.

²⁰ V. ad esempio Corte giust. 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*, punto 59; 29 luglio 2019, C-469/17, *Funke Medien NRW*, punto 78; 29 luglio 2019, C-476/17, *Pelham e Haas*, punto 30.

²¹ *Euro Box Promotion e a.*, sopra citata, punto 247.

²² Corte giust. parere 14 dicembre 1991, 1/91, punto 21.

cordo internazionale, il Trattato CEE costituisce la carta costituzionale di una comunità di diritto e che le caratteristiche fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario così istituito sono, in particolare, la sua preminenza sui diritti degli Stati membri e l'efficacia diretta di tutta una serie di norme che si applicano ai cittadini di tali Stati nonché agli Stati stessi».

Ma, nonostante la centralità del principio del primato nell'ordinamento giuridico dell'Unione e la sostanziale accettazione dello stesso da parte di tutti gli Stati membri, esso non è sino ad ora mai stato incorporato nel testo dei Trattati, salvo quanto prevedeva il Trattato Costituzionale, mai entrato in vigore²³.

Con il Trattato di Lisbona si è scelta una via “intermedia” fra un pieno riconoscimento e il silenzio, allegando allo stesso la Dichiarazione n. 17 relativa al primato, adottata dalla Conferenza intergovernativa. Alla Dichiarazione è a sua volta annesso un parere del Servizio giuridico del Consiglio dell'Unione. Da questi documenti si ricavano, in sintesi, tre affermazioni estremamente significative: 1) il primato esiste; 2) esiste nei termini in cui è stato enunciato dalla Corte di giustizia nel 1964; 3) il fatto che non sia menzionato esplicitamente nel Trattato di Lisbona «non altera in alcun modo rispetto a quanto affermato dalla sentenza l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia». Pertanto, secondo il citato parere, «la situazione è a tutt'oggi immutata».

Se, da una parte, il contenuto della Dichiarazione è assolutamente chiaro, d'altra parte, la scelta dello strumento – giuridicamente non vincolante – rivela l'intenzione, non priva di ambiguità, degli Stati membri di riconoscere l'esistenza del principio, pur mantenendolo in una sorta di limbo giuridico. Tuttavia, pur non essendo di per sé vincolante, la Dichiarazione n. 17 ha un valore importante anche sul piano giuridico.

Va ricordato che, secondo l'art. 31, par. 2, lett. b), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, «ai fini dell'interpretazione di un trattato, il contesto comprende, oltre al testo, preambolo e allegati inclusi [...] ogni strumento posto in essere da una o più parti in occasione della conclusione del contratto e accettato dalle altre parti come strumento in connessione con il trattato». Le Dichiarazioni della conferenza intergovernativa annesse ai Trattati dell'Unione costituiscono dunque mezzi di interpretazione degli stessi e del diritto da essi derivato.

E in effetti è proprio questo l'uso che la Corte di giustizia fa della Di-

²³ Il Trattato costituzionale prevedeva, all'art. I-6, che «la Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri».

chiarazione, interpretando il Trattato di Lisbona e gli atti di diritto derivato alla luce della Dichiarazione n. 17 e dunque del principio del primato. E, appunto possiamo concludere, parafrasando la stessa Dichiarazione, che per la Corte, rispetto a quanto affermato dalla sentenza *Costa/ENEL*, la situazione rimane immutata.

La Corte in alcune sentenze recenti ha anche richiamato esplicitamente la Dichiarazione, per interpretare appunto il Trattato. Nella sentenza *Euro Box*²⁴, ha ribadito che in occasione dell'adozione del Trattato di Lisbona «la conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri ha tenuto a ricordare espressamente, nella sua dichiarazione n. 17 relativa al primato [...] che, per giurisprudenza costante della Corte, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza».

La sentenza *Euro Box*²⁵ dopo aver ricordato che le caratteristiche fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario sono la sua preminenza sui diritti degli Stati membri e l'efficacia diretta di tutta una serie di norme che si applicano ai cittadini nonché agli Stati stessi, ha precisato che «tali caratteristiche fondamentali [...] sono state [...] confermate dalla ratifica, senza riserve, dei Trattati che modificano il Trattato CEE». In questa sentenza la Corte, come aveva già fatto anche nelle sentenze *Asociația*²⁶, *RS*²⁷, *Commissione/Polonia*²⁸, ricava un ulteriore argomento, *a contrario*, per rafforzare il primato, dalla ratifica senza riserve dei Trattati istitutivi sia della Comunità che dell'Unione, e di tutti quelli che li hanno modificati.

Ma, in definitiva, la forza vincolante del primato continua a discendere, da un punto di vista giuridico, non dalla Dichiarazione n. 17, che pure riconosce ed illustra il principio in maniera chiara e compiuta, ma dal fatto che, secondo i Trattati, la giurisprudenza della Corte di giustizia vincola tanto le istituzioni dell'Unione, quanto gli Stati membri e tutti i loro organi.

²⁴ *Euro Box Promotion e a.*, sopra citata, punto 248.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Asociația «Forumul Judecătorilor din România» e a.*, sopra citata.

²⁷ Corte giust. 22 febbraio 2022, C-430/21, *RS* (Efficacia delle sentenze di una Corte costituzionale).

²⁸ Corte giust. 5 giugno 2023, C-204/21, *Commissione/Polonia* (Indipendenza e vita privata dei giudici).

4. *La relazione fra il primato ed altri principi fondamentali del diritto dell’Unione*

Come si è visto, la Corte ha dichiarato che il primato è parte di quella «rete strutturata di principi che è una delle caratteristiche essenziali dell’Unione»²⁹. Il primato, in effetti, può essere considerato un principio strutturale³⁰ fondamentale dell’ordinamento giuridico dell’Unione, al pari di quelli sulle competenze e di quelli, citati dagli artt. 4 e 5 TUE, relativi all’uguaglianza degli Stati membri davanti alla legge, al rispetto della loro identità nazionale, alla leale cooperazione fra Stati membri e UE e al riparto di competenze (attribuzione, sussidiarietà e proporzionalità). A differenza degli altri principi strutturali, tuttavia, il primato non è enunciato espressamente nei Trattati.

Benché concettualmente assai diversi fra loro, i principi strutturali presentano una connessione stretta e indissociabile, e vanno letti gli uni alla luce degli altri. Questa connessione risulta più chiara con il Trattato di Lisbona, in particolare alla luce dei diversi principi enunciati dai tre commi dell’art. 4 TUE.

In primo luogo, poiché l’art 4, par. 1, TUE riafferma, assieme a molte altre disposizioni dei Trattati, il principio di attribuzione, sicuramente il primato del diritto dell’Unione è limitato al campo di applicazione di quest’ultimo. A questo proposito va rilevato che il primato non è una “espropriazione di competenze”: esso si espande per effetto dell’azione del legislatore e come conseguenza dell’espansione materiale della legislazione dell’Unione, non per effetto della giurisprudenza della Corte di giustizia. Naturalmente, nella ripartizione di competenze fra Stati membri e Unione, situazioni di incertezza, che solo la Corte potrà chiarire, possono sempre sussistere, sia per effetto della *preemption* nelle aree di competenza concorrente, sia nell’esercizio del margine di discrezionalità che molti atti dell’Unione lasciano agli Stati membri, creando, per così dire in capo a questi ultimi una condizione di “semilibertà”.

In secondo luogo, l’art. 4, par. 2, TUE sancisce il principio di uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati. In effetti, l’Unione può garantire il rispetto di tale uguaglianza solo se gli Stati membri non possono far pre-

²⁹ V. *supra*, nota 17.

³⁰ In tal senso v. L. AZOULAI, *Structural Principles in EU Law: International and External*, in M. CREMONA (ed.), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Oxford-Portland, 2018, p. 31-45. Di opinione contraria è P. ELEFTHERADIS, *The Primacy of EU Law: Interpretive, not Structural*, in EP, 2023, p. 1255 ss.

valere, nei confronti dell'ordinamento giuridico dell'Unione, provvedimenti unilaterali. Il primato è lo strumento per garantire questa uguaglianza, e di conseguenza anche l'uguaglianza dei cittadini dell'Unione, attraverso l'uniforme applicazione delle regole comuni. Come ribadito dalla sentenza *Euro Box*³¹, «l'articolo 4, paragrafo 2, TUE prevede che l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri dinanzi ai Trattati. Orbene, l'Unione può rispettare tale uguaglianza solo se per gli Stati membri, in forza del principio del primato del diritto dell'Unione, è impossibile far prevalere nei confronti dell'ordinamento giuridico dell'Unione, un provvedimento unilaterale di qualsiasi genere».

In terzo luogo, il principio di leale cooperazione, contenuto, sino dalle origini, nel Trattato che istituiva la Comunità economica europea e oggi riaffermato dall'art. 4, par. 3, TUE,³² è stato da sempre collegato al principio del primato, in quanto il rispetto di quest'ultimo da parte degli Stati membri fa necessariamente parte dell'obbligo di leale cooperazione. Nella recente sentenza *YP e a*³³, la Corte ha ribadito che l'osservanza del primato è «necessaria per garantire il rispetto dell'uguaglianza degli Stati membri dinanzi ai Trattati e costituisce espressione del principio di leale cooperazione di cui all'articolo 4, paragrafo 3, TUE».

Quanto al coordinamento del primato con altri principi, va innanzitutto rilevato che si registra a volte in dottrina qualche confusione fra i principi del primato e degli effetti diretti. In realtà i due principi, benché si presentino non di rado collegati, vanno tenuti concettualmente distinti. Il primato è un concetto giuridicamente più ampio di quello degli effetti diretti e, anche se quest'ultimo è stato enunciato, dal punto di vista cronologico, prima del primato, in realtà costituisce una manifestazione dello stesso (e non viceversa)³⁴. Se l'effetto diretto comporta sempre il primato, non sempre il primato comporta un effetto diretto.

Il campo di applicazione dei due principi coincide infatti solo parzial-

³¹ *Euro Box Promotion e a.*, sopra citata, punto 249.

³² Su tale principio v. F. CASOLARI, *op. cit.*

³³ Corte giust. 13 luglio 2023, C-615/20 e C-671/20, *YP e a.* (Revoca dell'immunità di un giudice e sospensione dalle sue funzioni).

³⁴ V. ad esempio Corte giust. 8 marzo 2022, C-205/20, *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld* (Effetto diretto), punto 57, secondo cui «il principio del primato del diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che esso impone alle autorità nazionali l'obbligo di disapplicare una normativa nazionale, parte della quale è contraria al requisito di proporzionalità delle sanzioni previsto all'articolo 20 della direttiva 2014/67, nei soli limiti necessari per consentire l'irrogazione di sanzioni proporzionate».

mente, in quanto l'effetto diretto è solo uno dei tre corollari del primato. Come precisato dalla sentenza *Popławski I*³⁵, gli effetti diretti della norma dell'Unione sono il presupposto necessario per imporre ai giudici degli Stati membri di disapplicare la norma nazionale contrastante con quella dell'Unione. Ma, in virtù del primato, le norme europee non aventi effetto diretto comportano comunque l'obbligo di interpretazione conforme³⁶, quando possibile, o il risarcimento del danno causato dal mancato rispetto del diritto dell'Unione da parte delle autorità statali.

Inoltre, a maggior ragione, non si può confondere il principio del primato con quello dell'effetto utile. Quest'ultimo non è un principio strutturale dell'Unione, ma uno strumento interpretativo che la Corte di giustizia utilizza per interpretare in maniera estensiva le norme materiali del diritto dell'Unione, anche alla luce dell'intenzione dei legislatori europei, spesso in connessione con gli effetti diretti di tali norme. Anche se a volte l'applicazione dell'effetto utile di fatto può amplificare la portata del principio del primato, tale effetto certo non costituisce la giustificazione di quest'ultimo.

Infine, per quanto ovvio, deve ricordarsi che il principio del primato può essere utilizzato solo in relazione ad altre fonti del diritto dell'Unione. Anche se talvolta, come nella causa *Lin*³⁷, esso sembra comparire da solo, dalla lettura globale della sentenza si ricava che il principio è riferito ad una fonte giuridica definita, l'art. 325 TFUE.

In virtù dell'art. 6 TUE, che equipara il valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali a quello dei Trattati, il primato si estende alla Carta,

³⁵ Corte giust. 29 giugno 2017, C-579/15, *Popławski*.

³⁶ Corte giust. 5 ottobre 2004, C-397/01 e C-403/01, *Pfeiffer e a.*, punto 116. A questo proposito, se il diritto nazionale, mediante l'applicazione di metodi di interpretazione da esso riconosciuti, in determinate circostanze consente di interpretare una norma dell'ordinamento giuridico interno in modo tale da evitare un conflitto con un'altra norma di diritto interno o di ridurre a tale scopo la portata di quella norma applicandola solamente nella misura compatibile con l'altra, il giudice ha l'obbligo di utilizzare gli stessi metodi al fine di ottenere il risultato perseguito dalla direttiva.

³⁷ V. Corte giust. 24 luglio 2023, C-107/23 PPU, *Statul român*, punto 137 e dispositivo: «Da quanto precede risulta che il principio del primato del diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa o a una prassi nazionale in forza della quale gli organi giurisdizionali nazionali ordinari di uno Stato membro sono vincolati dalle decisioni della Corte costituzionale nonché da quelle dell'organo giurisdizionale supremo di tale Stato membro e non possono, per tale ragione e con il rischio che sorga la responsabilità disciplinare dei giudici interessati, disapplicare d'ufficio la giurisprudenza risultante da tali decisioni, anche se essi ritengono, alla luce di una sentenza della Corte, che tale giurisprudenza sia contraria a disposizioni del diritto dell'Unione aventi effetto diretto».

naturalmente nei limiti da essa stessa previsti agli artt. 51-53. Dato però che la Carta non può essere invocata da sola, si crea una relazione “triangolare” fra primato, Carta e disposizione materiale del diritto dell’Unione. Peraltro, come ricordato dalla stessa sentenza *Lin*, in una situazione in cui l’operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell’Unione, nell’attuazione di tale diritto resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, «a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l’unità e l’effettività del diritto dell’Unione»³⁸.

5. *Absolute primacy? La questione dei limiti al primato*

Basandosi sul fatto che la Corte ha più volte ribadito che, in forza del principio del primato, «il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale, quand’anche di rango costituzionale, non può pregiudicare l’unità e l’efficacia del diritto dell’Unione»³⁹, alcuni autori sostengono che essa voglia affermare un concetto di «*absolute primacy*»⁴⁰.

In realtà il primato non è assoluto nemmeno per la Corte, che ha riconosciuto diversi limiti al principio, creando in via giurisprudenziale degli strumenti per garantire flessibilità al principio di fronte a valori importanti per gli Stati membri.

Non si può dimenticare, innanzitutto, che, originariamente, nel silenzio dei Trattati, la stessa Corte ha dichiarato che la protezione dei diritti fondamentali potesse essere invocata dagli Stati membri per derogare alle norme comunitarie. La stessa Corte ha poi introdotto la categoria delle esigenze imperative, come ulteriori possibili deroghe a quelle previste dai trattati stessi. Ed infine la Corte ha spesso riconosciuto la possibilità di deroghe al primato anche per rispettare l’autonomia procedurale degli Stati membri⁴¹.

³⁸ *Statul român*, sopra citata, punto 110. V. anche Corte giust. 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*, punto 29; 5 dicembre 2017, C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, punto 47; *Euro Box Promotion e a.*, sopra citata, punto 211.

³⁹ V. ad esempio *Asociația «Forumul Judecătorilor din România» e a.*, sopra citata, punto 245 e giurisprudenza ivi citata; *W.Ż.* (Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche della Corte suprema – Nomina), sopra citata, punto 157; nonché *IS* (Illegittimità dell’ordinanza di rinvio), sopra citata, punto 79.

⁴⁰ Sul tema cfr. le diverse posizioni di A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty*, in *CMLR*, 2011, p. 1417 ss. e A. ARENA, *Sul carattere “assoluto” del primato del diritto dell’Unione europea*, in *SIE*, 2018, p. 320 ss.

⁴¹ Sul tema v. L. S. ROSSI, *Regole dell’Unione europea ed eccezioni nazionali: la questione*

Qual è il rapporto fra il primato e i c.d. “controlimiti” nazionali, enunciati a più riprese, anche se spesso solo in via teorica e “precauzionale”, dalle Corti costituzionali degli Stati membri? Per la Corte di giustizia i controlimiti “nazionali”⁴² sono esterni al sistema, almeno sino al momento in cui essa stessa, riconoscendoli come deroghe al diritto dell’Unione europea per così dire li “interiorizza”, trasformandoli in deroghe interne e consustanziali al sistema stesso⁴³.

In primo luogo, il limite del rispetto dei diritti fondamentali da parte degli atti dell’Unione, all’origine fonte di notevoli riserve da parte delle Corti costituzionali degli Stati membri, è divenuto oggi terreno di un confronto sempre più costruttivo. Con il Trattato di Lisbona, la Carta dei diritti fondamentali, che fra l’altro include riferimenti non solo alle tradizioni costituzionali comuni (concetto, come si è visto, autonomo) ma anche alle Costituzioni nazionali “nel loro campo di applicazione”, offre un terreno più chiaro e strutturato per un tale confronto.

Ciononostante, la valutazione dei controlimiti relativi alla protezione dei diritti fondamentali può a volte rivelarsi complessa e gli standard possono differire a livello nazionale e a livello europeo. Questo avviene soprattutto quando è in gioco non un singolo diritto, ma si tratta di bilanciare valori ugualmente degni di tutela, che si pongano in conflitto fra loro.

Inoltre, poiché nessuno dei diritti previsti dalla Carta, ad eccezione di quelli previsti dall’art. 4 della stessa⁴⁴, è assoluto, potendo subire deroghe ai sensi dell’artt. 52 e 53⁴⁵, il bilanciamento non è solo tra valori nazionali e va-

“identitaria”, in AA.VV., Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell’Unione europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali – Giornata di Studio della Corte costituzionale della Repubblica Italiana e della Corte di giustizia dell’Unione europea, 5 settembre 2022, cortecostituzionale.it/jsp/consulta/convegni/5_sett_2022/Giornata-Studio-Rossi.pdf

⁴² Parallelamente, anche la CEDU, in assenza di adesione da parte dell’Unione, rimane una “fonte di ispirazione” esterna, la cui rilevanza nell’ordinamento dell’Unione è dovuta all’art. 6, par. 3, TUE e alla Carta.

⁴³ L. S. ROSSI, *Droits fondamentaux*, cit.

⁴⁴ La proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (art. 4 della Carta dei diritti fondamentali) ha infatti valore assoluto. V. ad esempio Corte giust. 5 aprile 2016, C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi*, punti 85-86; 16 febbraio 2017, C-578/16 PPU, *C.K. e a.*, punto 59; 25 luglio 2018, C-220/18 PPU, *Generalstaatsanwaltschaft* (Condizioni di detenzione in Ungheria), punto 58.

⁴⁵ V., *ex multis*, Corte giust. 4 aprile 2019, C-558/17 P, *OZ/BEI*, punto 65; 29 luglio 2019, C-469/17, *Funke Medien NRW*, punto 72; 5 dicembre 2019, C-671/18, *Centraal Justitieel Incassobureau* (Ricognizione ed esecuzione delle sanzioni pecuniarie), punto 54; 19 dicembre 2019, C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe*, punto 44; 23 aprile 2020, C-507/18, *Associazione Av-*

lori europei ma anche tra valori interni alla Carta stessa. Si pensi ad esempio al diritto alla protezione dei dati personali, che può avere, nel bilanciamento, un diverso peso a seconda che si contrapponga alla libertà di impresa, come avvenuto nella sentenza *Google*⁴⁶ o alla sicurezza nazionale, come nel caso *La Quadrature du Net*⁴⁷. E proprio quest'ultima sentenza, e le reazioni che ha suscitato, mostrano come, in presenza di conflitti fra diritti o valori tutelati tanto dall'Unione che dagli Stati membri, quello che può differire è proprio il diverso peso da dare all'uno piuttosto che all'altro diritto o valore in gioco. In effetti se a volte è stato rimproverato alla Corte di giustizia di fissare standard più bassi di quelli di alcuni Stati membri⁴⁸, non sono mancati i casi in cui essa viene invece accusata di imporre agli Stati membri standard troppo alti, come è avvenuto, per fare qualche esempio, nelle sentenze *Mangold* sulla discriminazione in base all'età⁴⁹ o, appunto, *La Quadrature*⁵⁰.

Ai tradizionali controlimiti legati ai diritti fondamentali, si aggiunge, in secondo luogo, la c.d. "clausola identitaria", relativa al rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri da parte dell'Unione⁵¹, di cui all'art. 4, par. 2, TUE. Sempre più spesso, infatti, in nome della tutela di tale identità, le Corti costituzionali manifestano resistenze al primato del diritto dell'Unione e, di conseguenza, alla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia.

La Corte valuta molto attentamente la questione identitaria sollevata dagli Stati membri e talvolta ne ha riconosciuto il carattere derogatorio al primato, come ad esempio nelle sentenze *Ministrvo*⁵² (relativa ai turni di lavoro nell'esercito, con riferimento alla sicurezza nazionale) e *Boris Cilevič*⁵³

vocatura per i diritti LGBTI, punto 49; 24 settembre 2020, C-223/19, *YS* (Pensioni aziendali del personale dirigente), punto 91; 22 aprile 2021, C-572/18 P, *thyssenkrupp Electrical Steel e thyssenkrupp Electrical Steel Ugo/Commissione*, punto 44.

⁴⁶ Corte giust. 8 dicembre 2022, C-460/20, *Google* (Deindicizzazione di contenuti asseritamente inesatti).

⁴⁷ Corte giust. 6 ottobre 2020, C-511/18, C-512/18 e C-520/18, *La Quadrature du Net e a.*

⁴⁸ V. ad esempio *Melloni*, sopra citata.

⁴⁹ Corte giust. 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*.

⁵⁰ Il bilanciamento fra privacy e lotta alla criminalità effettuato dalla attuale giurisprudenza continua ad essere oggetto di dubbi. La Corte sarà nuovamente chiamata a pronunciarsi su tale bilanciamento nella causa, attualmente pendente in plenaria, C-470/21, *La Quadrature du Net e a.*

⁵¹ Sul tema v. G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, 2017.

⁵² Corte giust. 15 luglio 2021, C-742/19, *Ministrstvo za obrambo*.

⁵³ Corte giust. 7 settembre 2022, C-391/20, *Cilevičs e a.*

(in merito all’uso obbligatorio della lingua nazionale nelle scuole).

Nell’ottica dell’ordinamento dell’Unione, tuttavia, la clausola identitaria prevista dall’art. 4, par. 2, TUE non deve essere considerata in maniera isolata, ma va bilanciata con gli altri principi enunciati dallo stesso articolo, in particolare con l’uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati e il principio di leale cooperazione. Pertanto, da una lettura sistematica dell’art. 4 TUE⁵⁴ si ricava che l’applicazione di tale clausola rimane un’eccezione alla regola del primato, che è a sua volta legato a questi ultimi due principi.

E in questo gioco di regole ed eccezioni la Corte ha chiarito che nessuna deroga, nemmeno quella relativa alla clausola identitaria, può essere applicata unilateralmente dai giudici nazionali, quand’anche questi siano di rango costituzionale. Nella logica del primato, i valori degli Stati membri, se invocati come deroga alle norme UE, devono essere vagliati dalla Corte di giustizia.

Il metodo è stato indicato dalla sentenza RS⁵⁵: alle Corti costituzionali (e non alla Corte di giustizia) spetta identificare il contenuto della propria identità nazionale, ma solo la Corte di giustizia può riconoscere, caso per caso, a quest’ultima la possibilità di derogare alle regole comuni. Pertanto, qualora vogliano far valere la clausola identitaria per derogare a norme dell’Unione, le Corti costituzionali nazionali devono rinviare la questione alla Corte di Lussemburgo. Quest’ultima effettuerà un bilanciamento fra i diversi valori (nazionali e dell’Unione) in gioco, valutando anche la proporzionalità dell’eccezione invocata.

Tuttavia, rispetto al “classico” test di proporzionalità che da sempre compare nella giurisprudenza della Corte, sembra plausibile che, in caso venga invocata la clausola identitaria con riferimento a talune norme nazionali, la Corte eviti di esercitare un controllo sostanziale sull’obiettivo di interesse generale invocato, proprio perché la definizione del contenuto dell’identità di un singolo Stato non spetta alla Corte. Quello che quest’ultima però verificherà è la proporzionalità delle deroghe, attraverso il classico

⁵⁴ Sul tema v. L.S. ROSSI, 2, 4, 6 (TUE)...*l’interpretazione dell’“Identity clause” alla luce dei valori fondamentali dell’UE*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l’Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 859-87; Id., *Il valore giuridico dei valori. L’Articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell’UE e rimedi giurisdizionali*, in *federalismi.it*, 19/2020, p. IV-XXVI; Id., *Article 4 TEU on the Relationship between the EU and the Member States*, in P. HERZOG, C. CAMPBELL, G. ZAGEL (eds.), *Smit & Herzog on the Law of the European Union. A Commentary*, Release 35, July 2023.

⁵⁵ RS (Efficacia delle sentenze di una Corte costituzionale), sopra citata.

ragionamento in tre *steps*, valutando l'adeguatezza, la necessità, e la proporzionalità in senso stretto (intesa come non sostituibilità con una misura più lieve) della misura nazionale in relazione all'obiettivo invocato.

Un tale bilanciamento sarà fatto dalla Corte caso per caso, con una valutazione attenta dei valori in gioco sul piano generale e delle peculiarità del caso particolare. In tale ottica, effettuare il bilanciamento non significa semplicemente trovare un compromesso, ma piuttosto operare scelte di ordine costituzionale in un ordinamento composito, cercando di pervenire a soluzioni armoniose, che trovino il giusto equilibrio fra regole europee e istanze nazionali, fra uguaglianza degli Stati membri di fronte alla legge e valori legati all'identità nazionale. Queste scelte delicate, appunto di ordine costituzionale, contribuiranno, nel tempo a forgiare l'identità europea⁵⁶.

In sintesi, dunque, da una parte, il primato non è assoluto, in quanto ammette deroghe, e l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione non è né meccanica ed inflessibile, né impermeabile ai valori "esterni" all'ordinamento dell'Unione. Ma, d'altra parte, nemmeno i controlimiti e la clausola identitaria possono essere considerati come assoluti e la possibilità di derogare alle regole comuni ed al primato, in nome della protezione dei valori nazionali, va valutata, caso per caso, nel dialogo fra le Corti.

6. *Il primato è un principio condiviso? L'importanza di un "dialogo strutturato" fra le Corti*

In generale, il primato è una regola quotidianamente condivisa, rispettata e supportata dagli Stati membri e dalle loro giurisdizioni. Tuttavia, non sono mancati casi in cui le Corti costituzionali di alcuni Stati abbiano manifestato critiche e riserve sul principio, o addirittura accusato la Corte di giustizia di aver agito al di là delle proprie competenze (*ultra vires*)⁵⁷.

Il dissenso, peraltro non di rado solo come un *caveat* astratto e senza conseguenze sul caso concreto, non ha mai portato ad una negazione radicale del primato, concentrandosi su aspetti specifici ritenuti particolarmente sensibili per l'ordinamento nazionale. Va però rilevato che, con tempi più o meno lunghi, ciascuna di queste "crisi" ha infine trovato soluzione con il

⁵⁶ L'identità europea è stata recentemente menzionata in alcune sentenze della Corte giust. 16 febbraio 2022, C-156/21, *Ungheria/Parlamento e Consiglio*, punto 232 e 16 febbraio 2022, C-157/21, *Polonia/Parlamento e Consiglio*, punto 264.

⁵⁷ Per un elenco delle sentenze più critiche delle Corti costituzionali v. L. S. ROSSI, C. TOVO, *op. cit.*

riconoscimento del principio del primato.

Certo, bisogna riconoscere che nel silenzio (ambiguo) dei Trattati, persiste un’antinomia concettuale quanto ai fondamenti ultimi del principio, dato che le Corti costituzionali fanno leva sul carattere “derivato” dell’ordinamento dell’Unione mentre la Corte di giustizia afferma l’autonomia di quest’ultimo. Per questa ragione si ha talvolta la sensazione che la Corte dell’Unione e le Corti delle Costituzioni nazionali, ciascuna tutelando i principi fondamentali dell’ordinamento cui appartengono, continuano a procedere, per quanto riguarda il principio del primato e i controlimiti, su binari che, pur divergendo solo sporadicamente, rimangono paralleli⁵⁸. E sicuramente, la progressiva crescita in senso costituzionale dell’ordinamento dell’Unione, attraverso un percorso evolutivo dalle libertà ai diritti e dai diritti ai valori, ha creato apprensioni e tensioni a livello delle Corti costituzionali.

Queste tensioni sono particolarmente forti quando oggetto della contestazione non è il primato di una singola norma del diritto dell’Unione, ma i principi fondamentali dello stesso. Se infatti la Corte di giustizia mantiene un approccio dialogante e aperto quando si tratti di derogare al primato in nome di diritti fondamentali, essa è meno portata ad accettare le posizioni degli Stati membri quando si tratta di conflitti sui valori fondamentali e fondativi dell’art. 2 TUE, in particolare sullo Stato di diritto⁵⁹ e sull’indipendenza dei giudici nazionali. Particolarmente insidioso è il tentativo di alcune Corti costituzionali di paralizzare il dialogo fra Corte di giustizia e giudici nazionali di ogni grado, dialogo alla base del meccanismo del rinvio pregiudiziale, che è essenziale per assicurare l’uniforme applicazione del diritto.

La Corte di giustizia ha preso una posizione molto netta sul tema con le citate sentenze *Euro Box*, *Asociația* e *RS*. E in quest’ultima sentenza ha anche risposto all’accusa di agire *ultra vires*, formulando un concetto di estrema forza: la Corte di giustizia detiene una competenza esclusiva a fornire l’interpretazione definitiva del diritto dell’Unione, e quest’ultimo include il principio di attribuzione. Perciò, «la Corte costituzionale di uno Stato membro non può, sulla base della propria interpretazione di disposizioni del diritto dell’Unione [...] legittimamente dichiarare che la Corte di giustizia ha pronunciato una sentenza che viola la sua sfera di competenza e, pertanto, rifiutare di ottemperare a una sentenza pronunciata in via pregiudiziale

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Nella lunga saga delle “sentenze polacche”, v. da ultimo Corte giust. ord. 21 aprile 2023, C-204/21 RRAP, *Commissione/Polonia* (Indipendenza e vita privata dei giudici).

dalla Corte di giustizia»⁶⁰.

Quando poi dal piano teorico si passa a quello pratico, il primato non è certo un principio “disarmato”. In presenza di conflitti effettivi fra ordinamenti nazionali e ordinamento dell’Unione, quest’ultimo dispone di mezzi diretti (le azioni di infrazione) e indiretti (la vigilanza diffusa dei giudici nazionali, e gli strumenti dell’interpretazione conforme, della disapplicazione e del risarcimento del danno) per garantire il rispetto del principio del primato da parte delle autorità nazionali.

Tuttavia, in una comunità di diritto, tale principio deve privilegiare il dialogo fra le Corti. La dialettica fra le Corti costituzionali degli Stati membri e la Corte di giustizia è fisiologica e salutare, perché contribuisce ad una progressiva costituzionalizzazione dell’ordinamento giuridico dell’Unione, permettendo a quest’ultimo di incorporare valori e principi fondamentali provenienti dalle Costituzioni degli Stati membri.

Le Corti costituzionali, se talvolta sembrano “gelose” del dialogo diretto con i giudici del proprio Paese e la Corte di giustizia, hanno capito l’importanza di entrare esse stesse, sempre più direttamente, in quel dialogo quando si tratti di valori fondamentali.

Un esempio virtuoso di tale dialogo con la Corte di giustizia è quello che si è svolto fra la Corte costituzionale italiana⁶¹, a partire dalla saga *Taricco – M.A.S. e M.B.*⁶², sino alle recenti sentenze sul mandato d’arresto europeo *E.D.L.*⁶³ e *O.G.*⁶⁴. La Corte italiana mostra una competenza e sensibilità spiccata nel trattare le questioni attinenti al diritto dell’Unione.

Merita in particolare ricordare le cause *OD*⁶⁵ e *INPS*⁶⁶. Nella prima causa, relativa al c.d. “bonus bebé” la Consulta, con ordinanza 182/2020 ha rinviato alla Corte di giustizia, sottolineando la necessità di privilegiare il

⁶⁰ RS (Efficacia delle sentenze di una Corte costituzionale), sopra citata, punto 72.

⁶¹ S. SCIARRA, *First and Last Word: Can Constitutional Courts and the Court of Justice of the EU Speak Common Words?*, in *EJ*, 2022, p. 67-78.

⁶² Corte giust. 8 settembre 2015, C-105/14, *Taricco e a. e M.A.S. e M.B.*, sopra citata.

⁶³ Corte giust. 18 aprile 2023, C-699/21, *E. D. L.* (Motivo di rifiuto fondato sulla malattia).

⁶⁴ Corte giust. 6 giugno 2023, C-700/21, *O. G.* (Mandato d’arresto europeo nei confronti di un cittadino di un paese terzo).

⁶⁵ Corte giust. 2 settembre 2021, C-350/20, *INPS (Assegni di natalità e di maternità per i titolari di permesso unico)*, poi recepita dalla Corte costituzionale con sent. 11 gennaio 2022, n. 54.

⁶⁶ Corte giust. 25 novembre 2020, C-302/19, *Istituto nazionale della previdenza sociale (Prestazioni familiari per i titolari di un permesso unico)* e, in stessa data, C-303/19, *Istituto nazionale della previdenza sociale (Prestazioni familiari per i soggiornanti di lungo periodo)*.

dialogo con quest’ultima, in un’ottica di “mutua e feconda integrazione”. A sua volta, la Corte di giustizia, nella sua sentenza *OD*⁶⁷, ha precisato che le questioni sollevate da una Corte costituzionale godono di una presunzione di rilevanza. Nella seconda causa, la Corte di cassazione aveva rinviato alla Consulta e alla Corte di giustizia due questioni parallele, relative ad una legge che escludeva da prestazione di sicurezza sociale i familiari di titolari di permesso unico di lavoro e soggiorno che non risiedono nell’Unione, a differenza dei familiari che invece vi risiedono. Prendendo atto della sentenza della Corte di giustizia che riscontrava una violazione della direttiva 2011/98, la Corte costituzionale nella sentenza 67/2022 ha sottolineato che il primato del diritto dell’Unione è «l’architrave» di tutto il sistema e che il rinvio di costituzionalità e quello pregiudiziale non sono alternativi, ma confluiscono in un sistema di «tutele sempre più integrate».

Nelle due sentenze sul mandato d’arresto europeo *O. G.*⁶⁸ e *E. D. L.*⁶⁹, il dialogo tra le due Corti ha permesso di incorporare nell’ordinamento dell’Unione valori propri della Costituzione italiana, interpretando in maniera più garantista le norme sul mandato d’arresto europeo. La Corte italiana, dal canto suo, ha mostrato grande equilibrio nel gestire le aperture fatte alla Corte di giustizia con le sue sentenze⁷⁰. Si tratta dunque veramente, per usare l’espressione della Corte costituzionale, di una «mutua e feconda integrazione»⁷¹.

È necessario, come sostengono alcuni, dare al dialogo fra Corti una veste istituzionale? Diverse soluzioni in tal senso sono state prospettate in dottrina⁷², alcune delle quali piuttosto bizzarre, come quella di un rinvio

⁶⁷ *INPS* (Assegni di natalità e di maternità per i titolari di permesso unico), sopra citata.

⁶⁸ *O. G.* (Mandato d’arresto europeo nei confronti di un cittadino di un paese terzo), sopra citata.

⁶⁹ *E. D. L.* (Motivo di rifiuto fondato sulla malattia), sopra citata.

⁷⁰ V. in particolare, Corte cost. sent. 6 luglio 2023, n. 178 e sent. 17 luglio 2023, n. 177 del 2023.

⁷¹ V. Corte cost. ord. 8 luglio 2020, n. 182.

⁷² Un recente rapporto franco-tedesco, di impronta più politologica che giuridica, ha recentemente proposto una Joint Chamber puramente consultiva di non meglio precisata composizione. V. *Sailing on High Seas: Reforming and Enlarging the EU for the 21st Century. Report of the franco-german working group on the EU institutional reform*, Paris-Berlin, 18 September 2023, auswaertiges-amt.de/blob/2617206/4d0e0010ffcd8c0079e21329bbbb3332/230919-rfaa-deu-fra-bericht-data.pdf. Più chiare le proposte di J. WEILER, D. SARMIENTO, *The EU Judiciary After Weiss. Proposing A New Mixed Chamber of the Court of Justice*, in *verfassungsblog.de*, 2 June 2020 e *The Comeback of the Mixed Chamber. Institutional reform and competence creep in an enlarged Union*, *ivi*, 2 October 2023.

obbligatorio dalla Corte di giustizia alle Corti costituzionali in caso il diritto dell'Unione contrasti con le Costituzioni nazionali⁷³. A me sembra che, queste soluzioni, peraltro non di facile attuazione considerando i metodi di lavoro interni della Corte di giustizia, più che un dialogo provocherebbero un “confronto muscolare”, con la Corte di giustizia “sul banco degli imputati”, e rischierebbero di aumentare, anziché diminuire la conflittualità fra le Corti.

Il problema, infatti, più che giuridico o istituzionale, è “culturale”, nel senso che può essere risolto solo sulla base della comprensione e fiducia reciproche. L'aggettivo “comunitario” è scomparso dai Trattati, ma lo spirito comunitario è tuttora il presupposto per il funzionamento di un ordinamento basato sulla leale cooperazione, la solidarietà e, l'accettazione di regole uguali per tutti.

Molto più utile sarebbe a mio avviso costruire quello che potremmo definire un “*dialogo strutturato*”, incrementando la frequenza di quegli incontri bilaterali informali, focalizzati su temi specifici di reciproco interesse, che già la Corte organizza, quasi ogni mese, assieme alle singole Corti supreme o costituzionali dei diversi Stati membri⁷⁴. Questi incontri bilaterali, svolti al di fuori di un contenzioso, aiutano, da un lato, la Corte a meglio comprendere i problemi specifici del singolo ordinamento giuridico nazionale e, dall'altro, le Corti costituzionali o supreme a capire la natura di regola di coesione del primato e la necessità per la Corte di mantenere l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione, evitando che quest'ultimo si frammenti in molteplici sottosistemi nazionali discordanti.

In conclusione, la crescente riflessione fatta dalla Corte di giustizia sui valori fondamentali dell'Unione, come esplorazione di limiti al contempo “esterni” ed “interni” all'ordinamento della stessa è anche una riflessione sul primato e sulla possibilità di derogarvi. Infatti, se il primato pone confini giuridici rigidi agli Stati membri quando questi ultimi vogliono far valere i propri interessi, i confini possono diventare meno rigidi e la barriera del primato più cedevole quando gli Stati invocano valori fondamentali. Un confine più “poroso” può facilitare l'osmosi fra valori degli Stati membri e dell'Unione, in tal modo non pregiudicando, ma anzi migliorando quella stessa coesione che il principio del primato mira ad assicurare.

E in definitiva, qual è l'alternativa al primato? Se gli Stati membri non

⁷³ C. GRABENWARTER, P.M. HIBER, R. KNEZ, I. ZIEMELE, *The role of the Constitutional Courts in the European Judicial Network*, in *EPL*, 2021, p. 43 ss.

⁷⁴ In aggiunta al Forum dei magistrati annuale, che è aperto ai giudici di tutti gli Stati e membri e ha carattere più simile ad un convegno.

di rado percepiscono il principio del primato come una “incursione” nelle proprie competenze, dovrebbero chiedersi se, in mancanza del primato, sarebbero disposti ad accettare deroghe unilaterali, da parte degli *altri* Stati membri, al sistema di regole comuni.

Abstract (ita)

Dopo 60 anni da *Costa/ENEL*, il primato del diritto dell'Unione è un principio che solleva ancora critiche e discussioni. Il presente articolo cerca di chiarire alcuni malintesi e propone di considerarlo come un principio di coesione piuttosto che un principio gerarchico in senso stretto.

Abstract (eng)

After 60 years from *Costa v ENEL*, the principle of primacy of EU Law still raises doubts and critics. This article aims to clarify some misunderstandings and proposes to consider primacy as a principle of cohesion rather than of strict hierarchy.

I VALORI DELL'UNIONE: UNA VISIONE PROSPETTICA

Francesco Munari*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Sovranità condivisa e diritti individuali in *Van Gend en Loos*. – 3. I valori fondamentali condivisi: la c.d. “legge del pendolo” e gli strumenti previsti nell’ordinamento dell’Unione per garantirne la tutela. – 4. “Pluralità istituzionale” e utilizzo dei valori in una prospettiva europea. – 5. La lotta al cambiamento climatico e i valori dell’Unione. – 6. I valori dell’Unione alla prova delle migrazioni. – 7. Valori e Unione monetaria. – 8. Conclusioni.

1. *Considerazioni introduttive*

Ringrazio innanzitutto gli organizzatori del Convegno e il Direttivo dell’Associazione per avermi onorato dell’invito e per il piacere di essere qui con tutti voi.

Quando stavo cercando di prepararmi la relazione sugli argomenti di questa sessione, tanto più considerando anche le persone così autorevoli con cui condivido questo spazio, mi sono chiesto quale riflessione avrei potuto sviluppare in questa occasione, ovvero quale messaggio avrei quindi potuto proporre.

E alla fine ho pensato che in questa fase dell’evoluzione dell’Unione, una riflessione sui valori comuni e sulle identità nazionali potesse anche includere un momento di prospettiva futura, beninteso basato su elementi di natura ordinamentale e, se posso, “costituzionale”, che possiamo ripercorrere a grandissime linee, visto il tempo riservatoci e la competenza di chi mi ascolta.

Il motivo per il quale ritengo opportuno avviare questa riflessione prospettica è dato dai grandi cambiamenti che stiamo vivendo in ambiti cruciali per l’umanità, e per i singoli. Si tratta di fenomeni aventi origine largamente esterna all’Unione, e nondimeno decisamente importanti per il presente e il futuro, suo e di ciascuno di noi: *in primo luogo*, ma non per ordine di impor-

*Professore ordinario di diritto dell’Unione europea presso l’Università di Genova – Partner Deloitte Legal. Ringrazio vivamente la Prof.ssa Chiara Cellerino per spunti e commenti su versioni precedenti del lavoro, e il Dott. Mario Barbano per l’aiuto nella predisposizione delle note. Errori ed omissioni sono ovviamente imputabili in via esclusiva al sottoscritto.

tanza, i mutamenti degli assetti geopolitici, talora anche tragici come l'aggressione russa all'Ucraina, il riposizionamento della Cina e gli effetti dello stesso anche rispetto alle relazioni esistenti in passato tra i Paesi europei e la prima, a tacere delle possibili variazioni nei rapporti euro-atlantici che potrebbero aver luogo all'esito delle prossime elezioni presidenziali negli Stati Uniti. *In secondo luogo*, il cambiamento climatico e le iniziative straordinarie che, per alcuni decenni, dovremo porre in essere per provare a contrastarne o mitigarne gli effetti. *In terzo luogo*, le dinamiche molto forti provenienti da altri quadranti mondiali, in particolare l'Africa, con le sue enormi implicazioni sulle persone coinvolte. *In quarto luogo*, la combinazione tra evoluzione tecnologica, *big data*, e avvento di strumenti rivoluzionari, come l'intelligenza artificiale, le cui implicazioni ultime sono tuttora non compiutamente prevedibili, ma impongono già oggi urgenti riflessioni in tema di approntamento di risposte valoriali e normative necessarie a impedire trasformazioni nella nostra società irreversibili o peggio indesiderabili. Si tratta di fenomeni tra loro evidentemente molto intrecciati, ma rispetto ai quali occorrono risposte differenti e molto articolate, a loro volta rispondenti a svariati ambiti dell'ordinamento dell'Unione, e quindi anche a competenze che i Trattati attribuiscono all'Unione in modo significativamente diverso. E questo, com'è noto, costituisce un problema di non agevole soluzione *de jure condito*.

Rispetto a tali cambiamenti, e alla necessità di affrontarli, proverò quindi a fornire un contributo su quanto possa aiutare un ragionamento sui valori. L'obiettivo è cercare di comprendere se essi siano in grado di indirizzare alcune soluzioni, ovvero consentano di percorrerle quale "base giuridica" per iniziative dell'Unione nell'interesse appunto della salvaguardia degli stessi valori, e forse di fondamentali questioni concernenti il nostro futuro.

2. *Sovranità condivisa e diritti individuali in Van Gend en Loos*

La riflessione che vorrei provare a impostare muove dall'intuizione felicissima che la Corte di giustizia ebbe nella sentenza *Van Gend en Loos*¹, secondo cui, com'è noto, l'Unione (allora per vero la Comunità economica europea) «costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani»².

¹ Corte giust. 5 febbraio 1963, 26/62, *Van Gend en Loos*.

² Il portato di questa sentenza è notoriamente sterminato, al netto delle modeste indicazioni ulteriori che proverò a fornire nel prosieguo. Per un'analisi "costituzionale" dell'impat-

Ma in funzione di quale obiettivo gli Stati hanno rinunciato alla sovranità, allora in settori limitati, e oggi assai più ampi? *Van Gend en Loos* è molto chiara al riguardo, e precisa che questa rinuncia è strumentale a far riconoscere non solo gli Stati membri, ma anche i «loro cittadini» da parte dell'ordinamento giuridico di cui trattasi³. E cioè, evidentemente, il fine è quello di riconoscere l'esistenza di diritti soggettivi individuali ai cittadini UE direttamente scaturenti da tale ordinamento, e anzi accertarne la loro presenza.

È a partire da qui, e cioè dall'origine della Comunità economica europea, che possiamo quindi assumere come un dato la circostanza secondo cui la rinuncia alla sovranità degli Stati è correlata alla tutela delle posizioni giuridiche riferibili agli individui. Questo principio fu in allora formulato relativamente a una fattispecie ben determinata, e a una teorica centrale nella nostra materia, e cioè quella dell'effetto diretto. Tuttavia, dopo sessant'anni esso si colora di una capacità prospettica molto potente, e se vogliamo assai più attuale e rilevante⁴: segnatamente, possiamo dire che la rinuncia alla sovranità degli Stati membri a favore dell'Unione costituisce – e non da oggi, ma soprattutto oggi – lo strumento attraverso il quale garantire il godimento di diritti dei cittadini europei, perché di fronte alle sfide e ai fenomeni che abbiamo accennato nell'*incipit* di questa relazione, non vi è Stato membro che, da solo, possa seriamente pensare di fare alcunché per i suoi cittadini, al di fuori e indipendentemente dall'Unione. Certo, resta sempre la teorica possibilità di recesso, ma a distanza di pochi anni Brexit conferma l'esattezza di quanto appena affermato, e cioè che, fuori dall'Unione, lo standard dei diritti disponibili per i cittadini europei tende a diminuire⁵.

to di questa sentenza, e in aggiunta ai riferimenti a lavori più recenti svolti in appresso, cfr. B. CORTESE, *L'ordinamento dell'Unione europea, tra autocostruzione, collaborazione e autonomia*, Torino, 2018, spec. p. 18 ss.

³ Così le parole della Corte: «ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini».

⁴ La valorizzazione dei primissimi *grands arrêts* della Corte, come *Van Gend en Loos*, ma anche *Costa/ENEL* (Corte giust. 15 luglio 1964, 6/64, *Costa/ENEL*), in chiave di dare fondamento e continuità alle ben più attuali e complesse sfide sui valori fondanti l'Unione è sottolineata anche da S. SCIARRA, *First and Last Word: Can Constitutional Courts and the Court of Justice of the EU Speak Common Words?*, in G. CONTALDI, R. CISOTTA (a cura di), *Courts, Values and European Identity*, in *EJ*, n. speciale, 2022, p. 69-74.

⁵ Benché sia difficile fornire stime prospettiche, i dati della crescita del PIL britannico nel periodo 1997-2023 (v. www.statista.com/statistics/1175538/monthly-gdp-uk/) evidenziano, anche al netto della pandemia, un deciso rallentamento dell'economia post Brexit. Altre fonti governative britanniche ormai non sembrano avere esitazioni che, anche nel lungo

Con un *caveat* che tengo fin d'ora a sottolineare, necessariamente solo a mo' di slogan, e cioè che, nella prospettiva della tutela del benessere dei cittadini, e quindi della previsione di diritti di cui essi possano effettivamente godere, appare fondamentale abbandonare la prospettiva meramente "individuale", a favore di una più matura riflessione sulla costruzione di diritti collettivi, senza la quale è impossibile ragionare seriamente di futuro dell'Europa e non solo⁶. La sfida dei cambiamenti climatici – e le profonde mutazioni che sono imposte a tutti per provare a limitare l'aumento delle temperature del Pianeta – appare emblematica al riguardo.

Detto questo, oggi è possibile leggere quel passaggio come uno strumento potentissimo di integrazione, grazie alla circostanza secondo cui, nei successivi sessant'anni, altri fondamentali contributi – e non solo ad opera della giurisprudenza della Corte – hanno dato corpo a quell'intuizione, e possono oggi essere legittimamente utilizzati a fondare un ragionamento alquanto più articolato. E vi chiedo davvero di scusarmi, se, per motivi di spazio, la ricostruzione che sto per proporre sembrerà, come temo, alquanto sincopata.

3. *I valori fondamentali condivisi: la c.d. "legge del pendolo" e gli strumenti previsti nell'ordinamento dell'Unione per garantirne la tutela*

In particolare, posto il sinallagma della rinuncia alla sovranità in cambio di diritti per i cittadini dell'Unione, il passaggio successivo da compiere

periodo, Brexit determinerà una minore crescita dell'economia rispetto allo scenario in cui il Regno Unito sarebbe rimasto nella UE (obr.uk/forecasts-in-depth/the-economy-forecast/brexit-analysis/#assumptions). Per quanto improprio, tuttora il PIL appare l'indicatore del benessere di un'economia più accreditato, ed è nota la relazione diretta tra reddito e benessere, e tra benessere e possibilità di esercitare diritti.

⁶ Questa impostazione è ben più ampiamente articolata in F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell'ambiente*, Bologna, 2012, spec. p. 136 ss., cui si rinvia, ma emblematiche appaiono anche le conclusioni cui giunge la Corte nella sentenza 22 dicembre 2022, C-61/21, *JP/Ministre de la Transition écologique e Premier ministre*, in cui si esclude che le norme dell'Unione sulla qualità dell'aria (e a mio avviso, in generale, sull'ambiente) siano idonee a conferire diritti individuali, essendo invece portatrici di «un obiettivo generale di protezione della salute umana e dell'ambiente nel suo complesso» (punto 55). Sicché esse «non contengono alcuna attribuzione esplicita di diritti ai singoli a tale titolo, gli obblighi previsti da tali disposizioni, nell'obiettivo generale summenzionato, non consentono di ritenere che, nel caso di specie, a singoli o a categorie di singoli siano stati implicitamente conferiti, in forza di tali obblighi, diritti individuali la cui violazione possa far sorgere la responsabilità di uno Stato membro per danni causati ai singoli» (punto 56).

riguarda l'identificazione di questi diritti, e il loro rapporto coi diritti già riconosciuti all'interno degli Stati membri.

Qui è evidentemente centrale il tema dei limiti e dei controlimiti, e oggi dei valori scolpiti nell'art. 2 TUE e nelle altre disposizioni di impatto "costituzionale" contenute nei Trattati. E al riguardo giovano alcune importanti precisazioni, necessarie anche nel quadro di questa disamina super-accelerata.

Innanzitutto, va sottolineato il fatto che, negli anni, il nucleo del ragionamento si è spostato⁷. Inizialmente, il tema è dato dalla preoccupazione che l'allora Comunità europea, e lo sviluppo del suo ordinamento alla luce degli effetti dell'allora diritto CEE scaturenti negli ordinamenti nazionali, potesse minacciare i diritti fondamentali garantiti a livello di Stati membri (ovvero a livello di CEDU), dei quali sono custodi, primariamente, le corti costituzionali nazionali. Al riguardo, e salve più approfondite disamine di ordine comparatistico⁸, vanno soprattutto ricordati i contributi espressi dalla nostra Corte Costituzionale nella fondamentale sentenza *Frontini*⁹, mentre altrettanta attenzione merita il *Bundesverfassungsgericht* (BVG), il quale elabora la propria teorica dei controlimiti nelle altrettanto famose sentenze *Solange I* e *Solange II*¹⁰, salvo di fatto non cessare mai di "incalzare" la Corte di giustizia sui principi fondamentali del proprio ordinamento, a partire dal *Maastricht-Urteil*¹¹, al *Lissabon-Urteil*¹², e per finire alle più dialettiche forme di dialogo tra le due Corti in materia di Unione monetaria e poteri della BCE (le "saghe" *Gauweiler* e *Weiss*¹³), di cui diremo ancora qualcosa in prosieguo.

In una seconda fase, al principio secondo cui i diritti fondamentali degli individui restavano tutelati a livello nazionale, comincia ad affiancarsi una tutela degli stessi anche a livello (allora) comunitario e quindi dell'Unione, dapprima grazie sempre alla Corte di giustizia e alla sua giurisprudenza che

⁷ In tema, v. anche M. POIARES MADURO, *Questionnaire Topic I: Mutual Trust, Mutual Recognition and the Rule of Law*, in A. KORNEZOV (ed.), *Mutual Trust, Mutual Recognition and the Rule of Law. The XXX FIDE Congress in Sofia*, Sofia, vol. 1, 2023, p. 2-3.

⁸ V. da ultimo l'efficace rassegna di J. ZILLER, *Dialogo, confronto o contrapposizione tra Corti?*, in G. CONTALDI, R. CISOTTA (a cura di), *op. cit.*, p. 43 ss.

⁹ Corte cost. sent. 18 dicembre 1973, n. 183.

¹⁰ BVerfGE sent. 29 maggio 1974, *Solange I*, 37, 271, 2 BvL 52/71; BVerfGE sent. 22 ottobre 1986, *Solange II*, 73, 339, 2 BvR 197/83.

¹¹ BVerfGE sent. 31 marzo 1998, *Maastricht*, 89, 155, 2 BvR 2134/92.

¹² BVerfGE sent. 30 giugno 2009, *Lissabon*, 2 BvE 2/08.

¹³ Corte giust. 16 giugno 2015, C-62/14, *Gauweiler e a.*; 11 dicembre 2018, C-493/17, *Weiss e a.*

incorpora i diritti fondamentali dell'individuo, soprattutto quali risultanti dalle tradizioni comuni degli Stati membri, all'interno dei principi generali di diritto (comunitario)¹⁴, quindi con la codificazione di questa giurisprudenza nell'attuale art. 6, par. 3, TUE, e finalmente con la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, formalmente introdotta nelle fonti primarie del diritto UE col Trattato di Lisbona.

In una terza fase, che è quella attuale, il pendolo si sposta decisamente verso l'ordinamento dell'Unione, i cui valori costituiscono oggi il principale *Gatekeeper* per garantire i diritti fondamentali delle persone e lo Stato di diritto a livello degli Stati membri¹⁵. Anzi, e com'è noto, proprio questi sono i profili probabilmente più attuali e di maggiore interesse nella dottrina e nella stessa giurisprudenza della Corte¹⁶, a fronte di un fenomeno poco prevedibile fino a qualche anno fa, e cioè una contrapposizione tra quest'ultima e le Corti supreme di taluni Stati membri, che in sostanza provano a contestare in radice il primato del diritto UE e in generale la prevalenza dei valori su cui si fonda l'Unione rispetto a quelli "costituzionali" interni¹⁷. Al di là di queste situazioni che appaiono patologiche, e speriamo siano anche transitorie, non sembra affatto stupefacente che oggi sia "naturale" guardare innanzitutto alla dimensione dell'Unione – e non più a quella nazionale – nella disamina dei valori in cui si riconoscono i popoli europei, considerato che, rispetto alle Comunità dei tempi di *Van Gend en Loos*, le competenze dell'Unione si sono enormemente accresciute e così l'interdipendenza tra gli ordinamenti nazionali e tra essi e quello UE. In tal senso, di pari passo, anche il trasferimento di sovranità progredisce e si accentua costantemente, e con esso la necessità di irrobustire quei valori che, pur essendo a rigore già comuni *ab origine*, come presupposto stesso dell'adesione all'Unione¹⁸,

¹⁴ V. Corte giust. 17 dicembre 1970, 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH*.

¹⁵ Diverso ovviamente è il discorso concernente la tutela individuale dei diritti fondamentali a livello UE, che opera nei limiti di applicazione della Carta, e rispetto ad essi rimane chiaramente centrale il ruolo delle corti costituzionali; viceversa, la tutela dello Stato di diritto e degli altri valori ha natura sistematica o se vogliamo orizzontale, ma richiede poi l'aggancio con altre disposizioni dei Trattati (v. art. 19 TUE) per essere applicata al di fuori della procedura *ex art. 7 TUE*.

¹⁶ In argomento – e soprattutto sul valore dello Stato di diritto, v. l'ampia disamina offerta recentemente da A. CIRCOLO, *Il valore dello Stato di diritto nell'Unione europea. Violazioni sistemiche e soluzioni di tutela*, Napoli, 2023, anche per riferimenti.

¹⁷ Cfr. Trybunał Konstytucyjny (Corte costituzionale polacca) sent. 7 ottobre 2021, K 3/21; Curtea Constituțională (Corte costituzionale romena) sent. 8 giugno 2021, n. 390/2021, nonché le precedenti note 7 e 8.

¹⁸ Ai sensi del combinato disposto degli articoli 2 e 49 TUE.

oggi richiedono un particolare sforzo sia di fortificazione, sia di più precisa perimetrazione.

In questa più attuale prospettiva, va enfatizzato che, nella tutela dei valori, l'arsenale a disposizione dell'Unione appare ragguardevole. In disparte dalla possibile "opzione nucleare" di cui all'art. 7 TUE, che sappiamo incontra limiti applicativi tuttora rilevanti¹⁹, molti altri sono gli strumenti ormai diremmo normalmente utilizzati al fine della preservazione dei valori e dei diritti fondamentali: il rinvio pregiudiziale, e al riguardo basti pensare alla sentenza relativa ai *Giudici portoghesi*²⁰ o al caso *Repubblika*²¹; la procedura di infrazione, che ormai da qualche anno viene utilizzata dalla Commissione – e soprattutto viene fortemente legittimata dalla Corte – a protezione di valori tradizionalmente "costituzionali", come l'indipendenza dei giudici²², così come di altri valori altrettanto e assolutamente primari, come la protezione dell'ambiente²³, rispetto ad aggressioni di questi valori da parte degli Stati membri, o meglio, di alcuni di essi²⁴. Il tutto, si badi, anche utilizzando rimedi cautelari²⁵.

¹⁹ Tali limiti, del resto, sono ben evidenziati nelle sentenze Corte giust. 16 febbraio 2022, C-156/21, *Ungheria/Parlamento e Consiglio*; 16 febbraio 2022, C-157/21, *Polonia/Parlamento e Consiglio*, su cui v. anche C. PINELLI, *Valori comuni agli Stati membri e interesse finanziario dell'Unione*, in G. CONTALDI, R. CISOTTA (a cura di), *op. cit.*, p. 56 ss. e spec. a 61 ss.

²⁰ Corte giust. 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*.

²¹ Corte giust. 20 aprile 2021, C-896/19, *Repubblika*. Sull'importanza del rinvio pregiudiziale come strumento davvero efficace per fornire soluzioni a temi "costituzionali" v. l'analisi di C. AMALFITANO, *Il futuro del rinvio pregiudiziale nell'architettura giurisdizionale dell'Unione europea*, in *DUE*, n. 3-4, 2022, p. 501 ss., e spec. p. 503-509.

²² V. Corte giust. 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione/Polonia* (Indipendenza della Corte Suprema); 5 novembre 2019, C-192/18, *Commissione/Polonia* (Indipendenza dei giudici ordinari); 15 luglio 2021, C-791/19, *Commissione/Polonia* (Regole disciplinari applicabili ai giudici).

²³ Corte giust. 20 novembre 2017, C-441/17, *Commissione/Polonia* (Puszcza Białowieska). In tal senso, si veda anche P. WENNERÅS, *Saving a forest and the rule of law: Commission v. Poland*, in *CMLR*, vol. 56, n. 2, 2019, p. 541-558.

²⁴ Non è certamente questa la sede per trattare dell'aspro confronto in essere anche con le supreme corti di alcuni Stati membri (in particolare, Polonia e Romania), e di cui si fa riferimento in molte delle sentenze ricordate in questi paragrafi. Per un'analisi più approfondita cfr., oltre al volume a cura di G. CONTALDI E R. CISOTTA, *cit.*, anche D. GALLO, *Primato, identità nazionale e stato di diritto in Romania*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2, 2022, p. 374 ss., tutti anche per riferimenti.

²⁵ Cfr. quanto al contenzioso molto articolato tra Commissione e Polonia sulla giurisdizione, le ordinanze Corte giust. 8 aprile 2020, C-791/19, *Commissione/Polonia* (Indipendenza della sezione disciplinare), nonché 14 luglio 2021, C-204/21, *Commissione/Polonia* (Funzionamento del sistema giudiziario in Polonia), ovvero, sulla difesa dell'ambiente, l'ordi-

Di estremo rilievo, tuttavia, soprattutto per quanto diremo in appresso, è anche la produzione di norme dell'Unione, soprattutto allorché ciò avvenga attraverso l'impiego della procedura legislativa ordinaria²⁶: l'adozione di direttive e regolamenti è strumento fondamentale per riaffermare la centralità dei valori dell'Unione e quindi anche la tutela dei diritti fondamentali incorporati nel suo ordinamento. Salvi rarissimi casi, tale attività non sconta peraltro problemi di unanimità. La vicenda relativa al cd. regolamento condizionalità (più precisamente, il regolamento 2020/2092²⁷) appare emblematica, perché consente di immaginare azioni positive finalizzate alla protezione dei valori a livello legislativo dell'Unione, che la Corte ha già legittimato, anche sotto il profilo del principio di attribuzione, proprio in occasione del rigetto dell'impugnazione di quel regolamento da parte di Ungheria e Polonia²⁸. Non solo: altrettanto emblematica è la circostanza che sia ormai consentita la possibilità di fare uso di strumenti di condizionalità economica in generale per garantire la salvaguardia dei valori e dei diritti fondamentali, come emerge dalle modalità applicative del regolamento 2021/1060 recante le disposizioni comuni sulla gestione dei fondi UE a favore degli Stati membri²⁹, e che lo stesso regolamento 2021/241, e cioè il celeberrimo dispositi-

nanza, *Commissione/Polonia* (Puszcza Białowieska), sopra citata. Per una rassegna completa della giurisprudenza rilevante v. ancora A. CIRCOLO, *op. cit.*, p. 193 ss.

²⁶ In tema, cfr. B. NASCIBENE, *Stato di diritto, bilancio e Corte di giustizia*, in *EJ*, n. 2, 2022, p. 114 ss.

²⁷ Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione. Per un commento, si veda: B. NASCIBENE, *Il rispetto della rule of law e lo strumento finanziario. La «condizionalità»*, in *EJ*, n. 3, 2021, p. 172-183; A. CIRCOLO, *op. cit.*, p. 301 ss.

²⁸ *Ungheria/Parlamento e Consiglio*, sopra citata, e *Polonia/Parlamento e Consiglio*, sopra citata. Sulle due sentenze, *ex multis*, v. J. P. KEPPELNE, J. BAQUERO CRUZ, *Fundamental Values. Constitutional Identity and the Protection of the European Union Budget Against Breaches of the Rule of Law*, in *70 Years of EU Law: A Union for its Citizens*, 1° ed., Luxembourg, 2022, p. 56-63. Per un efficace *excursus* sulla vicenda cfr. C. LADENBURGER, Y. MARINOVA, J. TOMKIN, *Institutional Report*, in *Mutual Trust*, *cit.*, p. 54 ss.

²⁹ Più precisamente, si tratta del regolamento (UE) 2021/1060 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 giugno 2021, recante le disposizioni comuni applicabili al Fondo europeo di sviluppo regionale, al Fondo sociale europeo Plus, al Fondo di coesione, al Fondo per una transizione giusta, al Fondo europeo per gli affari marittimi, la pesca e l'acquacoltura, e le regole finanziarie applicabili a tali fondi e al Fondo Asilo, migrazione e integrazione, al Fondo Sicurezza interna e allo Strumento di sostegno finanziario per la gestione delle frontiere e la politica dei visti.

vo per la ripresa e la resilienza³⁰, su cui si basa largamente anche il nostro PNRR, condiziona il rilascio delle risorse dell'Unione a favore degli Stati membri al varo di riforme spesso fortemente funzionali alla tutela dei diritti fondamentali e comunque dei valori dell'Unione, come quelle relative alla giustizia, o al cambiamento climatico³¹.

4. “Pluralità istituzionale” e utilizzo dei valori in una prospettiva europea

Quanto sopra non implica affatto una valutazione in termini di subalterità della tutela dei valori fondamentali degli Stati membri rispetto all'Unione e alle sue istituzioni³². Anzi, al riguardo, ritengo persuasiva la ricostruzione in termini di “pluralismo istituzionale” (o forse meglio “pluralità”) svolta a proposito del contributo che è possibile dare alla protezione dei valori basata sul principio di leale cooperazione: in disparte dai problemi esistenti con (fortunatamente) pochi Stati membri, i dialoghi tra Corti supreme dell'Unione e degli Stati membri consentono un proficuo arricchimento e accrescono la qualità della riflessione sui diritti associati, appunto, ai valori³³.

Ciò posto, il futuro dei popoli europei e di coloro che, non europei, comunque entrano in contatto con l'ordinamento dell'unione, essendo anch'essi destinatari di regole o beneficiari della rete di protezione fornita dai nostri valori, si gioca sempre di più nel contesto dell'Unione europea, ed è quindi a questo livello che sembra opportuno concentrare l'attenzione e la prospettiva.

Che sia questo il *playing field* vi sono pochi dubbi. Ed è, crediamo, in questa ovvia considerazione che, nel sentire comune, sta il motto “più Europa”, col quale, in definitiva, si sintetizzano anche le critiche di coloro che, nel lamentare la mancanza di coesione o di azione comune in determinati scenari, nei fatti, talvolta anche involontariamente, o comunque inconsape-

³⁰ Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza. Una versione consolidata del regolamento è disponibile su eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02021R0241-20230301.

³¹ Sul punto, e per riferimenti, cfr. sempre C. LADENBURGER, Y. MARINOVA, J. TOMKIN, *Institutional Report*, cit., p. 60 ss.

³² V. al riguardo, per una ricostruzione molto efficace del rapporto tra identità nazionali ed europea nella giurisprudenza della Corte, S. SCIARRA, *Seventy years of the Court of Justice of the European Union. Judicial Activism and Judicial Wisdom*, in *DUE*, n. 3-4, 2022, p. 491 ss.

³³ Cfr. S. SCIARRA, *First and Last Word* e *Seventy years*, cit., anche per riferimenti.

volmente, chiedono in realtà meno sovranità statale e più sovranità europea rispetto a determinate questioni. Il riferimento ai temi delle migrazioni o alle variegate tensioni sulle questioni monetarie non è, all'evidenza, casuale.

Sotto questi profili, tuttavia, la soluzione normalmente prospettata è quella dell'intervento normativo ovvero delle riforme dei Trattati, quando si ritiene che l'Unione non abbia competenze su determinate materie. E infatti, ambedue gli strumenti dianzi accennati costituiscono il primo livello di risposta al bisogno di... più Europa.

Viste tuttavia le complicazioni, largamente di ordine politico, nel porre mano sia a modifiche della legislazione vigente in settori delicati, pur coperti dalle competenze dell'Unione, ovvero a riformare i Trattati per trasferire nuove competenze all'Unione, ci si può chiedere se la teorica dei valori possa in effetti servire come facilitatore per fornire soluzioni alle questioni relative al futuro dell'Europa.

A mio avviso, la risposta è positiva, e cercherò di fornire qualche possibile esempio nella parte conclusiva di questo intervento.

5. *La lotta al cambiamento climatico e i valori dell'Unione*

Com'è noto, in materia di ambiente l'Unione ha competenza concorrente con quella degli Stati membri, che esercita ormai da decenni con grande convinzione. E anzi, i Trattati espressamente conferiscono competenza all'Unione non solo in materia di ambiente, ma anche in quella dei cambiamenti climatici, sia pur limitandola alla «promozione sul piano internazionale di misure destinate [...], in particolare, a combattere i cambiamenti climatici»³⁴.

La tutela ambientale, tuttavia, e soprattutto la sua declinazione come lotta al cambiamento climatico, non è soltanto materia ambientale in senso stretto, perché coinvolge tutti gli ambiti dell'agire umano, e quindi del diritto. Non è difficile quindi immaginare che, una volta enfatizzato il baricentro di qualsiasi intervento normativo sugli obiettivi di salvaguardia ambientale, sia agevole recuperare spazi importanti per la legislazione dell'Unione. Del resto, è fuori discussione che sia necessario accelerare sulle azioni per contrastare il cambiamento climatico, e che questa accelerazione non possa che provenire dall'Unione e non dagli Stati, almeno per quel che riguarda i popoli europei. Prova ne sono le iniziative di vasto respiro come il *Green*

³⁴ Art. 191, par. 1, quarto alinea, TFUE.

Deal o il *Fit for 55*³⁵, ma anche più recenti segnali provenienti dalle stesse istituzioni europee, come la bozza di risoluzione del Parlamento europeo dell'agosto scorso contenente le sue proposte per la riforma dei Trattati, ove è espressamente previsto il passaggio della materia ambientale dalle competenze concorrenti a quelle esclusive³⁶.

Ora, senza entrare nel merito della necessità di attuare questa riforma per avere... più Europa in materia ambientale, pare possibile comunque agire sui valori per rinforzare l'azione dell'Unione *in subiecta materia*. Infatti, la transizione ecologica che ci viene imposta dal cambiamento climatico comporta senz'altro investimenti di enorme momento³⁷, e quindi misure di politica economica che debbono essere assunte prioritariamente, se non esclusivamente, a livello dell'Unione: non ha molto senso, infatti, che l'Unione fissi con proprie norme obiettivi europei funzionali a favorire la transizione ecologica, salvo poi lasciare agli Stati membri l'onere di reperire le risorse per il loro raggiungimento.

Del resto, lo spartiacque sembra essersi creato in occasione del *Next Generation EU*, segnatamente col dispositivo di ripresa e resilienza di cui al regolamento 2021/241³⁸, nel quale, in definitiva, l'Unione si indebita per aiutare gli Stati membri a finanziare misure strumentali alla protezione e promozione ambientale, ovvero alla lotta al cambiamento climatico. Vero che, in tale dispositivo, la base giuridica è individuata nell'art. 175 TFUE, e cioè nelle politiche di coesione economica, sociale e territoriale. Ma è altrettanto vero che, da un lato, la transizione ecologica proseguirà – anzi, dovrà necessariamente proseguire – ben oltre il termine, ormai vicinissimo, previsto per la realizzazione dei piani di ripresa e resilienza degli Stati di cui al

³⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, dell'11 dicembre 2019, COM(2019) 640 final, Il Green Deal europeo; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 14 luglio 2021, COM(2021) 550 final, “Pronti per il 55 %”: realizzare l'obiettivo climatico dell'UE per il 2030 lungo il cammino verso la neutralità climatica.

³⁶ V. il documento 2022/2051 (INL) del 22 agosto 2023, reperibile su internet.

³⁷ Ad esempio, secondo l'Agenzia Internazionale per l'Energia (IEA), per la sola transizione energetica si calcolano investimenti nell'ordine di 4.500 miliardi di dollari l'anno a partire dal 2030 per provare a centrare gli obiettivi dell'Accordo di Parigi sul clima (cfr. G. DI DONFRANCESCO, *Iea: «Per la transizione verde servono 4.500 miliardi l'anno»*, in *Il Sole 24 Ore* del 27 settembre 2023, p. 15). In dettaglio, si rinvia a: IEA, *Net Zero Roadmap: A Global Pathway to Keep the 1.5 °C Goal in Reach*, Report, 2023, p. 15 ss., www.iea.org/reports/net-zero-roadmap-a-global-pathway-to-keep-the-15-0c-goal-in-reach.

³⁸ V. sopra, nota 30.

citato dispositivo; dall'altro lato, che in tal senso sarà necessario individuare altri strumenti – o altri “dispositivi” – che rendano possibile proseguire su questa strada senza condizionamenti derivanti dalle diverse capacità fiscali degli Stati³⁹.

Se questo è il punto, e fatte salve volontà politiche tuttora da costruire, parrebbe quanto meno serio poter immaginare che, anche a legislazione primaria invariata, siano possibili misure di “politica climatica” atte a incidere anche sulla struttura del bilancio dell'Unione in funzione dell'attuazione di tale politica. Diversamente, si rischia di incidere profondamente su quei valori di dignità umana, di libertà e di solidarietà scolpiti nell'art. 2 TUE, che vanno certamente difesi anche nella prospettiva degli enormi cambiamenti socio-economici che dovremo traguardare in qualunque scenario prospettico di cambiamento climatico, e cioè sia nel bene, che nel male⁴⁰. Laddove preferibilmente l'Unione ci consentirà di sviluppare azioni positive efficaci e tempestive, volte a prevenire scenari apocalittici, piuttosto che riparare agli stessi una volta che, a causa dell'inerzia, essi si dovessero verificare.

6. *I valori dell'Unione alla prova delle migrazioni*

L'altro realistico banco di prova su cui i valori potranno incidere è costituito dalle migrazioni. Qui la lettura del fenomeno appare un po' diversa, poiché si tratta di scardinare l'impianto normativo pensato oltre trent'anni orsono – un periodo icasticamente quanto autorevolmente definito «Pleistocene» del fenomeno migratorio⁴¹ – in una situazione in cui, al di là della complessità del problema, è ovvio che vi siano ostacoli di natura politica a riscrivere quelle regole.

³⁹ Sulle implicazioni del NGEU in chiave sistemica cfr. adesso F. CROCI, *Next Generation EU e solidarietà tra generazioni nell'ambito dell'Unione europea: quali rapporti?*, in *DUE*, n. 1, 2023, p. 29 ss.

⁴⁰ Sotto questo profilo, si rinvia alle perspicue considerazioni di F. COSTAMAGNA, *Contrasto al cambiamento climatico e giustizia sociale nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Osservatorio Costituzionale*, n. 6, 2023, p. 22 ss.

⁴¹ V. il discorso del Presidente Sergio Mattarella del 21 settembre 2023 a Roma, in occasione dell'incontro bilaterale col presidente della Repubblica Federale di Germania: «Era un altro mondo quello: quindi, pensare di fare riferimento, come alcuni Paesi dell'Unione fanno ancora basandosi sull'accordo di Dublino, è come fare un salto nel pleistocene, in un'altra era storica o zoologica, è proprio una cosa fuori dalla realtà». Ampi brani del discorso sono reperibili su www.dire.it/21-09-2023/956655-mattarella-regole-di-dublino-preistoria-come-le-carrozze-a-cavallo/.

Tuttavia, a differenza del cambiamento climatico, rispetto al quale una riflessione sui valori europei può soprattutto servire a legittimare, nel quadro delle competenze attribuite, azioni positive di tipo normativo, ma assai meno, almeno in questa fase, a correggere aporie del sistema, nel caso delle migrazioni l'art. 2 TUE e il suo portato sembrano invece più agevolmente utilizzabili per una rilettura complessiva delle norme di diritto derivato.

Se infatti leggiamo il fenomeno migratorio all'interno di un quadro di valori condivisi, pare legittimo assumere che non sia conforme a tale quadro una situazione nella quale manca totalmente alcuna solidarietà tra gli Stati membri; né che sia conforme una situazione di trattamento così differenziato dei diritti dei migranti e dei richiedenti asilo a seconda dello Stato membro in cui essi si vengono a trovare.

In questo contesto, è possibile invece ipotizzare una lettura del complesso di norme europee adottate in questa materia, volta a renderle più coerenti con i valori e coi diritti di cui all'art. 2 TUE. In questa prospettiva, considerate anche le numerose richieste di “dialogo” che nella materia continuano a provenire da molti giudici nazionali, non sembrano mancare le occasioni per interventi della Corte decisamente “ortopedici” soprattutto in sede di rinvii pregiudiziali. Così facendo, la Corte potrebbe anche provare a superare talune non persuasive esitazioni che, in passato, ha mostrato verso un'interpretazione più attuale delle norme concernenti il regolamento visti e il regime di Dublino⁴², tutto sommato in controtendenza rispetto a una giurisprudenza della Corte che, più volte, e come da ultimo avvenuto nel caso *ADDE e a.*⁴³, ha mostrato in definitiva di non avallare scelte degli Stati membri adottate nel perseguimento di esclusive esigenze nazionali e poco attente ai diritti individuali delle persone coinvolte.

In questa prospettiva, e in disparte dalla necessità di provvedere con urgenza a una revisione delle cd. regole di Dublino, alcune riflessioni sui

⁴² Il riferimento è a Corte giust. 26 luglio 2017, C-646/16, *K. e Z. Jafari*, in cui la Corte ha salvato l'ormai insostenibile principio contenuto nel regolamento di Dublino sulla determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale, anche in una situazione in cui uno Stato membro sia interessato dall'arrivo di un numero straordinariamente elevato di cittadini di paesi terzi che intendono ottenere protezione internazionale. Significativo è il fatto che la sentenza non segue le perspicue *Conclusioni* invece rese dall'Avv. gen. Sharpston, le quali confermavano invece che, anche in questa vicenda, un... altro mondo (giuridico) è possibile rispetto alla prevalenza dell'approccio intergovernativo al diritto dell'Unione europea.

⁴³ Corte giust. 21 settembre 2023, C-143/22, *ADDE*, pur resa esclusivamente sulla base delle disposizioni del codice frontiere Schengen e della cd. direttiva rimpatri, senza alcun ragionamento più ampio, coinvolgente principi e valori.

valori si impongono, stimulate dal principio di non regressione formulato dalla Corte nella sentenza *Repubblika*⁴⁴. È vero che essa riguarda il divieto per gli Stati membri di modificare la propria normativa nazionale quando essa faccia “regredire” il godimento dei diritti derivanti dall’appartenenza di uno Stato all’Unione, in particolare quelli connessi allo Stato di diritto⁴⁵.

E tuttavia, mi parrebbe difficile pensare, da un lato, che il principio di non regressione, essendo fondato sull’art. 2 TUE, non sia applicabile anche al diritto UE attraverso il quale questi valori dovrebbero trovare concreta espressione nella società europea; dall’altro lato, che esso non possa anche imporre una lettura e finanche una modifica di norme esistenti qualora esse siano divenute incapaci di fornire un livello di tutela dei diritti presumibilmente sussistente al tempo della loro adozione, ma divenuto inadeguato (e quindi “regredito”) nel corso degli anni per effetto dell’evolversi delle fattispecie cui queste norme intendono applicarsi.

Va da sé che, in questi termini, il sistema dei valori europei, e il principio di non regressione, potrebbero quindi costituire uno standard col quale, in modo dinamico, misurare la qualità e i contenuti delle norme di diritto derivato, ma anche la capacità delle istituzioni di operare nel costante rispetto dell’art. 2 TUE.

7. *Valori e Unione monetaria*

Un ulteriore terreno sul quale misurare la portata dei valori nel contesto ordinamentale prospettico dell’Unione è quello economico-monetario. Il motivo è semplice, ed è dato dalla necessità di rafforzare la riflessione in atto ormai da quindici anni – e cioè dalla cd. crisi dei debiti sovrani – sulla necessità di procedere verso un’Unione fiscale e un governo dell’economia più avanzato rispetto a quello vigente, il cui impianto, è bene ricordarlo, è stato ipotizzato ormai più di trent’anni fa, col Trattato di Maastricht, in condizioni storiche ed economico-sociali completamente diverse rispetto a quelle attuali, e soprattutto irreversibilmente cambiate.

⁴⁴ *Repubblika*, sopra citata, nota 21.

⁴⁵ Così il punto 63: «il rispetto da parte di uno Stato membro dei valori sanciti dall’articolo 2 TUE costituisce una condizione per il godimento di tutti i diritti derivanti dall’applicazione dei trattati a tale Stato membro. Uno Stato membro non può quindi modificare la propria normativa in modo da comportare una regressione della tutela del valore dello Stato di diritto, valore che si concretizza, in particolare, nell’articolo 19 TUE», richiamandosi alla sentenza della Corte giust. 2 marzo 2021, causa C-824/18, *A.B. e a.* (Nomina dei giudici alla Corte suprema – Ricorso).

In argomento, non è dubbio il contributo fornito dalle istituzioni più tecniche dell'Unione, e cioè BCE e Corte di giustizia. Né è dubbio che, fuor di retorica, le misure messe in campo dalla BCE negli anni Dieci di questo secolo abbiano evitato che l'Unione venisse travolta, e con essa anche i suoi valori.

Quello che, rispetto alla BCE, interessa enfatizzare ai fini della presente relazione è che le misure prese per favorire la transitabilità della moneta, o se si vuole il *Quantitative Easing*, siano state determinanti per evitare crisi irreversibili nella finanza pubblica di alcuni Stati membri, e quindi lesioni altrettanto irreversibili dei diritti dei cittadini europei.

Nello stesso senso, anche la Corte di giustizia ha avuto un ruolo decisivo nella difesa di queste misure, così come dimostrato soprattutto nelle sentenze *Gauweiler*⁴⁶ e *Weiss*⁴⁷, tra l'altro – e com'è noto – originate da rinvii pregiudiziali del *BVG* nei quali venivano in rilievo proprio principi fondamentali della costituzione tedesca che, *in thesi*, venivano messi in pericolo dall'attività *ultra vires* della BCE medesima.

Ma, in questa prospettiva, anche la sentenza sui *Giudici portoghesi*⁴⁸ costituisce un precedente fondamentale nella sua chiara evidenziazione di un nesso indissolubile tra rispetto dei valori e misure restrittive di politica economica idonee a penalizzare gravemente il tenore di vita dei cittadini europei.

Come ricordato in altre occasioni⁴⁹, non sempre sulla materia dell'Unione monetaria la Corte ha sviluppato una giurisprudenza sui diritti, a volte anzi indulgiando su un *favor* per un'Europa intergovernativa, o semi-intergovernativa, che non ha concretamente aiutato il superamento delle forti resistenze a progredire verso un'Unione fiscale.

Eppure, questo obiettivo non può più essere qualificato come semplice scelta di “mutualizzazione” dei debiti pubblici degli Stati membri, con conseguente contrapposizione tra Paesi ... frugali e non frugali, ovvero come minaccia agli stessi principi fondamentali tutelati dalle costituzioni di importanti Stati membri⁵⁰; piuttosto, il perseguimento di questo obiettivo di-

⁴⁶ *Gauweiler e a.*, sopra citata, nota 13.

⁴⁷ *Weiss e a.*, sopra citata, nota 16.

⁴⁸ *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, sopra citata, nota 20.

⁴⁹ F. MUNARI, *La Corte di giustizia e i nuovi soggetti istituiti nel quadro dell'Unione Economica e Monetaria*, in AA.VV., *De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne – Liber Amicorum Antonio Tizzano*, Torino, 2018, p. 651-661.

⁵⁰ Circa i rischi connessi al riconoscimento di una “riserva di identità costituzionale”, si rinvia alle conclusioni dell'Avv. gen. Cruz Villalón, del 14 gennaio 2015, C-62/14, *Gauweiler*,

venta il presupposto per continuare a garantire, se possibile migliorandone anche la distribuzione, il godimento dei diritti ai cittadini europei, e soprattutto alle loro prossime generazioni.

Peraltro, la risposta dell'Unione alla pandemia, tradottasi nel già citato spartiacque costituito dall'iniziativa *Next Gen EU*, costituisce una riprova dello stretto legame esistente tra misure di politica economica comuni e tutela dei diritti dei cittadini.

In questa prospettiva, credo sia ragionevole pensare di dover guardare anche all'art. 2 TUE e ai valori su cui si fonda l'Unione come elemento costitutivo di un approccio più coraggioso rispetto ai profili qui in rilievo, al quale quindi la stessa Corte di giustizia, alla prima occasione utile, potrebbe contribuire. Auspicabilmente senza attendere di doverci trovare in situazioni emergenziali, ma in una logica appunto di prospettiva e di saggia pianificazione di un futuro ordinamento dell'Unione pienamente coerente coi propri valori.

Del resto, non sarebbe la prima volta nella storia del diritto dell'Unione europea.

8. Conclusioni

Le considerazioni che precedono, e le poche idee che ho cercato di sviluppare, possono probabilmente ricordare l'aforisma gramsciano nel quale competono tra loro l'ottimismo della volontà e il pessimismo dell'intelligenza.

È senz'altro innegabile che la declinazione del futuro europeo in una visione di valori costituisca un compito arduo, nel quale non basta essere ottimisti, ma è necessario sviluppare una «volontà intelligente», ovvero una «ricchezza inventiva in iniziative concrete che modificano la realtà esistente»⁵¹. Dobbiamo tuttavia sforzarci di farlo, perché le sfide che il futuro ci presenta sono serissime, dentro e fuori l'Unione, e perché è necessario pro-

punti 55 ss. In relazione all'art. 123 TFUE, cfr. Corte giust. 27 novembre 2012, C-370/12, *Pringle*, punto 132; *Gauweiler*, sopra citata, punti 95 ss.; *Weiss*, sopra citata, punti 103 ss. Per un critica alla contrapposizione vigente in Europa sui diversi approcci di politica economica, cfr. anche E. BRUTI LIBERATI, *A quando la fine del neo-liberismo?*, in *Diario di diritto pubblico*, 26 settembre 2023, www.diariodidirittopubblico.it/editoriale-a-quando-la-fine-del-neo-liberismo/.

⁵¹ Cfr. A. GRAMSCI, *Passato e presente, Ottimismo e pessimismo*, e-book (per edizioni stampate cfr. quella di Einaudi, Torino, 1954).

vare a contrastare le crescenti diseguaglianze nella società europea, a loro volta rappresentative di una molto diversa e ingiusta dotazione di diritti individuali dei cittadini e delle persone cui si applica il diritto dell'Unione europea, sia in termini sincronici, sia soprattutto intergenerazionali.

In questo senso, recuperare con forza un ragionamento sui valori dell'Unione come *pivot* su cui costruire e interpretare l'ordinamento giuridico dell'Unione, non è mero esercizio retorico, ma può e dovrebbe diventare la chiave con la quale continuare nel processo di trasferimento di porzioni di sovranità statali in funzione di continuare a perseguire quel disegno più ampio che i Trattati ci hanno consegnato fin dalle origini dell'integrazione europea.

Abstract (ita)

Il contributo cerca a cogliere possibili prospettive di impiego dei valori caratterizzanti l'Unione europea. In particolare, dato atto della circostanza secondo cui le sfide che la società attuale deve fronteggiare, come i cambiamenti climatici, il nuovo ordine mondiale, le rivoluzioni tecnologiche, non possono essere affrontate a livello di singoli Stati, la relazione muove dalla teorica della rinuncia alla sovranità degli Stati membri in funzione della costituzione di un ordinamento di nuovo genere, nel quale anche i cittadini sono titolari di diritti, e ipotizza un ruolo dell'art. 2 TUE quale strumento per consentire o quanto meno facilitare un'evoluzione dell'Unione idonea a salvaguardare anche in prospettiva i diritti dei cittadini europei rispetto a tali sfide. Sulla scorta della giurisprudenza, delle norme di diritto derivato, e della prassi che si è sviluppata a proposito dei valori, la relazione individua possibili percorsi alternativi, basati sull'art. 2 TUE, per superare i limiti della non-Europa rispetto ad alcune priorità assolute, come la lotta al cambiamento climatico, le migrazioni, e l'Unione fiscale.

Abstract (eng)

The contribution seeks to grasp possible perspectives on the 'use' of the EU values. In particular, considering that the challenges which today's society has to face, such as climate change, the new world order, and technological revolutions, cannot be dealt with exclusively at the level of the single Member States, the paper moves from the theory of the renunciation of the sovereignty of the latter in function of the constitution of a new kind of order, in which citizens also have rights, and hypothesises a role of Art. 2 TEU as a means of enabling or at least facilitating a development of the Union that would also safeguard the rights of European citizens against such challenges. On the basis of case law, secondary legislation, and the practice that has developed with regard to values, the present work identifies possible alternative pathways, based on Art. 2 TEU, to overcome the limitations of non-Europe with regard to certain absolute priorities, such as the fight against climate change, migration, and tax union.

Interventi

IL DIRITTO NAZIONALE AL VAGLIO
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA
NELL'AMBITO DEL MECCANISMO DI VIGILANZA UNICO,
TRA PRIMATO E NUOVI MODELLI DI INTEGRAZIONE

Ilaria Anrò*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Lo scrutinio degli atti preparatori nazionali nel procedimento di autorizzazione all'acquisizione o all'incremento di partecipazioni qualificate in enti creditizi. – 2.1. Il limite allo scrutinio da parte della CGUE: la giurisprudenza *Oleificio Borelli*. – 2.2. L'evoluzione della giurisprudenza della CGUE verso uno scrutinio pieno degli atti preparatori nazionali. – 2.3. Conseguenze e criticità del controllo degli atti nazionali *incidenter tantum* operato dalla CGUE. – 3. Antinomie e aporie nell'applicazione del diritto nazionale da parte della BCE nell'ambito del MVU. – 4. Nuovi interrogativi circa l'applicazione dell'art. 4, par. 3, del regolamento MVU: il caso *Corneli*. – 4.1. I nodi della sentenza *Corneli*, tra paradossi e profili di criticità. – 4.2. Il "ripensamento" del Tribunale nella giurisprudenza successiva a *Corneli*: i casi *Sber* e *BAWAG*. – 5. La cognizione del diritto nazionale da parte della CGUE. – 5.1. Il principio *iura novit curia* e la CGUE. – 5.2. Il conflitto tra obbligo di interpretare le norme nazionali alla luce della giurisprudenza dei giudici nazionali e obbligo di interpretazione conforme, tra tutela e limiti al primato. – 5.3. Un possibile rimedio: un rinvio pregiudiziale "all'indietro". – 6. Alcune riflessioni conclusive.

1. Introduzione

Nell'ordinamento dell'Unione europea è possibile rinvenire, con una certa frequenza, il riferimento al diritto nazionale, ad integrazione e completamento delle norme dell'Unione. Molti sono gli esempi nel diritto primario: dalla nozione di cittadinanza, che rinvia alla legge di ogni Stato membro per determinare chi è cittadino dell'Unione europea (artt. 9 TUE e 20 TFUE), alla decisione di recesso, adottata da ogni Stato «conformemente alle proprie

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Milano.

norme costituzionali» (art. 50 TUE); dalle condizioni previste dal diritto nazionale per l'esercizio del diritto di stabilimento primario (art. 49 TFUE) al riferimento ai «principi generali comuni ai diritti degli Stati membri» quale parametro per l'accertamento della responsabilità extracontrattuale dell'Unione (art. 340, par. 2, TFUE).

Non si può poi dimenticare che gli stessi diritti fondamentali sono stati ricostruiti in quanto principi generali dell'Unione europea a partire dalle tradizioni costituzionali comuni (oltre che dai trattati internazionali a tutela dei diritti fondamentali) e che oggi sono presenti numerosi rinvii alle legislazioni statali nell'ambito della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Talvolta, poi, il diritto nazionale concorre alla definizione di clausole generali che si pongono come limite o eccezione all'applicazione del diritto dell'Unione europea, entro i confini previsti dal Trattato (è il caso dell'ordine pubblico o della pubblica sicurezza, ad esempio).

Anche nel diritto derivato è possibile osservare casi in cui l'atto delle istituzioni rinvia al diritto nazionale per completare il diritto dell'Unione europea, ad esempio, nel regolamento (UE) 2017/1001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, sul marchio dell'Unione europea¹.

Al tempo stesso, vi è una certa tensione verso il superamento del rinvio al diritto nazionale nella creazione di “nozioni autonome”, elaborate nell'ambito del diritto dell'Unione europea a partire da concetti che sono condivisi dagli ordinamenti nazionali, ma di cui è preclusa una lettura che non sia esclusivamente secondo l'ordinamento dell'Unione².

La Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), nello svolgere il proprio compito di garante del rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati, si trova frequentemente a confrontarsi con il diritto nazionale, sia processuale che sostanziale³. Ad esempio, il diritto nazionale

¹ Regolamento (UE) 2017/1001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, sul marchio dell'Unione europea. Non si ritiene di assimilare a questa ipotesi il rinvio al diritto nazionale effettuato dalle norme dei regolamenti in tema di diritto internazionale privato, essendo questo un rinvio che trova il suo fondamento nel funzionamento stesso delle norme di conflitto.

² Cfr. Corte giust. 18 gennaio 1983, 327/82, *Ekro*, punto 11: «Dalle esigenze tanto dell'applicazione uniforme del diritto comunitario, quanto del principio d'uguaglianza discende che una disposizione di diritto comunitario la quale non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata deve normalmente dar luogo, nell'intera Comunità, ad un'interpretazione autonoma ed uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e dello scopo perseguito dalla normativa».

³ Cfr. P. MENGOZZI, *La Corte di giustizia dell'Unione e il diritto nazionale degli Stati mem-*

viene “preso in considerazione”⁴ dalla Corte di giustizia (e in qualche modo vagliato) nell’ambito del rinvio pregiudiziale interpretativo (art. 267 TFUE) e nell’ambito della fase contenziosa della procedura di infrazione (art. 258 – 260 TFUE), pur essendo essa autentico interprete del solo diritto dell’Unione europea⁵.

Diversamente, il diritto nazionale viene direttamente applicato dalla CGUE per giudicare di controversie sorte in relazione ad un contratto stipulato dall’Unione europea ove venga scelto come diritto applicabile dalle parti (art. 272 TFUE). Se l’apprrezzamento del diritto nazionale è effettuato dal Tribunale, peraltro, esso viene tendenzialmente inquadrato come questione di fatto, insuscettibile come tale di scrutinio da parte della Corte di giustizia, salvo i casi di manifesto snaturamento, secondo un certo orientamento giurisprudenziale⁶, in verità non privo di pronunce di segno contrario⁷.

Nell’ambito dell’Unione bancaria, il diritto nazionale viene in rilievo se-

bri, in *DUE*, n. 1, 2016, p. 167 ss. In tema v. anche M. PREK, S. LEFÈVRE, *The EU Courts as “national” courts: national law in the EU Judicial Process*, in *CMLR*, n. 2, 2017, p. 369 ss.; H. CHANTELOUP, *La prise en considération du droit national par le juge communautaire. Contribution à la comparaison des méthodes et solutions du droit communautaire et du droit international privé*, in *Rev. Crit. DIP*, n. 3, 2007, p. 539 ss.; P. PESCATORE, *Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres*, in *RIDC*, n. 2, 1980, p. 337 ss.

⁴ Cfr. ancora H. CHANTELOUP, *op. cit.*

⁵ Cfr. *ex multis*, Corte giust. 21 dicembre 1995, C-307/95, *Max Mara*, punto 5: «Va ricordato che la Corte di giustizia, ai sensi dell’art. 177 del Trattato CE, non è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sull’interpretazione delle norme nazionali. La competenza della Corte è limitata all’esame delle sole norme comunitarie (v., in particolare, sentenze 19 marzo 1964, causa 75/63, *Unger*, racc. pag. 349, e 18 ottobre 1990, cause riunite C-297/88 e C-197/89, *Dzodzi*, racc. pag. I-3763)».

⁶ Cfr. R. TORRESAN, *Evoluzione, funzionamento e ruolo del pourvoi nell’architettura giurisdizionale dell’Unione europea*, Tesi di dottorato, p. 85-86. V. anche Corte giust. ord. 6 ottobre 2011, C-448/10 P e C-450/10 P, *ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni e a./Commissione*, punto 33; 21 dicembre 2011, C-320/09 P, *A2A/Commissione*, punto 125; 12 luglio 2012, C-181/11 P, *Cetarsa/Commissione*, punto 59; 3 aprile 2014, C-559/12 P, *Francia/Commissione*, punto 79; 21 dicembre 2016, C-524/14 P, *Commissione/Hansestadt Lübeck*, punto 20; 6 novembre 2018, da C-622/16 P a C-624/16 P, *Scuola Elementare Maria Montessori/Commissione*, punto 107.

⁷ V. Corte giust. 10 luglio 2003, C-87/01 P, *Commissione/CCRE*, punti 56-64; 18 novembre 2010, C-317/09 P, *ArchiMEDES/Commissione*, punti 61-79. Sul punto v. C. NAÔMÉ, *Appeals Before the Court of Justice of the European Union*, Oxford, 2018, p. 105, ove l’autrice sottolinea che allo stato non vi è una regola generale e lo scrutinio dell’interpretazione del diritto nazionale operata dal tribunale è effettuato dalla Corte secondo un’intensità che varia in ragione del settore considerato.

condo una nuova prospettiva. In particolare, nell'ambito del primo pilastro dell'Unione bancaria, il Meccanismo di Vigilanza Unico (MVU), sono state sperimentate nuove forme di cooperazione tra la Banca Centrale Europea (BCE) e le autorità nazionali competenti, da un lato introducendo numerosi procedimenti composti e dall'altro lato prevedendo che detta istituzione possa applicare direttamente il diritto nazionale degli Stati membri⁸.

Il regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla BCE compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi (nel seguito, il regolamento MVU) prevede, infatti, che la BCE instauri una collaborazione con le autorità nazionali competenti: in tale ambito, la BCE può, innanzitutto, adottare regolamenti, orientamenti o istruzioni generali, rivolti alle autorità nazionali, al fine di svolgere i compiti di vigilanza prudenziale ove è esclusivamente competente (art. 6, par. 5, lett. a)). Inoltre, la BCE può chiedere alle autorità nazionali competenti di esercitare i propri poteri «in virtù e in conformità alle condizioni stabilite dal diritto nazionale, qualora il presente regolamento non attribuisca tali poteri alla BCE» (art. 9, par. 1, terzo comma).

Il regolamento MVU, inoltre, insieme alla direttiva 2013/36/UE sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento⁹ e al regolamento della BCE che istituisce il quadro di cooperazione nell'ambito del MVU (regolamento Quadro)¹⁰, prevede la collaborazione di BCE e autorità nazionali nel procedimento di autorizzazione all'acquisizione o all'incremento di partecipazioni qualificate in enti creditizi, nonché nella gestione delle crisi.

Il regolamento MVU prevede, poi, che l'applicazione del diritto nazionale sia demandata alla BCE per il raggiungimento di obiettivi comuni: l'art. 4, par. 3, prevede, infatti, che «ai fini dell'assolvimento dei compiti attribuiti dal presente regolamento e allo scopo di assicurare standard elevati di vigilanza, la BCE applica tutto il pertinente diritto dell'Unione e, se

⁸ Sulla genesi e le caratteristiche dell'Unione bancaria e in particolare del MVU si veda *ex multis* N. RUCCIA, *Caratteri, limiti e prospettive dell'Unione bancaria*, Bari, 2018; R. D'AMBROSIO, *Meccanismo di Vigilanza Unico*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali IX, 2016, p. 590 ss.

⁹ Direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE.

¹⁰ Regolamento (UE) 468/2014 della Banca centrale europea, del 16 aprile 2014, che istituisce il quadro di cooperazione nell'ambito del Meccanismo di Vigilanza unico tra la Banca centrale europea e le autorità nazionali competenti e con le autorità nazionali designate.

tale diritto dell'Unione è composto da direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive. Laddove il pertinente diritto dell'Unione sia costituito da regolamenti e al momento tali regolamenti concedano esplicitamente opzioni per gli Stati membri, la BCE applica anche la legislazione nazionale di esercizio di tali opzioni». Si prevede, dunque, espressamente – per la prima volta nella storia dell'integrazione europea – che un'istituzione applichi direttamente il diritto nazionale per l'esecuzione di compiti alla stessa attribuiti dal diritto dell'Unione europea¹¹.

Dunque, nell'ambito del MVU, ordinamento nazionale e dell'Unione europea si intrecciano dando vita a nuove forme di integrazione giuridica, secondo un'originale prospettiva di cooperazione per le rispettive istituzioni, allo scopo di raggiungere obiettivi comuni di sicurezza e stabilità degli enti creditizi. Il nuovo modello, sia pure non omogeneo, identifica un particolare rapporto tra la dimensione normativa e quella esecutiva nel sistema dell'Unione europea¹².

Tale nuovo modello di integrazione suscita, tuttavia, alcuni interrogativi, quando l'interazione con le autorità nazionali nella strutturazione di decisioni vincolanti o l'applicazione del diritto nazionale da parte della BCE sono sottoposte allo scrutinio della CGUE¹³, in particolare: *i*) quali sono i

¹¹ Così L. BOUCON, D. JAROS, *The Application of National Law by the European Central Bank within the EU Banking Union's Single Supervisory Mechanism: a New Mode of European Integration?*, in *European Journal of Legal Studies*, 2018, p. 155 ss., spec. p. 166; F. ANNUNZIATA, *Developing Judicial Dialogue Between EU Courts: The Role of EU Banking Legislation*, in *San Diego Int'l L. J.*, n. 1, 2021, p. 21 ss., spec. p. 50. V. anche V. FERRARO, *I procedimenti amministrativi per la vigilanza prudenziale nei confronti delle imprese bancarie "significative". La natura del potere discrezionale esercitato dalle autorità coinvolte in tali procedimenti e la partecipazione dei soggetti interessati*, in *RIDPC*, n. 5, 2017, p. 1235 ss. Una norma analoga è prevista nella proposta di regolamento che istituisce l'Autorità per la lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo e che modifica i regolamenti (UE) n. 1093/2010, (UE) n. 1094/2010, (UE) n. 1095/2010, COM (2021) 421def, procedura 2021/240 COD, che all'art. 5, par. 6, prevede che «ai fini dell'assolvimento dei compiti attribuite dal presente regolamento, l'Autorità applica tutto il pertinente diritto dell'Unione e, se tale diritto dell'Unione è composto da direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive. Laddove il pertinente diritto dell'Unione sia costituito da regolamenti e al momento tali regolamenti concedano esplicitamente opzioni per gli Stati membri, l'Autorità applica anche la legislazione nazionale di esercizio di tali opzioni». La procedura legislativa è tuttora in corso.

¹² In dottrina il MVU è stato definito «a Hybrid Mode of European Integration»: cfr. L. BOUCON, D. JAROS, *op. cit.*, spec. p. 181.

¹³ Sul tema v. anche V. DI BUCCI, *Quelques questions concernant le controle juridictionnel sur le mécanisme de surveillance unique*, in AA. VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano, De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018,

limiti della cognizione *incidenter tantum*, da parte del giudice dell'Unione, degli atti preparatori nazionali che concorrono alla formazione dell'atto comunitario, ma non sono di per sé impugnabili negli ordinamenti nazionali; *ii*) come risolvere eventuali antinomie tra diritto dell'Unione europea e diritto nazionale quando la BCE applica quest'ultimo nell'esecuzione dei propri compiti di vigilanza.

Nella consapevolezza della difficoltà di trovare risposte esaustive a tali interrogativi, che coinvolgono questioni ancora in parte *sub iudice*¹⁴, nel presente contributo verranno svolte alcune riflessioni a tal proposito, evidenziando la novità (e la problematicità) delle soluzioni proposte dal giudice dell'Unione europea.

2. *Lo scrutinio degli atti preparatori nazionali nel procedimento di autorizzazione all'acquisizione o all'incremento di partecipazioni qualificate in enti creditizi*

I procedimenti composti¹⁵, ovvero quei procedimenti amministrativi

p. 316 ss. Si veda anche il contributo di L. S. ROSSI, *Effective judicial review in the banking union*, in *Treading softly: how central banks are addressing current global challenges*, 2023, reperibile *online*, p. 286 ss.

¹⁴ I procedimenti aventi ad oggetto l'impugnazione delle sentenze Tribunale 11 maggio 2022, T-913/16, *Fininvest e Berlusconi/BCE* e Tribunale 12 ottobre 2022, T-502/19, *Corneli/BCE* sono attualmente pendenti (rispettivamente, C-512/22 P e C-513/22 P, *Fininvest e Berlusconi/BCE e a.*, ove le conclusioni dell'Avvocato generale sono attese per il 16 maggio 2024, e C-777/22 P, *BCE/Corneli* e C-789/22 P, *Commissione/Corneli*). Nelle more della decisione dell'impugnazione della sentenza *Corneli*, inoltre, trattazione di un caso simile, ovvero la causa T-612/20, *Malacalza*, è stata "rinviata" (quindi non formalmente sospesa) a data da destinarsi, sostanzialmente per "aspettare" le indicazioni della Corte di giustizia. Il 29 dicembre 2023 è stato depositato il ricorso *Alessio e a./BCE* (causa T-1192/23) mediante il quale i 78 ricorrenti hanno chiesto l'accertamento della responsabilità extracontrattuale della BCE e la condanna della stessa al risarcimento dei danni per l'adozione delle decisioni annullate con la sentenza *Corneli*; anche tale causa è attualmente pendente.

¹⁵ Cfr., *ex multis*, G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi composti dell'Unione europea*, in F. BIGNAMI, S. CASSESE (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, 2004; G. MASTRODONATO, *I procedimenti amministrativi composti nel diritto comunitario*, Bari, 2007; J. ZILLER, *Les concepts d'administration indirecte et de coadministration et les fondements du droit administratif européen*, in J. B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (sous la direction de), *Traité de Droit Administratif Européen*, Bruxelles, 2014, p. 327 ss.; O. MIR, H. C. H. HOFMANN, J.-P. SCHNEIDER, J. ZILLER (dirs.), *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Union Europea*, Madrid, 2015; S. ALONSO DE LÉON, *Composite admi-*

che prevedono l'azione concorrente di istituzioni nazionali e dell'Unione europea, non rappresentano una novità nel panorama del diritto dell'Unione, essendo già previsti in ambito di fondi strutturali, politica agricola comune, organismi geneticamente modificati e nomina dei parlamentari europei, ma, come rilevato dall'Avvocato generale Sánchez-Bordona «nell'Unione bancaria si ricorre a tali procedimenti con molta più intensità e frequenza rispetto ad altri ambiti»¹⁶.

Si tratta di un fenomeno che si inserisce nell'evoluzione dell'attività amministrativa indiretta, ove l'Unione agisce tramite le autorità amministrative nazionali, svolgendo altresì un controllo delle stesse, tradizionalmente distinta dall'amministrazione diretta, ove le istituzioni e gli organi/organismi dell'Unione procedono senza intermediari. Al di là delle classificazioni relative alla tipologia di procedimenti (già ampiamente indagata da autorevole dottrina¹⁷), si assiste ad una costante evoluzione dei rapporti tra autorità nazionali ed europee, secondo modelli sempre più complessi e non omogenei, ove l'autorità europea svolge attività *lato sensu* amministrativa sulla scorta del diritto nazionale, che si presume (o si deve presumere) conforme al diritto europeo.

In tale contesto, inoltre, pare potersi osservare una certa evoluzione quanto all'intensità dello scrutinio da parte della CGUE circa gli atti risultanti da questo tipo di procedimenti, nel rispetto della ripartizione delle competenze tra autorità nazionali ed europee (sebbene non sia sempre facile tracciarne il confine), operando una distinzione netta tra le diverse tipologie di procedimenti composti in base all'autore dell'atto finale. Il procedimento di autorizzazione all'acquisizione o all'incremento di partecipazioni qualificate in enti creditizi viene esaminato dalla Corte di giustizia alla luce di tale contesto, cogliendo altresì l'occasione per evidenziare i criteri per la ripartizione delle competenze e lo spazio per lo scrutinio del giudice dell'Unione.

nistrative procedures in the European Union, Madrid, 2017; M. ELIANTONIO, *Judicial Review in an Integrated Administration: The Case of Composite Procedures*, in *Review of European Administrative Law*, n. 1, 2014, p. 65 ss.; W. GIULETTI, *Tecnica e politica nelle decisioni amministrative "composte"*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2, 2017, p. 327 ss.; B. G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, in M. P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2018, p. 335 ss., spec. p. 342.

¹⁶ Cfr. conclusioni dell'Avv. gen. Campos Sánchez-Bordona, del 27 giugno 2018, C-219/17, *Berlusconi e Fininvest s.p.a.*

¹⁷ Cfr. nota 15.

2.1. *Il limite allo scrutinio da parte della CGUE: la giurisprudenza Oleificio Borelli*

Nel *leading case* sul tema, *Oleificio Borelli*, si discuteva della legittimità di un atto della Commissione europea che aveva negato un contributo FE-OGA a detta società sulla base di un parere negativo espresso dal Consiglio regionale della Liguria, di per sé non impugnabile secondo le norme procedurali italiane¹⁸. In tale occasione la Corte di giustizia, dopo aver ribadito che «la Corte non è competente a statuire sulla legittimità di un atto emanato da un'autorità nazionale», ha concluso nel senso che tale constatazione «non può essere infirmata dal fatto che l'atto di cui trattasi si inserisce nell'ambito di un *iter* decisionale comunitario, poiché dalla ripartizione delle competenze fra le autorità nazionali e le istituzioni comunitarie effettuata nella materia considerata emerge chiaramente che l'atto emanato dall'autorità nazionale vincola l'organo decisionale comunitario e determina pertanto i termini dell'emananda decisione comunitaria»¹⁹.

Dunque, in tale occasione, la Corte affermava che le eventuali irregolarità di un atto nazionale non possono incidere sulla validità dell'atto finale delle istituzioni e che «è pertanto compito dei giudici nazionali statuire, se necessario previo rinvio pregiudiziale alla Corte, sulla legittimità dell'atto nazionale di cui trattasi conformemente alle modalità di controllo giurisdizionale applicabili a qualsiasi atto definitivo che, emanato dalla stessa autorità nazionale, possa recare pregiudizio a terzi, e di conseguenza considerare ricevibile il ricorso proposto a questo scopo, anche se le norme procedurali nazionali non lo prevedono in un caso del genere»²⁰.

Da un lato la Corte di giustizia ribadiva l'impossibilità di sottoporre al suo sindacato gli atti nazionali e dall'altro lato dettava chiare indicazioni quanto alla necessità di provvedere ad una tutela giurisdizionale nazionale effettiva, mostrando un certo "self-restraint" nei confronti dello scrutinio degli atti nazionali, ma non nei confronti dell'autonomia procedurale degli Stati membri²¹, indicando con precisione la necessità di consentire l'impugnabilità di tali atti a livello nazionale.

A tal proposito, l'Avvocato generale Misho, nelle sue conclusioni relative alla causa *Association Greenpeace France*, confermando la correttezza

¹⁸ Corte giust. 3 dicembre 1992, C-97/91, *Oleificio Borelli/Commissione*.

¹⁹ *Ivi*, punti 9 e 10.

²⁰ *Ivi*, punto 13.

²¹ Sul tema dell'autonomia procedurale degli Stati membri v. D. U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009.

di questa impostazione, affermava che il giudice comunitario, che ha competenza esclusiva a dichiarare l'invalidità di un atto dell'Unione, non potrebbe invece «formarsi un'opinione sull'esistenza di un'irregolarità ai sensi del diritto nazionale quando non ha alcuna competenza ad interpretare od applicare detto diritto nell'ambito delle competenze attribuitegli dagli artt. 173 del Trattato CE [oggi art. 263 TFUE] e 177 del Trattato [oggi art. 267 TFUE]»²².

2.2. *L'evoluzione della giurisprudenza della CGUE verso uno scrutinio pieno degli atti preparatori nazionali*

Questo orientamento è stato poi precisato, e in parte modificato, dalla Corte di giustizia negli anni successivi, valorizzando la responsabilità delle istituzioni dell'Unione europea, nei procedimenti composti c.d. *bottom up*, ove l'atto finale è adottato dall'Unione europea²³.

In *Svezia/Commissione* la questione verteva sul diniego opposto dalla Commissione europea all'accesso ad alcuni documenti, motivato sulla base di un parere in questo senso dello Stato membro coinvolto²⁴. La Corte di giustizia rilevava che il regolamento (CE) n. 1049/2001, ed in particolare gli artt. 4 e 5, che prevedono la possibilità per le istituzioni di opporre eccezioni alle richieste di accesso e che uno Stato membro può chiedere all'istituzione di non comunicare a terzi un documento che provenga da tale Stato senza il suo previo accordo, «non opera un riparto di competenze tra istituzioni europee e nazionali» ma delinea un processo decisionale che ha, come unico scopo, quello di determinare se l'accesso ad un documento debba essere rifiutato sulla base di una delle eccezioni specifiche; a detto processo decisionale partecipano sia l'istituzione comunitaria che lo Stato membro interessato. In tale caso «rientra nella competenza del giudice comunitario verificare, su domanda dell'interessato che si è visto opporre un rifiuto di accesso da parte dell'istituzione interpellata, se il rifiuto potesse validamente fondarsi sulle dette eccezioni, e ciò indipendentemente dal fatto che esso sia la conseguenza della valutazione di queste ultime effettuata dall'istituzione

²² Cfr. conclusioni dell'Avv. gen. Mischo, del 25 novembre 1999, C-6/99, *Greenpeace France e a.*

²³ Tali procedimenti composti si distinguono da quelli c.d. *top down*, che hanno inizio a livello europeo e si concludono con un atto nazionale. Cfr. ancora B. G. MATTARELLA, *op. cit.*, spec. p. 343.

²⁴ Corte giust. 18 dicembre 2007, C-64/05 P, *Svezia/Commissione*.

stessa oppure di quella compiuta dallo Stato membro in questione»²⁵. Dunque, la Corte considera che, stante la natura del procedimento composto in questione, non vi siano ostacoli ad uno scrutinio che investa indirettamente l'atto nazionale contenente le motivazioni del diniego di accesso.

La dottrina ha evidenziato che questo tipo di approccio, ove la CGUE accetta di vagliare gli atti nazionali preparatori rispetto ad un atto dell'Unione che risulta pertanto affetto da "*derivative illegality*" è legato a tre condizioni: *i*) l'imputabilità dell'atto finale alle istituzioni dell'Unione europea (nonostante l'intervento di quelle nazionali) e la mancata "correzione" del vizio prodottosi a livello nazionale nell'ambito della fase "comunitaria"; *ii*) la violazione della legalità "comunitaria" da parte dell'atto nazionale, ponendo la CGUE esaminare solo i vizi derivanti dalla violazione di norme di diritto dell'Unione europea, in ossequio al riparto di competenze; *iii*) (con specifico riferimento alle violazioni della legalità comunitaria nell'ambito della procedura nazionale) la rilevanza dei vizi procedurali secondo gli standard di tutela dell'Unione europea²⁶.

Come sopra ricordato, nell'ambito della peculiare struttura del MVU, sono stati introdotti diversi procedimenti composti. La CGUE ha colto l'occasione per ribadire il proprio scrutinio pieno sugli atti nazionali che si inseriscono nel procedimento che ha portato all'adozione dell'atto dell'Unione.

La questione si è posta nell'ambito del procedimento di autorizzazione all'acquisizione di una partecipazione qualificata di un ente creditizio disciplinata dalla direttiva 2013/36/UE in combinato disposto con il regolamento MVU e il regolamento Quadro MVU nel caso *Berlusconi e Fininvest*²⁷.

In tale occasione, ove la Corte si è pronunciata per la prima volta su questo tipo di procedimento composto, detta istituzione ha chiarito che il discrimine circa lo scrutinio degli atti nazionali che si inseriscono in un procedimento di questo tipo viene identificato secondo due assi cartesiani: *i*) il riparto di competenze tra Stati e istituzioni delineato dalle norme che descrivono detto procedimento, in ragione degli obiettivi perseguiti; *ii*) il margine di discrezionalità lasciato all'istituzione dell'Unione rispetto alla decisione preliminare nazionale.

Se, in base al riparto di competenze, l'autorità nazionale ha un potere

²⁵ *Ivi*, punto 94.

²⁶ Cfr. F. BRITO BASTOS, *Derivative Illegality in European Composite Administrative Procedures*, in *CMLR*, n. 1, 2018, p. 101 ss., spec. p. 119 ss.

²⁷ Corte giust. 19 dicembre 2018, C-219/17.

esclusivo di adottare un atto che vincola l'istituzione eliminando (o quasi) lo spazio discrezionale di questa, si produce una situazione nel solco della giurisprudenza *Oleificio Borrelli*, ove l'atto nazionale sfugge allo scrutinio della Corte e la tutela giurisdizionale deve essere assicurata dal giudice dello Stato. Se, invece, gli atti nazionali, all'interno del procedimento composto considerato, sono unicamente atti preparatori per l'adozione di una decisione vincolante da parte dell'istituzione, mantenendo questa un ampio potere discrezionale, allora si esce da un rigido riparto di competenze, ma si instaura quello che viene definito come un «meccanismo particolare di collaborazione fondato sulla competenza decisionale esclusiva dell'istituzione»²⁸. In questo caso allora, vi sarà la competenza esclusiva della CGUE per lo scrutinio dell'atto delle istituzioni, ma non solo: detto scrutinio potrà essere esteso «incidentalmente» anche agli atti preparatori nazionali²⁹.

Recentemente, anche l'Avvocato generale Kokott ha affermato chiaramente che «la competenza esclusiva dei giudici dell'Unione comprende anche il controllo (in via incidentale) di legittimità di taluni atti preparatori o proposte delle autorità nazionali coinvolte di natura tale da incidere sul contenuto della decisione finale della BCE»³⁰ in un caso, sempre nell'ambito del MVU, relativamente ad una decisione di revoca dell'autorizzazione all'accesso all'attività di ente creditizio.

Come rilevato da autorevole dottrina, la Corte di giustizia ha replicato tale orientamento anche nell'ambito del secondo pilastro dell'Unione bancaria, il Meccanismo di Risoluzione Unico³¹, nel caso *ICCREA Banca*³².

In generale, pare potersi ritenere che questo schema sia replicabile per ogni procedimento composto con le stesse caratteristiche ovvero quando si tratti di un meccanismo particolare di collaborazione fondato sulla competenza decisionale esclusiva dell'istituzione.

2.3. *Conseguenze e criticità del controllo degli atti nazionali incidenter tantum operato dalla CGUE*

L'unicità del controllo giurisdizionale nei procedimenti composti enunciata dalla CGUE nei termini sopra riferiti si traduce nella competenza della

²⁸ *Ivi*, punto 48.

²⁹ *Ivi*, punto 58.

³⁰ Conclusioni dell'Avv. gen. Kokott, del 25 maggio 2023, C-750/21 P e C-256/22 P, *Pilatus Bank*.

³¹ Cfr. ancora L. S. ROSSI, *Effective judicial review in the banking union*, cit., spec. p. 290.

³² Corte giust. 3 dicembre 2019, C- 414/18.

stessa a sindacare – in via incidentale – gli eventuali vizi degli atti preparatori nazionali, spogliando – di fatto – di tale competenza il giudice dello Stato.

Nella sentenza *Berlusconi e Fininvest*, così come nella pronuncia *IC-CREA*, la Corte riafferma la propria competenza a vagliare (sebbene *incidenter tantum*) gli atti preparatori nazionali, anche per evitare «valutazioni divergenti nell'ambito di uno stesso procedimento»³³ che potrebbero poi tradursi in una limitazione della competenza esclusiva della Corte a statuire sulla legittimità della decisione finale.

Si pone, quindi, innanzitutto la questione relativa agli strumenti del giudice dell'Unione per valutare i vizi degli atti preparatori nazionali e l'incidenza degli stessi sull'atto finale della BCE, ovvero per interpretare correttamente il diritto nazionale. Tale questione si pone anche nel caso dell'applicazione del diritto nazionale direttamente da parte della BCE nell'ambito del MVU e pertanto verrà esaminata nel seguito (v. par. 5).

In secondo luogo, da tale impostazione deriva la responsabilità della BCE per gli atti preparatori delle autorità nazionali: ove il vizio dell'atto nazionale incida su quello europeo tanto da causarne l'illegittimità (e dunque l'annullamento in sede di giurisdizione comunitaria), la BCE potrebbe quindi essere chiamata a risarcire l'eventuale danno ai sensi degli artt. 268 e 340, terzo comma, TFUE.

In tal caso, occorre valutare la possibilità per la BCE di agire a sua volta per il risarcimento del danno da parte dello Stato: il danno provocato dalla BCE, in ipotesi, ad un istituto bancario, potrebbe trovare la sua origine non tanto nell'atto di detta istituzione, quanto nei vizi dell'atto preparatorio nazionale. È possibile chiedersi, dunque, se la stessa BCE non possa agire per essere a sua volta tenuta indenne da tale responsabilità. Tale tipo di azione pare, tuttavia, difficilmente configurabile secondo i canoni che regolano attualmente l'azione di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea, per il cui esperimento è richiesta la violazione sufficientemente caratterizzata di una norma preordinata ad attribuire diritti ai singoli³⁴, in quanto non è scontato che l'atto nazionale possa ritenersi viziato per una violazione del diritto dell'Unione, potendo esserlo unicamente in virtù del diritto nazionale e che la BCE possa essere considerata soggetto leso al pari dei "singoli". Ove tale strada non fosse percorribile, dovrebbe, quindi, trovarsi un rimedio all'interno del sistema nazionale, in ossequio al principio della leale collaborazione.

³³ *Berlusconi e Fininvest*, sopra citata, punto 50.

³⁴ Cfr. Corte giust. 4 luglio 2000, C-352/98 P, *Bergaderm e Goupil/Commissione*, punto 41.

Pare, tuttavia, preferibile ritenere che il danno, anche ove provocato da un atto preparatorio dell'autorità nazionale rimanga in capo alla BCE, autorità con il potere esclusivo e discrezionale di decisione, nonché con la competenza tecnica di individuare eventuali errori negli atti preparatori nazionali. Del resto, come rilevato dall'Avvocato generale Sánchez-Bordona il «MVU è una struttura complessa, a più livelli, costituita dalla BCE e dalle ANC [autorità nazionali competenti], nella quale la BCE occupa una posizione fondamentale, assume la responsabilità del funzionamento del sistema e controlla tutti gli aspetti del meccanismo»³⁵.

Si potrebbe forse valutare la possibilità per la BCE di sollecitare una procedura di infrazione da parte della Commissione europea, ove la violazione dell'atto preparatorio nazionale possa essere configurata come una violazione del diritto dell'Unione europea, immaginando un nuovo ruolo per tale tipo di procedura, diretta ad un controllo più penetrante della legalità nel settore della vigilanza bancaria.

Infine, ci si può chiedere se il controllo *incidenter tantum* degli atti nazionali da parte della CGUE debba necessariamente essere limitato ai profili di legalità "comunitaria"³⁶, o non possa estendersi nel senso di consentire alla stessa anche uno scrutinio alla luce dei vizi derivanti dalla violazione del solo diritto nazionale. In dottrina è stato rilevato che il limite dello scrutinio degli atti nazionali con riferimento al solo diritto dell'Unione è rimasto implicito, a partire dalla sentenza *Toepfer*³⁷ ed effettivamente anche nella recente sentenza *Berlusconi e Fininvest* si parla genericamente della competenza esclusiva degli organi giurisdizionali dell'Unione a valutare incidentalmente se gli atti preparatori nazionali presentino vizi che possano inficiare la legittimità della decisione della BCE³⁸. Se la CGUE può effettuare una cognizione degli atti nazionali al fine di rilevarne il contrasto con il diritto dell'Unione, non paiono esservi motivi per non estendere tale cognizione anche ai vizi che discendono dallo stesso diritto nazionale. Tale seconda opzione pare preferibile, anche per evitare lacune di tutela: ben potrebbe, infatti, un atto nazionale essere scevro da vizi "comunitari", ma affetto da vizi ai sensi del diritto nazionale e, nella misura in cui la cognizione dello stesso è sottratta al giudice nazionale in ossequio al principio di unicità del controllo giurisdizionale, trattandosi di atti preparatori rispetto ad un atto

³⁵ Cfr. conclusioni dell'Avv. gen. Campos Sánchez-Bordona, *Berlusconi e Fininvest s.p.a.*, sopra citate, par. 104.

³⁶ Come sostenuto da F. BRITO BASTOS, *op. cit.*, spec. p. 127.

³⁷ *Ibidem*. Cfr. anche Corte giust. 1° luglio 1965, 106/63 e 107/63.

³⁸ *Berlusconi e Fininvest*, sopra citata, punto 57.

definitivo adottato discrezionalmente da un'istituzione dell'Unione, se non vi fosse il controllo della CGUE, tali vizi non potrebbero in alcun modo essere rilevati. In questo senso autorevole dottrina ha evidenziato che «le juge de l'Union devra contrôler, de façon incidente, le respect de toutes les règles nationales dont la violation est susceptible d'affecter la légalité de l'acte final de la BCE»³⁹.

Evidentemente, nell'ambito di tale cognizione, sarà necessario per il giudice dell'Unione avere a propria disposizione gli strumenti necessari per interpretare il diritto nazionale (su cui v. *infra*, par. 5).

3. *Antinomie e aporie nell'applicazione del diritto nazionale da parte della BCE nell'ambito del MVU*

Se l'interazione tra BCE e autorità nazionali nei procedimenti composti suscita non pochi interrogativi quando la BCE adotta un atto (soggetto a scrutinio giudiziale) sulla base di un atto nazionale, come illustrato nei precedenti paragrafi, tale interazione è ancora più problematica quando è la stessa BCE ad applicare il diritto nazionale nell'esecuzione dei propri compiti di vigilanza.

Come sopra ricordato, l'art. 4, par. 3, del regolamento MVU prevede, infatti, che «ai fini dell'assolvimento dei compiti attribuiti dal presente regolamento e allo scopo di assicurare *standard* elevati di vigilanza, la BCE applica tutto il pertinente diritto dell'Unione e, se tale diritto dell'Unione è composto da direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive. Laddove il pertinente diritto dell'Unione sia costituito da regolamenti e al momento tali regolamenti concedano esplicitamente opzioni per gli Stati membri, la BCE applica anche la legislazione nazionale di esercizio di tali opzioni».

Tale norma appare una novità dell'ordinamento dell'Unione europea: in questo caso, infatti, non si tratta di un mero rinvio al diritto nazionale per integrare una nozione comunitaria o per individuare un limite alla sua applicazione, ma si conferisce direttamente ad un'istituzione dell'Unione il potere (e dovere) di applicare il diritto nazionale.

Da un lato, tale norma appare coerente con il sistema in cui si è inserito il MVU, ove si può osservare una stratificazione della normativa applicabile composta da diritto dell'Unione europea e nazionale, talvolta fusi e recipro-

³⁹ V. DI BUCCI, *op. cit.*, spec. p. 322.

camente integrati. Inoltre, la stessa BCE è affiancata dalle autorità nazionali nello svolgimento della vigilanza bancaria e per ogni “*significant institution*” è stabilita una unità funzionale mista che comprende personale proveniente dalla BCE e dalle autorità nazionali competenti (i c.d. *Joint Supervisory Teams*)⁴⁰, a dimostrazione della compenetrazione delle funzioni e degli ordinamenti.

Dall'altro lato, l'art. 4, par. 3, del regolamento MVU rivela non poche aporie e contraddizioni. In primo luogo, anche ove direttive e norma nazionale di recepimento non siano in contrasto, potrebbe in ogni caso verificarsi una non corretta applicazione della norma nazionale da parte della BCE. Tale applicazione comporterebbe l'illegittimità dell'atto della BCE per contrasto, *inter alia*, con lo stesso regolamento MVU⁴¹.

Le maggiori criticità nell'applicazione di questa norma, tuttavia, emergono quando il diritto nazionale non rappresenti un corretto recepimento della direttiva europea. In questo caso, infatti, la BCE, stando alla formulazione letterale dell'art. 4, par. 3, dovrebbe comunque applicare il diritto nazionale, in ipotesi incompatibile. Occorre, dunque, chiedersi quale sia il ruolo, in tale ipotesi, del principio di interpretazione conforme, il quale, come noto, impone a giudici e organi nazionali l'obbligo di interpretare, per quanto possibile, il proprio diritto interno in modo compatibile con il diritto dell'Unione europea⁴². Il limite dell'interpretazione conforme è rappresentato dai principi generali del diritto e dall'impossibilità di un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale. Nel caso specifico, occorre chiedersi come tale principio possa essere coordinato con il tenore letterale dell'art. 4, par. 3, del regolamento MVU e con la regola secondo la quale «la portata delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali va valutata alla luce dell'interpretazione che ne danno i giudici nazionali»⁴³, operazione che non appare scontata.

Ulteriori quesiti sorgono nel caso in cui, accertata l'impossibilità di procedere con un'interpretazione conforme e stante il contrasto tra diritto

⁴⁰ V. A. MAGLIARI, *I procedimenti amministrativi di vigilanza bancaria nel quadro del Single Supervisory Mechanism. Il caso dell'applicazione dei diritti nazionali da parte della BCE*, in *Rivista di Diritto Bancario*, n. 3, 2016, p. 271 ss., spec. p. 282.

⁴¹ Così notava F. ANNUNZIATA, *op. cit.*, spec. p. 52.

⁴² Corte giust. 13 novembre 1990, C-106/89, *Marleasing*, punto 8; 16 dicembre 1993, C-334/92, *Wagner Miret*, punto 20; 14 luglio 1994, C-91/92, *Faccini Dori*, punto 26; 22 maggio 2003, C-462/99, *Connect Austria*, punto 38.

⁴³ Cfr. Tribunale 24 aprile 2018, da T-133/16 a T-136/16, *Caisse régionale de crédit agricole mutuel Alpes Provence/BCE*, punto 84.

dell'Unione europea e diritto nazionale, si prospetti un'eventuale disapplicazione della normativa nazionale a favore dell'applicazione di una norma di quella direttiva (purché chiara, precisa e incondizionata). Se da un lato questa è la soluzione tipica dei casi di antinomie tra diritto nazionale e dell'Unione, dall'altro lato essa contrasta inevitabilmente con la lettera dell'art. 4, par. 3, del regolamento MVU che prevede l'applicazione del diritto nazionale *tout court*.

Non solo. Immaginare una disapplicazione della norma nazionale a favore dell'applicazione della norma della direttiva in questione (sempre, ovviamente, che ne abbia le caratteristiche) comporta ulteriori problematiche ove tale direttiva possa essere applicata in pregiudizio di un soggetto privato. Si tratterebbe in questo caso di infrangere la regola del divieto di effetto diretto verticale "rovesciato" o "all'inverso" delle direttive (ovvero nei confronti o in pregiudizio dei privati)⁴⁴: sebbene la giurisprudenza più recente della Corte di giustizia abbia messo in dubbio tale regola, in ragione della necessità di garantire il rispetto di un principio generale quale il divieto di abuso del diritto o le regole a tutela della concorrenza⁴⁵, al momento si tratta di pronunce isolate e tale conclusione non pare in ogni caso giustificabile per il solo fatto che l'autorità che invoca l'effetto pregiudizievole sia quella europea in luogo di quella nazionale.

Diversa – ma altrettanto problematica – è l'ipotesi in cui non vi sia alcun diritto nazionale applicabile, perché la direttiva rilevante non è stata traspota nell'ordinamento interno. Anche in tal caso, l'applicazione *tout court* della norma comunitaria, quand'anche, in ipotesi, possibile, comporterebbe le criticità legate al contrasto con l'art. 4, par. 3, del regolamento MVU, e al divieto di effetto diretto verticale rovesciato.

Infine, occorre considerare il caso in cui il diritto nazionale sia applicato

⁴⁴ Cfr. Corte giust. 26 febbraio 1986, 152/84, *Marshall*, punto 48; 3 maggio 2005, C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*, punti 70 ss. Sul divieto di effetto diretto verticale rovesciato v. anche L. S. ROSSI, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Popławski*, in *Giustizia Insieme*, 3 febbraio 2021; D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali, Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, p. 362.

⁴⁵ Così notano D. SARMIENTO, S. IGLESÍAS SÁNCHEZ, *Is Direct Effect Morphing into Something Different?*, in *EU Law Live*, 4 March 2024 a proposito dei casi Corte giust. 26 febbraio 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, *N Luxembourg 1*; 26 febbraio 2019, C-116/16 e C-117/16, *T Danmark*, ove la Corte ha di fatto consentito l'invocazione di una direttiva non traspota da parte dello Stato nei confronti di un privato al fine di garantire l'applicazione del principio generale di divieto dell'abuso del diritto dell'Unione europea, nonché Corte giust. 21 dicembre 2023, C-66/22, *Infraestruturas de Portugal and Frutifer Indústrias Ferroviárias* ove la Corte ha ritenuto corretta l'esclusione da una gara di due concorrenti che avevano violato norme in tema di concorrenza sulla base di una direttiva non traspota dallo Stato.

correttamente dalla BCE, ma risulti di per sé in contrasto con la costituzione dello Stato membro da cui proviene⁴⁶, suscitando ulteriori criticità quanto al rapporto tra gli ordinamenti. In dottrina è stato sostenuto che ove il diritto nazionale preveda che il giudice avanti al quale pende la causa possa esaminare direttamente una questione di legittimità costituzionale, secondo un controllo diffuso, non vi sarebbero ragioni per ritenere che questa prerogativa non possa spettare anche alla CGUE⁴⁷. Nell'ipotesi di controllo accentrativo vi sarebbero ovviamente maggiori criticità, salvo immaginare un'ipotesi di rinvio dalla Corte di giustizia alla stessa Corte costituzionale nazionale, sulla base del principio di leale collaborazione⁴⁸ (sul punto v. *amplius infra*).

4. Nuovi interrogativi nell'applicazione dell'art. 4, par. 3, del regolamento MVU: il caso Corneli

A più di dieci anni dalla pubblicazione del regolamento MVU, gli interrogativi legati all'applicazione dell'art. 4, par. 3, sono ancora attuali. Anzi, la recente applicazione di questa norma da parte del Tribunale ne solleva di nuovi. Il riferimento è al caso *Corneli*, oggetto della pronuncia del Tribunale del 12 ottobre 2022⁴⁹ (la cui impugnazione è attualmente pendente presso la Corte di giustizia⁵⁰).

Un'azionista di minoranza della Banca Carige, la sig.ra Corneli, si era rivolta al Tribunale per ottenere l'annullamento di alcune decisioni della BCE che avevano, *inter alia*, disposto l'amministrazione straordinaria dell'istituto. Nell'analisi del caso, al di là di alcune questioni relative alla legittimazione e all'interesse ad agire della ricorrente (la cui analisi esula dalle finalità del presente contributo) emergevano profili di divergenza tra le norme della direttiva 2014/59/UE, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli

⁴⁶ Cfr. F. ANNUNZIATA, *op. cit.*, spec. p. 57: «The apex of the problems is reached when the relevant National Law that the ECB applied in its decision is challenged as being unconstitutional».

⁴⁷ V. DI BUCCI, *op. cit.*, spec. p. 330.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Tribunale 12 ottobre 2022, T-502/19, *Corneli/BCE*.

⁵⁰ Cfr. Corte giust., C-777/22 P e C-789/22 P, *BCE e Commissione/Corneli*. Per i primi commenti v. D. SARMIENTO, *Setting the limits of implementation of national law by EU institutions: the Corneli v. ECB case (T-502/19)*, in *EU Law Live*, 24 October 2022; F. ANNUNZIATA, T. DE ARRUDA, *The Corneli case (T-502/19), Challenges and issues in the application of national law by the ECB and the EU Courts*, in *EU Law Live*, 18 February 2023.

enti creditizi (la c.d. *Banking Recovery and Resolution Directive*, BRRD)⁵¹, e la legislazione italiana adottata ai fini della trasposizione della stessa, ovvero gli artt. 69 *octiesdecies* e 70 del Testo Unico Bancario (TUB).

La BRRD prevede, agli artt. 28 e 29, degli strumenti di intervento da parte della BCE in situazioni di crisi dell'istituto bancario, graduati progressivamente in ragione della gravità della stessa. Tali norme sono state trasposte in Italia attraverso la modifica del TUB⁵². Le norme del TUB, così modificate, prevedono che la rimozione degli organi amministrativi o di controllo possa essere disposta in caso di «gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie; o gravi irregolarità nell'amministrazione; o quando il deterioramento della situazione della banca o del gruppo bancario sia particolarmente significativo» all'art. 69 *octiesdecies*, e che le misure – più gravi – dello scioglimento degli organi amministrativi o di controllo e l'instaurazione dell'amministrazione straordinaria sono previsti in caso di «gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie di cui all'art. 69 *octiesdecies*, comma 1, lettera *b*); o gravi irregolarità nell'amministrazione di cui all'art. 69 *octiesdecies*, comma 1, lettera *b*); o quando sono previste gravi perdite del patrimonio», all'art. 70 TUB.

La ricorrente rimproverava alla BCE di aver erroneamente disposto l'amministrazione straordinaria di Banca Carige sulla base di un constatato «deterioramento della situazione della banca» (previsto dall'art. 69 *octiesdecies* come presupposto per le misure di “rimozione”), quando una misura così incisiva è consentita solo sulla base dei tassativi presupposti di cui all'art. 70 TUB. Dopo aver analizzato tali norme, il Tribunale constatava effettivamente la violazione dell'art. 70 TUB da parte della BCE, avendo detta istituzione adottato una decisione di instaurazione

⁵¹ Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio.

⁵² Decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 181, Modifiche del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 e del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, in attuazione della direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE), n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio.

di amministrazione straordinaria sulla base di un presupposto non contemplato da detta norma, ovvero il deterioramento della situazione della banca, previsto dalla legge italiana unicamente per soluzioni meno invasive⁵³.

Sia la BCE che la Commissione, però, affermavano che tale conclusione doveva essere superata in base ad una lettura dell'art. 70 TUB conforme all'art. 29 della direttiva BRRD, che lo stesso era diretto a trasporre. Una siffatta lettura della norma italiana avrebbe consentito – secondo le due istituzioni – la possibilità di disporre l'amministrazione straordinaria sulla base dei presupposti di cui all'art. 29, anche ove non espressamente richiamati dall'art. 70 TUB⁵⁴.

Secondo la BCE il conflitto doveva essere risolto alla luce dell'interpretazione del diritto nazionale in maniera conforme al diritto dell'UE, secondo un'impostazione "classica". A tal proposito il Tribunale affermava di avere lo stesso obbligo di interpretazione conforme gravante sui giudici nazionali quando è chiamato ad applicare il diritto nazionale di trasposizione di una direttiva⁵⁵.

Il Tribunale ricordava altresì la regola ai sensi della quale «la portata delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali va valutata alla luce dell'interpretazione che ne danno i giudici nazionali»⁵⁶, secondo un'interpretazione che potremmo definire conforme "alla rovescia". Secondo il Tribunale, tuttavia, la formulazione dell'art. 70 TUB era così chiara da non poter essere modificata in virtù di una interpretazione alla luce della direttiva: «l'obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale appena ricordato non può servire da fondamento ad un'interpretazione in contrasto con i termini utilizzati nella disposizione nazionale di recepimento di una direttiva»⁵⁷.

Il Tribunale respingeva, poi, anche l'argomento di Commissione e BCE secondo il quale la BCE era comunque tenuta ad applicare, nell'esecuzione dei suoi compiti, non solo il diritto nazionale, ma anche quello dell'Unione europea e dunque la BRRD e ciò sarebbe stato sufficiente a consentirle di assoggettare ad amministrazione straordinaria la banca in caso di deterioramento significativo. Secondo il Tribunale, infatti, l'art. 4, par. 3, del regolamento MVU indica chiaramente che quando il diritto dell'Unione europea

⁵³ *Corneli/BCE*, sopra citata, punto 100.

⁵⁴ *Ivi*, punto 102.

⁵⁵ *Ivi*, punto 103.

⁵⁶ *Ivi*, punto 104.

⁵⁷ *Ivi*, punto 106.

è composto da direttive, deve essere applicato il diritto nazionale di recepimento delle stesse in quanto detta «disposizione non può essere intesa come comprendente due fonti distinte di obblighi, vale a dire il diritto dell'Unione nel suo insieme, ivi comprese le direttive, al quale si dovrebbe aggiungere la legislazione nazionale che le recepisce»⁵⁸.

Secondo il ragionamento del Tribunale, tale interpretazione contrasterebbe con il tenore letterale dell'art. 288 TFUE, il quale prevede che le direttive vincolino solo gli Stati. Inoltre, opinare nel senso indicato da BCE e Commissione avrebbe come ulteriore conseguenza l'applicazione della direttiva in pregiudizio di un privato (quale era la ricorrente, nel caso di specie), in violazione della regola secondo la quale una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un privato e non può pertanto essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti⁵⁹. In conclusione, il Tribunale affermava quindi che «non si può porre rimedio all'errore commesso dalla BCE nell'applicazione dell'articolo 70 del testo unico bancario con un'interpretazione libera dei testi normativi che consenta di rimodellare le condizioni per l'applicazione di disposizioni concepite in modo distinto nella direttiva 2014/59 e nel diritto nazionale»⁶⁰.

4.1. *I nodi della sentenza Corneli, tra paradossi e profili di criticità*

Il caso *Corneli* rende evidente che l'applicazione dell'art. 4, par. 3, del regolamento MVU può essere foriera di questioni particolarmente complesse quanto al rapporto tra ordinamento nazionale e dell'Unione europea: nel caso di specie, infatti, la BCE – secondo l'accertamento del Tribunale – ha errato nell'applicare una norma del diritto italiano (l'art. 70 TUB), adottando una decisione di amministrazione straordinaria sulla base di una condizione (il deterioramento della situazione della banca) non prevista in tale norma (ma descritta quale presupposto per l'adozione di provvedimenti meno invasivi, secondo l'art. 69 *octiesdecies*) e nel corso del procedimento è stata prospettata altresì l'incompatibilità della norma italiana (erroneamente applicata dalla BCE) con la direttiva di cui rappresentava la trasposizione.

Si pone pertanto un doppio livello di criticità: da un lato, la BCE non avrebbe ben interpretato (e conseguentemente, applicato) il diritto italiano; dall'altro, detto diritto, quand'anche applicato correttamente, sarebbe (probabilmente) risultato in contrasto con il diritto dell'Unione europea.

⁵⁸ *Ivi*, punto 112.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Corneli/BCE*, sopra citata, punto 113.

Il Tribunale è chiaro nell'affermare, in ogni caso, che la BCE avrebbe dovuto applicare il diritto italiano, secondo le indicazioni dell'art. 4, par. 3, del regolamento MVU, non potendo applicare in sua sostituzione le norme della direttiva, per via del divieto di effetto verticale rovesciato della stessa, o procedere ad un'interpretazione *contra legem* delle norme italiane di trasposizione.

La conseguenza di tale statuizione è il paradosso per cui la BCE risulta tenuta ad applicare il diritto nazionale in ossequio alla norma del regolamento MVU, quand'anche in contrasto con il diritto dell'Unione.

Un ulteriore paradosso si rivela considerando che, in un'ipotesi del genere, la Commissione avrebbe potuto (e potrebbe) avviare una procedura d'infrazione nei confronti dello Stato che ha (mal) trasposto la direttiva, creando un evidente cortocircuito. D'altro canto, alla Commissione la misura di recepimento fu notificata e l'*assessment* compiuto come di rito da parte della stessa non rilevò profili di incompatibilità.

In tale circostanza, dunque, il primato del diritto dell'Unione europea "cede il passo" all'affermazione del diritto nazionale: il Tribunale sembra essere obbligato a tale conclusione dalla lettera dell'art. 4, par. 3, del regolamento MVU e dalle regole circa l'interpretazione del diritto dell'Unione e del diritto interno.

Per quanto questa conclusione possa suscitare non poche perplessità, soprattutto ove venisse confermata da successive pronunce, essa sembra giustificabile in virtù del principio di specialità che pare informare la formulazione dell'art. 4, par. 3, del regolamento MVU, ove vi è una scelta precisa del legislatore dell'Unione verso l'applicazione della regola nazionale. In dottrina l'art. 4, par. 3, è stato qualificato come "norma di rinvio" mobile o formale, attraverso cui il legislatore dell'Unione non procede alla diretta determinazione della disciplina, ma la rimette ad altre fonti⁶¹. Del resto, tale norma è chiara nell'affermare che se il diritto dell'Unione è rappresentato da direttive, la BCE è tenuta ad applicare la legislazione nazionale, e ciò anche in virtù dell'art. 288, par. 3, TFUE ai sensi del quale le direttive sono indirizzate agli Stati (e non alle istituzioni), per definizione.

Tale conclusione pare discendere dalle stesse peculiarità del MVU, ove le norme nazionali ed europee e i compiti di istituzioni nazionali e comunitarie si integrano per il raggiungimento di obiettivi comuni. In un sistema così peculiare, dunque, è plausibile anche la creazione di nuovi limiti al primato.

⁶¹ Cfr. A. MAGLIARI, *Il Single Supervisory Mechanism e l'applicazione dei diritti nazionali da parte della Banca Centrale Europea*, in RIDPC, n. 5, 2015, p. 1348 ss.

In un tale contesto, non pare nemmeno scontato l'obbligo per il Tribunale (o la Corte) di procedere ad un'interpretazione conforme del diritto nazionale al diritto dell'Unione europea. Del resto, detto principio è sempre stato enunciato con riferimento ai giudici nazionali: nella sentenza *Corneli*, infatti, il Tribunale afferma di avere lo stesso obbligo, ma non cita alcun riferimento a precedenti in questo senso. Tale obbligo non appare scontato nella misura in cui c'è una chiara opzione del legislatore verso l'applicazione del diritto nazionale, come quella dell'art. 4, par. 3, del regolamento MVU e vige in ogni caso la regola interpretativa secondo la quale la portata delle disposizioni nazionali va valutata alla luce dell'interpretazione dei giudici nazionali.

Resta il tema delle difficoltà legate all'interpretazione del diritto nazionale da parte del giudice dell'Unione. Per assurdo, il Tribunale pare trovarsi in una situazione peggiore rispetto a qualsiasi giudice nazionale, che di fronte ad un conflitto tra norma dell'Unione e nazionale come quello del caso *Corneli* avrebbe potuto sollevare un rinvio pregiudiziale o una questione di legittimità costituzionale, con l'obiettivo di non pregiudicare il primato. Il Tribunale avrebbe forse potuto proseguire nel proprio scrutinio circa la compatibilità della norma italiana con la direttiva, ma la questione viene lasciata sullo sfondo, probabilmente anche per ragioni di competenza, lasciando il compito (eventualmente) a Commissione europea e Corte di giustizia.

Come anticipato, la questione è attualmente sottoposta alla Corte di giustizia nell'ambito dell'impugnazione proposta dalla Commissione e dalla BCE avverso la sentenza del Tribunale.

Per quanto è dato di conoscere dall'estratto del ricorso pubblicato sul sito della Corte, la Commissione europea, tra le proprie censure⁶², indica che il Tribunale avrebbe violato l'art. 4, par. 3, del regolamento MVU e l'art. 70, primo comma, TUB perché «non avrebbe tenuto conto della necessità di procedere ad un'interpretazione sistematica, storica, teleologica e conforme alla Costituzione italiana e avrebbe omesso di considerare la giurisprudenza nazionale»⁶³. Inoltre, la Commissione denuncia anche la violazione dell'art. 288, terzo comma, TFUE nella misura in cui il Tribunale avrebbe erronea-

⁶² Nel caso *Corneli* erano state sollevate anche diverse eccezioni in ordine alla legittimazione e all'interesse ad agire di una singola azionista per l'impugnazione di decisioni della BCE, riproposte in sede di appello. L'analisi di tali questioni non è stata inserita in quanto non rileva ai fini del presente contributo.

⁶³ Cfr. impugnazione proposta il 22 dicembre 2022 dalla Commissione europea avverso la sentenza del Tribunale (Quarta Sezione ampliata), del 12 ottobre 2022, causa T-502/19, *Corneli/BCE*, causa C-789/22 P, estratto reperibile sul sito www.curia.europa.eu.

mente ritenuto che l'art. 70 TUB non potesse essere interpretato in maniera conforme all'art. 29 della BRRD. Secondo la Commissione, il Tribunale sarebbe venuto meno «al dovere che si impone al giudice di adoperarsi al meglio, nei limiti di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva di cui trattasi e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultima»⁶⁴.

Anche la BCE nel proprio ricorso in appello indicava gli errori di diritto del Tribunale nell'aver disconosciuto l'interpretazione data dai giudici nazionali all'art. 70 TUB, nonché nel non aver preso «in considerazione il diritto nazionale nel suo insieme», perché da questo emergerebbe la chiara volontà del legislatore italiano «di recepire integralmente e correttamente» la BRRD⁶⁵. Secondo la BCE, inoltre, il Tribunale avrebbe commesso un errore di diritto non prendendo in considerazione «l'interpretazione contestuale e teleologica degli articoli 69 *octiesdecies* e 70 del Testo Unico Bancario allo scopo delle misure di intervento precoce, inclusa l'amministrazione straordinaria» e «ritenendo che l'interpretazione conforme dell'art. 70 del Testo Unico Bancario a fronte dell'articolo 29 della direttiva 2014/59/UE costituisca un'interpretazione *contra legem* della normativa italiana»⁶⁶.

La Corte di giustizia dovrebbe quindi pronunciarsi sul rapporto tra interpretazione conforme e interpretazione in base alla giurisprudenza nazionale e sull'apprezzamento del diritto nazionale da parte del Tribunale.

Non è detto che possa farlo. Al di là delle eccezioni sollevate da BCE e Commissione circa l'irricevibilità del ricorso *Corneli* per la presunta carenza di legittimazione ed interesse ad agire della ricorrente, non è scontato che la Corte di giustizia si pronunci sui motivi relativi all'interpretazione del diritto nazionale da parte del Tribunale.

In linea di principio, infatti, l'interpretazione del diritto nazionale operata dal Tribunale nel proprio giudizio è considerata una questione di fatto, di per sé esclusa dal controllo della Corte in sede di appello, a meno che non sia dimostrato un manifesto snaturamento dello stesso⁶⁷. Del resto, lo stesso art. 58 dello Statuto indica che l'impugnazione di una sentenza del Tribunale presso la Corte «può essere fondata su motivi relativi all'incompetenza del

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Cfr. impugnazione proposta il 21 dicembre 2022 dalla Banca Centrale europea avverso la sentenza del Tribunale (Quarta Sezione ampliata), del 12 ottobre 2022, causa T-502/19, *Corneli/BCE*, causa C-777/22 P, estratto reperibile sul sito www.curia.europa.eu.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Cfr. ancora nota 7. Sul punto v. anche le conclusioni dell'avvocato generale Ćapeta dell'11 aprile 2024, in causa C-579/22 P, *Anglo Austrian AAB/ BCE e Far East*, par. 38 e 55.

Tribunale, a vizi della procedura dinanzi al Tribunale recanti pregiudizio agli interessi della parte ricorrente, nonché alla *violazione del diritto dell'Unione* [nda: enfasi aggiunta] da parte del Tribunale», precisando dunque che l'unica violazione soggetta a scrutinio è quella del diritto dell'Unione, non nazionale. In dottrina è stato, tuttavia, sostenuto che, anche se in un caso simile gli appellanti lamentano una violazione di una norma specifica del diritto nazionale, in realtà la questione verte altresì sulla violazione di una disposizione relativa all'applicazione dei trattati ai sensi dell'art. 263, par. 2, TFUE, ovvero l'art. 4, par. 3, del regolamento MVU⁶⁸.

In conclusione, si può affermare che, se l'applicazione del diritto nazionale da parte delle istituzioni, almeno nell'ambito del MVU, solleva importanti interrogativi quanto alla tenuta del principio del primato e alla coerenza del sistema, lo scrutinio da parte della CGUE in tali casi è altrettanto problematico.

4.2. Il "ripensamento" del Tribunale nella giurisprudenza successiva a *Corneli*: i casi Sber e BAWAG

Recentemente, il Tribunale è tornato a confrontarsi con l'applicazione del diritto nazionale da parte della BCE nell'ambito delle due cause *Sber*⁶⁹ e *BAWAG*⁷⁰, non formalmente riunite, ma decise entrambe il 28 febbraio 2024 nello stesso senso.

I casi sono relativi all'impugnazione *ex art. 263 TFUE* di decisioni della BCE, da parte di enti creditizi austriaci, soggetti alla vigilanza prudenziale diretta della BCE, rispettivamente la Sber Vermögensverwaltungs (Sber) e la BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse (BAWAG). Le decisioni impugnate hanno ad oggetto l'applicazione di interessi di recupero per il superamento dei limiti alle grandi esposizioni previsto dall'art. 395, par. 1, del regolamento n. 575/2013. In particolare, la Sber lamentava, *inter alia*, che le decisioni adottate dalla BCE relativamente all'imposizione degli interessi di recupero rappresentassero una violazione del principio del *ne bis in idem*, essendo tale ente già stato sanzionato per il superamento dei limiti alle esposizioni da precedenti decisioni adottate dalla BCE ai sensi dell'art. 18, par. 1, del regolamento MVU. Inoltre, in entrambe le cause, gli enti lamentavano che la determinazione degli stessi fosse sproporzionata (nel caso Sber gli interessi

⁶⁸ Cfr. V. DI BUCCI, *op. cit.*, p. 329 e 330.

⁶⁹ Tribunale 28 febbraio 2024, T-647/21 e T-99/22.

⁷⁰ Tribunale 28 febbraio 2014, T-667/21.

di recupero erano stati quantificati dalla BCE in € 2.120.926,08⁷¹ e nel caso BAWAG in € 19.332.923,82⁷²). Per la determinazione di tali interessi di recupero, la BCE aveva fatto ricorso al diritto austriaco, ed in particolare agli artt. 97, par. 1, punto 2, e 99e del Bundesgesetz über das Bankwesen (BWG), ritenendo che tali norme non le lasciassero alcun margine di discrezionalità.

Si poneva, pertanto, nuovamente la questione dell'applicazione del diritto nazionale da parte della BCE nell'esercizio dei suoi poteri di vigilanza, nonché dell'interpretazione del Tribunale. Con riferimento al motivo relativo alla violazione del principio di proporzionalità, in entrambi i casi, gli istituti ricorrenti lamentavano una violazione dell'art. 70 della direttiva 2013/36/UE del Parlamento e del Consiglio, del 26 giugno 2013, sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, il quale prescrive di modulare le sanzioni o le misure amministrative, secondo una serie di criteri quali la gravità e la durata della violazione, il grado di responsabilità della persona fisica o giuridica responsabile, la capacità finanziaria della stessa, l'importanza dei profitti realizzati (e delle perdite evitate), le perdite subite dai terzi, il livello di cooperazione con l'autorità competente, le precedenti violazioni e le potenziali conseguenze sistemiche. L'art. 97, par. 1, punto del BWG, invece, prevederebbe un automatismo che impedirebbe di modulare l'importo degli interessi di recupero in base a tali circostanze.

La BCE sosteneva di aver applicato l'art. 97, par. 1, punto 2, del BWG secondo l'interpretazione data dagli stessi giudici austriaci⁷³, ai sensi della quale l'imposizione di interessi di recupero è automatica qualora siano soddisfatte le condizioni previste da tale disposizione.

È interessante notare che, in entrambe le cause, la Repubblica d'Austria è intervenuta confermando che l'interpretazione dell'art. 97, par. 1, punto 2, del BWG accolta dalla BCE coincideva con quella dei giudici austriaci.

Il Tribunale procedeva pertanto a verificare se la BCE avesse eseguito una corretta interpretazione dell'art. 97, par. 1, punto 2, del BWG considerando di non disporre di alcun margine di discrezionalità nel modulare gli interessi di recupero, una volta soddisfatte le sue condizioni, nonché sulla compatibilità della norma nazionale con la direttiva 2013/36⁷⁴.

⁷¹ *Sber*, sopra citata, punto 9.

⁷² *BAWAG*, sopra citata, punto 15.

⁷³ *Sber*, sopra citata, punto 55.

⁷⁴ Cfr. *Sber*, sopra citata, punto 57 e *BAWAG*, sopra citata, punto 53.

In primo luogo, il Tribunale ricorda che, secondo costante giurisprudenza, quando è in questione l'interpretazione di una disposizione di diritto nazionale «in linea di principio, si deve valutare la portata delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali tenendo conto dell'interpretazione che ne danno i giudici nazionali»⁷⁵. A questo punto, il Tribunale introduce una sorta di presunzione: qualora l'interpretazione data dai giudici nazionali con riferimento ad una norma nazionale di recepimento di una direttiva sia nel senso della compatibilità con quest'ultima, tale interpretazione non può essere messa in discussione. Il Tribunale afferma, infatti, chiaramente che «in una siffatta ipotesi, le censure volte a rimettere in discussione la fondatezza dell'interpretazione fornita da detti giudici devono essere senz'altro respinte»⁷⁶. Secondo il ragionamento del Tribunale, tale «presunzione di fondatezza» dell'interpretazione data dai giudici nazionali non può valere, invece, quando questa non consenta di garantire la compatibilità del diritto nazionale con una direttiva. Di conseguenza, toccherebbe al Tribunale assicurare il rispetto del principio del primato, operare un'interpretazione del diritto nazionale per quanto possibile conforme alla direttiva, al fine di conseguire il risultato perseguito da quest'ultima⁷⁷. Tale affermazione suscita non poche perplessità e non paiono esservi precedenti in questo senso: l'obbligo di interpretazione conforme è sempre stato affermato con riferimento al giudice nazionale (ad eccezione del passaggio nel caso *Corneli*), tant'è che si cita a questo proposito la sentenza *Dominguez* (relativa ad un contesto nazionale)⁷⁸.

Sempre secondo il ragionamento del Tribunale, tale obbligo di interpretazione conforme si estenderebbe fino al punto di modificare, se del caso, una giurisprudenza consolidata, se questa si basa su un'interpretazione del diritto nazionale incompatibile con gli scopi della direttiva. A sostegno di tale affermazione il Tribunale cita come precedente la sentenza *Dansk Industri*⁷⁹, facendo emergere le contraddizioni del proprio ragionamento: in tale caso, infatti, la Corte affermava che «l'esigenza di un'interpretazione conforme include l'obbligo, per i giudici nazionali, di modificare, se del caso, una giurisprudenza consolidata se questa si basa su un'interpretazione del diritto nazionale incompatibile con gli scopi di una direttiva», ma è chiaro che tale *overruling* non può essere compiuto dal Tribunale, che

⁷⁵ Cfr. *Sber*, sopra citata, punto 58 e *BAWAG*, sopra citata, punto 57.

⁷⁶ Cfr. *Sber*, sopra citata, punto 59 e *BAWAG*, sopra citata, punto 58.

⁷⁷ Cfr. *Sber*, sopra citata, punto 61 e *BAWAG*, sopra citata, punto 60.

⁷⁸ Corte giust. 24 gennaio 2012, C-282/10.

⁷⁹ Corte giust. 19 aprile 2016, C-441/14.

non ha alcuna competenza o possibilità di modificare la giurisprudenza nazionale.

Il Tribunale conclude poi il proprio ragionamento affermando di essere competente, al pari del giudice nazionale, a disapplicare le norme di diritto nazionale contrastanti con una direttiva⁸⁰. Il Tribunale però non si pronuncia sulle questioni lasciate aperte da *Corneli* a tal proposito, ovvero la possibilità di applicare una direttiva “in pregiudizio” di un privato, con un effetto verticale rovesciato, o in ipotesi la lacuna creata nel caso in cui non sia possibile procedere nemmeno in questo senso, per le caratteristiche delle norme della direttiva in questione.

Adempiendo al proprio obbligo di interpretazione conforme, il Tribunale procede ad interpretare l'art. 97 BWG in conformità alla direttiva 2013/36 e dunque escludendo che la stessa preveda un automatismo nell'imposizione degli interessi di recupero tale da eliminare ogni margine di discrezionalità della BCE, contrariamente a quanto sostenuto dai giudici austriaci, raggiungendo pertanto la conclusione che la BCE ha violato il principio di proporzionalità e annullando le relative decisioni impugnate.

In conclusione, si può quindi affermare che il ragionamento del Tribunale nei casi *Sber* e *BAWAG* rappresenti un “ripensamento” rispetto al caso *Corneli*, in cui il primato aveva ceduto il passo alla peculiarità del sistema di vigilanza unico, ma non risolve le aporie e le criticità emerse. Come sopra illustrato (e come approfondito nel successivo par. 5.2), la conclusione che gravi sul Tribunale l'obbligo di interpretazione conforme al pari dei giudici nazionali non è del tutto condivisibile e l'ipotesi di disapplicazione del diritto nazionale da parte del Tribunale lascia aperte le aporie relative all'eventuale applicazione delle norme delle direttive in pregiudizio dei singoli, in violazione del divieto di effetto verticale rovesciato.

Permangono, inoltre, tutte le criticità legate all'interpretazione del diritto nazionale da parte del giudice dell'Unione europea e agli strumenti a disposizione dello stesso per svolgere tale compito.

5. *La cognizione del diritto nazionale da parte della CGUE*

Sia nell'ambito dello scrutinio dell'atto nazionale adottato all'interno di un procedimento composto, per valutarne i profili di illiceità che potrebbero avere una ripercussione negativa sull'atto delle istituzioni, sia con rife-

⁸⁰ Cfr. *Sber*, sopra citata, punto 63 e *BAWAG*, sopra citata, punto 62.

rimento al controllo circa l'applicazione del diritto nazionale da parte della BCE nel contesto del MVU, risulta necessario individuare gli strumenti a disposizione della CGUE per procedere a tale cognizione.

5.1. *Il principio iura novit curia e la CGUE*

In primo luogo, occorre chiedersi se nell'ordinamento dell'Unione europea trovi applicazione il principio *iura novit curia*, ai sensi del quale il giudice si ritiene competente a conoscere e ad applicare le norme del diritto rilevanti nel caso di specie, ivi compreso il diritto straniero. Nell'ordinamento italiano, in virtù di detto principio, al giudice spetta anche il potere di applicare il diritto straniero, come indicato dall'art. 14 della legge 218/1995, ai sensi del quale «l'accertamento della legge straniera è compiuto d'ufficio dal giudice».

I sistemi di *common law* ignorano o relativizzano il principio *iura novit curia*, in quanto «gli “*adversarial proceedings*” appaiono refrattari nei confronti di qualsiasi elemento, considerato “inquisitorio”, che possa influire sulla soluzione della causa e che non sia stato sollevato dalle parti»⁸¹, mentre negli ordinamenti di *civil law* tale principio è osservato, lasciando al giudice la libertà di intervenire sulle questioni di pura applicazione del diritto, anche in assenza di elementi forniti dalle parti⁸².

Il principio *iura novit curia* pare essere applicato anche nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione: anche la CGUE, infatti, ha il potere di riformulare i quesiti pregiudiziali e di utilizzare parametri normativi non indicati dalle parti o dal giudice nazionale⁸³. Non solo: la CGUE, nel prendere in considerazione e interpretare il diritto nazionale degli Stati membri nell'ambito del rinvio pregiudiziale e della procedura di infrazione, svolge un accertamento di detto diritto che senz'altro si fonda sulla prospettazione fatta dalle parti e dal giudice nazionale, il quale (nell'ambito del rinvio pregiudiziale) è tenuto nell'ambito della propria domanda, ad illustrare «il contenuto delle

⁸¹ Cfr. le conclusioni dell'Avv. gen. Colomer, del 26 giugno 2001, C-480/99 P, *Plant*, par. 34.

⁸² Cfr. le conclusioni dell'Avv. gen. Colomer, dell'11 luglio 2002, C-466/00, *Kaba*, par. 92.

⁸³ Cfr. *ex multis* Corte giust. 14 marzo 2017, C-157/15, *G4S Secure Solutions*, punto 33: «La circostanza che il giudice del rinvio abbia formulato una questione pregiudiziale facendo riferimento soltanto a talune disposizioni del diritto dell'Unione non osta a che la Corte fornisca a detto giudice tutti gli elementi di interpretazione che possano essere utili alla decisione della causa di cui è investito, indipendentemente dal fatto che esso vi abbia fatto riferimento o meno nella formulazione delle sue questioni».

norme nazionali applicabili alla fattispecie e, se del caso, la giurisprudenza nazionale in materia»⁸⁴. Tuttavia, la giurisprudenza dimostra che l'accertamento del contenuto del diritto nazionale può essere effettuato anche d'ufficio dalla CGUE. Nell'ambito della procedura di infrazione, ad esempio, in un caso riguardante il Portogallo, detto Stato aveva sollevato un'eccezione di irricevibilità del ricorso della Commissione poiché detta istituzione non aveva allegato la legge portoghese ritenuta in contrasto con il diritto dell'Unione: la Corte però aveva respinto tale eccezione, sottolineando che «dal momento che detta normativa è pubblicata nel Diário da República e dunque pubblicamente accessibile, la Corte è in grado di verificare la veridicità delle affermazioni della Commissione quanto al contenuto delle disposizioni controverse»⁸⁵.

Dunque, il principio *iura novit curia* pare applicabile nell'ordinamento dell'Unione negli stessi termini dell'ordinamento italiano, consentendo quindi alla Corte non solo la possibilità di mutare la qualificazione giuridica dei fatti e considerare parametri normativi non indicati dalle parti, ma anche di accertare d'ufficio il contenuto del diritto nazionale rilevante nel caso di specie.

5.2. *Il conflitto tra obbligo di interpretare le norme nazionali alla luce della giurisprudenza dei giudici nazionali e obbligo di interpretazione conforme, tra tutela e limiti al primato*

Lo scrutinio del diritto nazionale solleva anche diverse questioni interpretative, allo stato di difficile soluzione, come dimostrato dai casi *Corneli*, *Sber* e *BAWAG*.

Come sopra ricordato, secondo un costante orientamento della CGUE «la portata delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali va valutata alla luce dell'interpretazione che ne danno i giudici nazionali»⁸⁶. In questo senso, la CGUE ha sempre valorizzato la giurisprudenza nazionale: in *Alpes Provence*, ad esempio, il Tribunale, per interpretare

⁸⁴ Cfr. reg. proc. Corte di giustizia, art. 94, 26 novembre 2019 e raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale.

⁸⁵ Corte giust. 18 novembre 2010, C458/08, *Commissione/Portogallo*, punto 52.

⁸⁶ Cfr. Corte giust. 27 giugno 1996, C240/95, *Schmit*, punto 14 e giurisprudenza citata; 16 settembre 2015, C433/13, *Commissione/Slovenia*, punto 81 e giurisprudenza citata; Tribunale 24 aprile 2018, da T133/16 a T136/16, *Caisse régionale de crédit agricole mutuel Alpes Provence/BCE*, punto 84.

una norma della legge francese applicata dalla BCE ai sensi dell'art. 4, par. 3, del regolamento MVU e rilevante nell'ambito del giudizio di impugnazione di alcune decisioni della BCE, ha fatto riferimento ad una sentenza del *Conseil d'Etat* ritenuta sufficiente per stabilire la portata di tale norma. Tale regola di interpretazione deve, tuttavia, essere conciliata con il canone dell'interpretazione conforme, secondo il quale una norma nazionale deve essere interpretata in senso conforme al diritto dell'Unione europea⁸⁷.

Nel caso *Corneli*, il Tribunale affermava di dover procedere ad un'interpretazione conforme, ma ricordava i limiti di tale principio, ovvero i principi generali del diritto e il divieto di interpretazione *contra legem* e faceva applicazione di quest'ultima eccezione, ritenendo non possibile superare la lettera del TUB nel caso di specie; raggiunta tale conclusione, il Tribunale riteneva quindi che, in virtù dell'art. 4, par. 3, del regolamento MVU, in caso di contrasto tra direttiva e diritto nazionale di recepimento quest'ultimo dovesse "prevalere", anche per evitare pregiudizi ai singoli derivanti da un'eventuale applicazione della direttiva in senso verticale alla rovescia.

In *Sber* e *BAWAG*, il Tribunale riteneva di essere tenuto ad effettuare un'interpretazione del diritto nazionale in senso conforme alla direttiva, al pari dei giudici nazionali e ricordava che il fondamento di tale obbligo dovesse essere individuato (sempre al pari di quanto accade per i giudici nazionali) nell'esigenza di tutelare il primato. Tale conclusione non appare condivisibile: se è necessario che i giudici nazionali procedano in questo senso per la tutela del sistema, non pare potersi dire altrettanto per il giudice dell'Unione, che storicamente ha individuato i limiti al primato, per il bilanciamento con e la garanzia di altri valori e interessi, come illustrato da autorevole dottrina⁸⁸, e dunque ben può procedere, ove lo richieda la peculiarità del sistema, diversamente, privilegiando l'applicazione del diritto nazionale. Nel caso di specie, è evidente che la specificità del sistema del MVU e dell'Unione bancaria, ove il diritto nazionale è fortemente integrato con quello dell'Unione europea, porti a ritenere che vi possa essere una scelta

⁸⁷ Per una recente ricostruzione del principio di interpretazione conforme, v. A. CIRCOLO, *Il giudice nazionale e l'obbligo di interpretare il proprio diritto in materia conforme al diritto dell'Unione*, in *EJ*, 28 maggio 2023.

⁸⁸ Cfr. L. S. ROSSI, *Il principio del primato come "regola di coesione" dell'ordinamento dell'Unione europea*, in questa *Rivista*, fascicolo speciale n. 1, 2024 Atti del V Convegno nazionale AISDUE Padova, 4/5 novembre 2023, spec. par. 5, ove afferma che «in realtà il primato non è assoluto nemmeno per la Corte, che ha riconosciuto diversi limiti al principio, creando in via giurisprudenziale degli strumenti per garantire flessibilità al principio di fronte a valori importanti per gli Strati membri».

espressa del legislatore dell'Unione per l'applicazione del diritto nazionale, in virtù del principio di specialità, anche a scapito del primato.

Peraltro, se la CGUE ha già evidenziato che, in ossequio all'obbligo di interpretazione conforme, occorre cambiare la giurisprudenza nazionale, non potrà però essere il giudice dell'Unione a farlo: il cortocircuito è evidente in *Sber* e *BAWAG*, ove il Tribunale ricorda tale corollario del principio di interpretazione conforme, ma nel caso di specie è la sentenza dello stesso Tribunale a "superare" la sentenza dei giudici nazionali. Dunque, la regola dell'interpretazione conforme, pare travolgere il canone secondo cui nell'interpretazione delle norme nazionali, la portata delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative va valutata alla luce dell'interpretazione che ne danno i giudici nazionali

L'affermazione dell'obbligo di interpretazione conforme per il giudice dell'Unione nei casi *Sber* e *BAWAG*, inoltre, non risolve i problemi e le aporie sorti in *Corneli*: in tali casi, il Tribunale indica che, ove detta interpretazione non sia possibile, sarà necessario procedere alla disapplicazione del diritto nazionale: questo significa che, ove ne abbia le caratteristiche, sarà possibile applicare una direttiva in pregiudizio dei singoli, secondo l'effetto diretto verticale rovesciato? Autorevole dottrina ha sostenuto che in tale caso la risposta dovrebbe essere affermativa, in ossequio all'obiettivo del regolamento MVU, ovvero l'applicazione del diritto dell'Unione europea⁸⁹.

La risposta sarà data probabilmente dalla Corte di giustizia nella sentenza che chiuderà l'impugnazione del caso *Corneli*.

5.3. Un possibile rimedio: un rinvio pregiudiziale "all'indietro"

Alla luce di quanto sopra, emerge chiaramente la difficoltà nell'applicazione del diritto nazionale da parte della BCE e nell'interpretazione dello stesso da parte del giudice dell'Unione.

Si potrebbe, a tal proposito, immaginare una nuova prospettiva di dialogo tra le corti. Del resto, una maggiore apertura al dialogo tra giudice dell'Unione e corti nazionali, anche nel senso di consentire un confronto sul diritto interno, è già stata suggerita nell'ambito della proposta di istituire una sezione mista, composta da giudici della Corte di giustizia insieme a giudici delle Corti costituzionali, per risolvere questioni di competenza, avanzata dalla dottrina⁹⁰ e ripresa dal *paper* franco-tedesco sulle prospettive

⁸⁹ Cfr. V. DI BUCCI, *op. cit.*, p. 328.

⁹⁰ Cfr. J. H. H. WEILER, D. SARMIENTO, *The EU Judiciary After Weiss – Proposing A New Mixed Chamber of the Court of Justice*, in *EU Law Live*, June 2020.

di riforma dell'Unione⁹¹. In dottrina, proprio con riferimento allo scrutinio circa l'applicazione del diritto nazionale da parte della BCE nel contesto del MVU, è già stato proposto di istituire un «*renvoi prèjudiciel "renversé"*», ovvero dalla Corte di giustizia alla Corte costituzionale nazionale, limitato all'ipotesi in cui la norma nazionale applicata dalla BCE susciti dei profili di legittimità costituzionale⁹². Il fondamento di tale meccanismo è stato ravvisato nel principio di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE⁹³.

Ebbene, tale fondamento potrebbe ben servire anche per un meccanismo più ampio: in questo senso, si potrebbe dare vita, quale ausilio della Corte, ad un rinvio pregiudiziale “alla rovescia” o “all'indietro”, ovvero la possibilità per la Corte e/o per il Tribunale di richiedere alle giurisdizioni nazionali (verosimilmente, le più alte o forse solo la Corte costituzionale) la corretta interpretazione del diritto interno. Si tratterebbe, in fondo, di istituzionalizzare una cooperazione già sperimentata nell'ambito del rinvio pregiudiziale, ove la Corte può già chiedere chiarimenti e precisazioni al giudice nazionale⁹⁴, ed estenderla ad altri procedimenti. Del resto, già in passato il prof. Tesauro osservava che «gli apporti reciproci [tra ordinamento nazionale e dell'Unione] sono infatti inerenti al sistema. La considerazione del diritto degli Stati membri e più in generale di norme “altre” rispetto al diritto dell'Unione è infatti parte necessaria del modo di essere e di operare del giudice dell'Unione. [...] Si tratta [...] di un dialogo tra ordinamenti e fra giudici di diversi ordinamenti, con un continuo scambio di esperienze e di valori, che realizza la ricchezza vera del controllo giurisdizionale sull'armonia dell'intero sistema giuridico comunitario»⁹⁵.

6. *Alcune riflessioni conclusive*

Nel presente contributo, l'analisi è stata dedicata allo scrutinio da parte

⁹¹ Cfr. Report of the Franco-German working group on EU institutional reform, Paris Berlin, 18 September 2023, spec. p. 28: «We recommend the creation of a “Joint Chamber of the Highest Courts and Tribunals of the EU”, structuring the dialogue between European and Member States’ courts».

⁹² Cfr. V. DI BUCCI, *op. cit.*, p. 331.

⁹³ *Ivi*, p. 330.

⁹⁴ Cfr. raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale.

⁹⁵ G. TESAURO, *Art. 19 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 196 ss., spec. p. 205.

della CGUE circa l'interpretazione e l'applicazione del diritto nazionale da parte della BCE, in particolare nell'ambito di procedimenti composti quali quello per l'autorizzazione all'acquisizione o all'incremento di partecipazioni qualificate in enti creditizi, nonché ai fini dello svolgimento dei suoi compiti ai sensi dell'art. 4, par. 3, del regolamento MVU.

Sono state evidenziate le criticità legate alla cognizione *incidenter tantum* della validità degli atti nazionali da parte della CGUE, nonché circa l'interpretazione e applicazione del diritto nazionale da parte della BCE. In particolare, i casi *Corneli*, *Sber* e *BAWAG* hanno dimostrato la difficile conciliazione tra l'esigenza di rispettare la lettera dell'art. 4, par. 3, del regolamento MVU, e dunque applicare il diritto nazionale di trasposizione delle direttive, e garantire il primato, quando tali fonti si pongano in situazione di contrasto non rimediabile attraverso l'interpretazione conforme. Inoltre, tale canone di interpretazione deve essere coordinato con la regola secondo la quale le norme di diritto nazionale devono essere interpretate alla luce della giurisprudenza dei giudici nazionali. A tal proposito, è stato sottolineato come non sia del tutto condivisibile la tesi secondo cui il Tribunale sarebbe tenuto ad effettuare un'interpretazione del diritto nazionale in senso conforme al diritto dell'Unione, essendo tale obbligo delineato per i giudici nazionali, ben potendo, al contrario, il giudice dell'Unione identificare (e in quale modo creare) limiti al primato.

In *Corneli* ha prevalso l'applicazione del diritto nazionale, in ossequio all'art. 4, par. 3, del regolamento MVU, creando un nuovo "limite" al primato del diritto dell'Unione europea, ritenuto cedevole rispetto al primo per espressa scelta del legislatore dell'Unione. Come è stato illustrato tale opzione è da ritenere condivisibile alla luce delle specificità del sistema del MVU, ove diritto dell'Unione e nazionale si integrano reciprocamente e si stanno sperimentando nuove forme di cooperazione tra le istituzioni nazionali e dell'Unione. In *Sber* e *BAWAG* il Tribunale pare aver adottato un approccio più prudente e rispettoso del primato, che probabilmente sarà condiviso dalla Corte di giustizia nella sentenza sull'impugnazione di *Corneli*, attesa nei prossimi mesi. Ad oggi tale soluzione lascia tuttavia aperti i problemi relativi all'eventuale applicazione delle norme di una direttiva in pregiudizio di un singolo.

Tali questioni hanno evidenziato la necessità per la CGUE di trovare nuove soluzioni per l'interpretazione del diritto nazionale: un possibile strumento potrebbe essere un rinvio pregiudiziale "all'indietro", per consentire alla Corte di giustizia di avere lumi sull'interpretazione del diritto nazionale ed instaurare un dialogo costruttivo nell'obiettivo condiviso di creare un sistema di tutela completo.

Abstract (ita)

Nell'ordinamento dell'Unione europea è possibile rinvenire, con una certa frequenza, il riferimento al diritto nazionale, ad integrazione e completamento delle norme dell'Unione. Inoltre, la Corte di giustizia dell'Unione europea, nello svolgere il proprio compito di garante del rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati, si trova frequentemente a confrontarsi con il diritto nazionale, sia processuale che sostanziale (ad esempio nell'ambito del rinvio pregiudiziale e della procedura di infrazione).

Nell'ambito dell'Unione bancaria, il diritto nazionale viene in rilievo secondo una nuova prospettiva. In particolare, nell'ambito del primo pilastro dell'Unione bancaria, il Meccanismo di Vigilanza Unico, sono state sperimentate nuove forme di cooperazione tra la Banca Centrale Europea e le autorità nazionali competenti, da un lato introducendo numerosi procedimenti composti e dall'altro lato prevedendo che detta istituzione possa applicare direttamente il diritto nazionale degli Stati membri.

L'analisi dell'applicazione del diritto nazionale da parte delle BCE nonché del successivo scrutinio da parte della CGUE, in tale contesto, consente di osservare un nuovo modello di integrazione, ove diritto nazionale e dell'Unione si affiancano nella realizzazione di obiettivi comuni, secondo logiche diverse rispetto alla tradizionale applicazione del primato e dell'interpretazione conforme.

Il presente contributo è dedicato allo studio di tale interazione tra diritto nazionale e dell'Unione europea, con particolare attenzione alle criticità derivanti dalla cognizione (benché *incidenter tantum*) degli atti nazionali da parte della CGUE, nonché circa l'interpretazione e l'applicazione del diritto nazionale da parte della BCE, ipotizzando nuove prospettive di dialogo tra giudice nazionale e dell'Unione europea.

Abstract (eng)

It is possible to find, with some frequency, reference to national law in the European Union legal order, to supplement and complement the European Union rules. Moreover, the Court of Justice of the European Union, in carrying out its task of ensuring that the law is observed in the interpretation and application of the treaties, is frequently confronted with national law, both procedural and substantive (e.g., in the context of the preliminary ruling and of the infringement proceedings).

In the context of the Banking Union, national law comes to the fore in a new perspective. In particular, within the first pillar of the banking union, the Single Supervisory Mechanism, new forms of cooperation between the European Central Bank and the competent national authorities have been experimented with, on the one hand by introducing numerous compound procedures and, on the other hand, by providing that this institution can directly apply the national law of the Member States.

The analysis of the application of national law by the ECB, as well as the subsequent scrutiny by the CJEU in this context, makes it possible to observe a new model of integration, where national and Union law stand side by side in the realisation of common objectives according to different logics than the traditional application of primacy and consistent interpretation.

This contribution is devoted to the analysis of this interaction between national and EU law, with a particular focus on the critical issues arising from the CJEU's (albeit incidental *tantum*) appreciation of national acts, as well as on the ECB's interpretation and application of national law, hypothesising new perspectives of dialogue between national and EU courts.

PROSPETTIVE DI REVISIONE
DEL TEST *ARANYOSI E CĂLDĂRARU* (O TEST *LM*)
A PARTIRE DALLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU

Alessandro Rosanò*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Cenni sul rapporto tra fiducia reciproca e tutela dei diritti fondamentali nell’ambito del MAE. – 3. La giurisprudenza della Corte di giustizia quanto a fiducia reciproca e tutela dei diritti fondamentali nell’ambito del MAE: dalla fiducia cieca al test in due fasi. – 4.1. Cenni sulla giurisprudenza della Corte EDU quanto a protezione equivalente, fiducia reciproca e reciproco riconoscimento. – 4.2. Cenni sulla giurisprudenza della Corte EDU quanto a espulsioni verso Stati terzi, con particolare riferimento al caso delle estradizioni. – 5. Considerazioni critiche. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Quella del mandato d’arresto europeo (MAE) può essere senza dubbio descritta come una storia di successo nell’ambito del processo di integrazione europea. Al riguardo, basti considerare, oltre all’ampia messe di contributi dottrinali dedicati a tale strumento e alle significative giurisprudenze della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell’uomo (nel prosieguo, Corte EDU) sviluppatasi con riferimento a esso¹, il numero di MAE emessi dalle autorità giudiziarie degli Stati membri dell’Unione europea che, tra il 2014 e il 2021, si è mantenuto stabilmente sopra ai 14.000 all’anno².

Fermo questo, va però notato che il numero di MAE eseguiti è stato sempre di molto inferiore, attestandosi attorno ai 5.000 all’anno³. Il perché di una tale discrepanza solleva qualche problema quanto alla sua corretta identificazione, posto che non tutti gli Stati membri sono solerti nel rispondere ai questionari sull’applicazione del MAE inviati dalla Commissione europea. Comunque, una delle ragioni più frequentemente indicate concerne

* Ricercatore a tempo determinato di tipo A in Diritto dell’Unione europea, Università della Valle d’Aosta – Université de la Vallée d’Aoste.

¹ Si avrà modo di fornire i necessari riferimenti *infra*.

² Per questi dati, e-justice.europa.eu/90/EN/european_arrest_warrant.

³ *Ibidem*. Fa eccezione solamente il 2020, quando i MAE eseguiti furono 4.397.

il motivo di non esecuzione facoltativa contemplato dall'art. 4, n. 6), della decisione quadro 2002/584/GAI, relativo al caso in cui la persona ricercata dimori nello Stato membro di esecuzione, ne sia cittadino o vi risieda, se il MAE è stato emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà e se lo Stato in questione si impegna a eseguire la pena o misura di sicurezza conformemente al suo diritto interno⁴.

Solo in pochi casi il rifiuto di riconoscere ed eseguire un MAE è dovuto a ragioni connesse alla tutela dei diritti fondamentali. Nel 2016, appena 61 rifiuti sono stati giustificati (da sei Stati membri) alla luce di ciò⁵; nel 2017, i casi sono stati 109 (in sette Stati membri)⁶; nel 2018, 82 (in cinque Stati membri, e 76 di questi rifiuti sono stati opposti dalla Germania)⁷; nel 2019, 81 (in nove Stati membri, con 65 rifiuti da riferirsi alla Germania)⁸; nel 2020, 108 (in 10 Stati membri; 73 rifiuti sono stati formulati dalla Germania)⁹; nel 2021, 86 rifiuti (in 10 Stati membri; in 64 casi i rifiuti sono stati opposti da autorità giudiziarie tedesche)¹⁰.

Dati simili potrebbero condurre a concludere che i problemi quanto alla tutela dei diritti fondamentali dei destinatari dei MAE hanno natura recessiva. Viene però spontaneo chiedersi se ciò sia corretto se si tiene conto, per esempio, di un fenomeno quale quello della crisi dello Stato di diritto¹¹,

⁴ Commission Staff Working Document, *Replies to questionnaire on quantitative information on the practical operation of the European arrest warrant – Year 2016*, SWD(2019) 194 final, p. 5; *Replies to questionnaire on quantitative information on the practical operation of the European arrest warrant – Year 2017*, SWD(2019) 318 final, p. 6; *Replies to questionnaire on quantitative information on the practical operation of the European arrest warrant – Year 2018*, SWD(2020) 127 final, p. 6; *Statistics on the practical operation of the European arrest warrant – 2019*, SWD(2021) 227 final, p. 16; *Statistics on the practical operation of the European arrest warrant – 2020*, SWD(2022) 417 final, p. 16; *Statistics on the practical operation of the European arrest warrant – 2021*, SWD(2023) 262 final, p. 17.

⁵ Commission Staff Working Document, *Replies to questionnaire on quantitative information on the practical operation of the European arrest warrant – Year 2016*, cit., p. 6.

⁶ Commission Staff Working Document, *Replies to questionnaire on quantitative information on the practical operation of the European arrest warrant – Year 2017*, cit., p. 6.

⁷ Commission Staff Working Document, *Replies to questionnaire on quantitative information on the practical operation of the European arrest warrant – Year 2018*, cit., p. 6.

⁸ Commission Staff Working Document, *Statistics on the practical operation of the European arrest warrant – 2019*, cit., p. 22.

⁹ Commission Staff Working Document, *Statistics on the practical operation of the European arrest warrant – 2020*, cit., p. 22.

¹⁰ Commission Staff Working Document, *Statistics on the practical operation of the European arrest warrant – 2021*, cit., p. 22.

¹¹ Per un'introduzione alla nozione di Stato di diritto ai fini del diritto dell'Unione eu-

in atto da anni in alcuni Stati membri dell'Unione europea, il quale solleva *in primis* questioni attinenti alla protezione del diritto a un processo equo, con particolare riferimento ai profili inerenti al diritto a un giudice indipendente e a un tribunale costituito per legge. Riforme strutturali adottate per esempio in Polonia possono condurre a dubitare che i MAE siano stati emessi da autorità che presentano i suddetti caratteri e che, dunque, siano in grado di garantire i diritti dei destinatari dei MAE.

Al riguardo, va considerato che, a partire dalla sentenza *Aranyosi e Căldăraru*, la Corte di giustizia ha elaborato un test al fine di assicurare che i soggetti in questione non siano esposti a contesti contraddistinti da carenze sistemiche, generalizzate o di altro tipo (comunque, di particolare gravità), concentrandosi in un primo momento su profili attinenti al divieto di trattamenti inumani e degradanti e in seguito estendendo la sua analisi e l'ambito di applicazione del test anche agli aspetti summenzionati del diritto a un processo equo e, da ultimo, al rispetto della vita privata e familiare e alla tutela dell'interesse superiore del minore.

Ancorché il test in parola si configuri come un passo in avanti rispetto alla situazione pregressa, sono comunque emerse difficoltà connesse alla sua applicazione e, in generale, alla sua capacità di operare effettivamente ai fini della tutela dei diritti fondamentali.

Il presente contributo riguarda allora tale tema. Chiariti dunque i profili generali relativi al rapporto tra principio di fiducia reciproca e tutela dei diritti fondamentali nell'ambito del MAE (paragrafo 2) e i passaggi salienti della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia (paragrafo 3), si offre una panoramica relativa alla giurisprudenza della Corte EDU sul reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie nell'Unione europea (paragrafo 4) e su espulsioni ed estradizioni (paragrafo 5) così da identificare una via alternativa potenzialmente utilizzabile da parte della Corte di giustizia per quel che attiene alla tutela dei diritti (paragrafo 6). Le conclusioni riassumono il ragionamento svolto in questa sede (paragrafo 7).

ropea, senza pretesa di esaustività, L. PECH, 'A Union Founded on the Rule of Law': Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law, in *ECLR*, vol. 6, n. 3, 2010, p. 359 ss.; T. KONSTADINIDES, *The Rule of Law in the European Union. The Internal Dimension*, Oxford, 2017; M. CARTA, *Unione europea e tutela dello Stato di diritto negli Stati membri*, Bari, 2020; K. LENAERTS, *New Horizons for the Rule of Law Within the EU*, in *GLJ*, vol. 21, n. 1, 2020, p. 29 ss.; A. CIRCOLO, *Il valore dello stato di diritto nell'Unione europea. Violazioni sistemiche e soluzioni di tutela*, Napoli, 2023; K. LENAERTS, *On Checks and Balances: The Rule of Law Within the EU*, in *CJEL*, vol. 29, n. 2, 2023, p. 25 ss.

2. *Cenni sul rapporto tra fiducia reciproca e tutela dei diritti fondamentali nell'ambito del MAE*

L'assenza di un motivo di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione di un MAE concernente la tutela dei diritti fondamentali del destinatario del mandato rappresenta un elemento di criticità di tale strumento, evidenziato fin dall'entrata in vigore della decisione quadro 2002/584/GAI¹² dalla dottrina¹³, e che contraddistingue anche altri atti della cooperazione giudiziaria in materia penale¹⁴.

¹² Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, per un'introduzione alla quale (nella vastissima letteratura in materia), A. LANG, *Il mandato d'arresto europeo nel quadro dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in M. PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004, p. 19 ss.; R. BLEKXTOON, W. VAN BALLEGOOIJ (eds.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague, 2005; A. DAMATO, *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano (I)*, in *DUE*, vol. 10, n. 1, 2005, p. 21 ss.; A. DAMATO, *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano (II)*, in *DUE*, vol. 10, n. 2, 2005, p. 203 ss.; N. KEIJZER, E. VAN SLIEDREGT (eds), *The European Arrest Warrant in Practice*, The Hague, 2009; L. KLIMEK, *European Arrest Warrant*, Berlin, 2015.

¹³ Per alcune indicazioni dell'epoca, S. ALEGRE, M. LEAF, *European Arrest Warrant: A Solution Ahead of its Time?*, London, 2003; M. LUGATO, *La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato d'arresto europeo*, in *RDI*, vol. 86, n. 1, 2003, p. 27 ss.; I. VIARENGO, *Mandato d'arresto europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in M. PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004, p. 151 ss.; P. GARLICK, *The European Arrest Warrant and the ECHR*, in R. BLEKXTOON, W. VAN BALLEGOOIJ (eds), *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague, 2005, p. 171 ss.; L. MARIN, *The European Arrest Warrant and Domestic Legal Orders, Tensions between Mutual Recognition and Fundamental Rights: the Italian Case*, in *MJECL*, vol. 15, n. 4, 2008, p. 473 ss.

¹⁴ Si considerino la decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, la decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea, la decisione quadro 2008/947/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive, la decisione quadro 2009/829/GAI del Consiglio, del 23 ottobre 2009, sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare e la direttiva 2011/99/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, sull'ordine di protezione europeo. Nessuno di tali atti presenta un motivo di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione riguardante la tutela dei diritti fondamentali. La spiegazione di ciò è da ricondursi al fatto che il modello per l'elaborazione di essi fu fornito dalla decisione quadro sul

Con il MAE, come noto, si è inteso sostituire i meccanismi estradizionali a carattere intergovernativo con un sistema semplificato e più efficace fondato sul principio del reciproco riconoscimento¹⁵, in forza del quale la cooperazione non ha più luogo tra autorità governative, bensì tra autorità giudiziarie. Di conseguenza, è stato superato il carattere di discrezionalità politica tipico dei trattati di estradizione, sostituito da una valutazione tecnica condotta da parte di giudici dello Stato membro di esecuzione, i quali sono tenuti a eseguire il MAE a meno che non sussista un motivo di rifiuto tipizzato nella decisione quadro.

La mancata previsione di un motivo relativo alla tutela dei diritti fondamentali è da ricondursi al modo in cui è stato inteso il principio della fiducia reciproca quale fondamento, «presupposto ideologico e pratico»¹⁶, del reciproco riconoscimento e, di conseguenza, della cooperazione giudiziaria in materia penale (nonché civile)¹⁷. Esso implica la condivisione di un determinato assetto assiologico da parte degli Stati membri, in ragione della quale detti Stati possono fidarsi gli uni degli altri e, dunque, cooperare. Il punto è che è ben diverso reputare che tale condivisione sia già stata conseguita e, quindi, possa essere presunta, o invece che essa debba essere costantemente confermata nei rapporti tra gli Stati membri.

Secondo l'interpretazione datane da parte della Corte di giustizia nel parere 2/13 sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea sui diritti

MAE. L'impostazione in materia è mutata a partire dalla direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale, il cui art. 11, par. 1, lett. f), stabilisce che un ordine europeo di indagine penale possa non essere riconosciuto ed eseguito se sussistono seri motivi per ritenere che l'esecuzione dell'atto di indagine richiesto nell'ordine sia incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione ai sensi dell'articolo 6 TUE e della Carta dei diritti fondamentali.

¹⁵ È quanto viene tradizionalmente evidenziato dalla Corte di giustizia con riferimento al MAE. Si veda, *ex multis*, Corte giust. 5 aprile 2016, C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*, punti 75-76 e giurisprudenza ivi citata.

¹⁶ E. PISTOIA, *La cooperazione giudiziaria in materia civile e penale*, in R. TORINO, C. DI MAIO (a cura di), *Diritto e politiche dell'Unione europea*, Milano, 2020, p. 500.

¹⁷ Sul principio di fiducia reciproca, C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, Milano, 2006, p. 180 ss.; K. LENAERTS, *La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, in CMLR, vol. 54, n. 3, 2017, p. 805 ss.; E. PISTOIA, *Lo status del principio di mutua fiducia nell'ordinamento dell'Unione secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia. Qual è l'intruso?*, in FSJ, n. 2, 2017, p. 28; S. PRECHAL, *Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Union*, in EP, vol. 2, n. 1, 2017, p. 75 ss.; L.S. ROSSI, *Fiducia reciproca e mandato d'arresto europeo. Il "salto nel buio" e la rete di protezione*, in FSJ, n. 1, 2021, p. 1 ss.; C. RIZCALLAH, *The Principle of Mutual Trust in European Union Law. An Essential Principle Facing a Crisis of Values*, Bruxelles, 2022; A. WILLEMS, *The Principle of Mutual Trust in EU Criminal Law*, Oxford, 2022.

dell'uomo (CEDU), essa impone a ciascuno degli Stati membri di ritenere che tutti gli altri Stati membri rispettano il diritto dell'Unione e, in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo, fatte salve circostanze eccezionali. Di conseguenza, quando attuano il diritto dell'Unione, gli Stati membri possono essere tenuti a presumere il rispetto dei diritti fondamentali da parte degli altri Stati membri, mentre non possono né esigere da un altro Stato membro un livello di tutela nazionale più elevato di quello previsto dal diritto dell'Unione, né verificare se l'altro Stato membro abbia effettivamente rispettato, in un caso concreto, i diritti garantiti dall'Unione, salvi casi eccezionali¹⁸.

Come è stato detto, «mutual recognition creates extraterritoriality: in a borderless Area of Freedom, Security and Justice, the will of an authority in one Member State can be enforced beyond its territorial legal borders and across this area. The acceptance of such extraterritoriality requires a high level of mutual trust»¹⁹. Allora, non si dovrebbe avvertire neppure l'esigenza di introdurre un motivo di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione dedicato alla tutela dei diritti fondamentali, perché il punto di partenza dello sviluppo della cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri è offerto dalla convinzione che essi già rispettano – tra l'altro – i diritti fondamentali. Dunque, i MAE non dovrebbero sollevare problemi sotto questo punto di vista, in quanto *ab origine* coerenti con quei diritti e idonei a lederli.

Tale impostazione indubbiamente reca vantaggio alla cooperazione tra gli Stati membri, favorendola²⁰. Si può sicuramente parlare di una caratteristica del processo di integrazione europea che manifesta un *favor integrationis* e conduce all'emersione dell'idea di una comunità europea di diritto penale²¹.

¹⁸ Corte giust. parere 18 dicembre 2014, 2/13, punti 191-192. Sul parere, tra i tanti commenti, G. GAJA, *Una mancata disconnessione relativamente alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo?*, in *RDI*, vol. 98, n. 1, 2015, p. 148 ss.; D. HALBERSTAM, *'It's the Autonomy, Stupid!' A Modest Defense of Opinion 2/13*, in *GLJ*, vol. 16, n. 1, 2015, p. 106 ss.; E. SPAVENTA, *A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union After Opinion 2/13*, in *MJECL*, vol. 22, n. 1, 2015, p. 35 ss.; V. ZAGREBELSKY, *L'UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di Giustizia*, in *DUDI*, vol. 9, n. 1, 2015, p. 125 ss.

¹⁹ V. MITSILEGAS, *The Symbiotic Relationship Between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice*, in *NJECL*, vol. 6, n. 4, 2015, p. 457 ss.

²⁰ Lo ricorda N. LAZZERINI, *Gli obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali come limite all'esecuzione del mandato di arresto europeo: la sentenza Aranyosi e Căldăraru*, in *DUDI*, vol. 10, n. 2, 2016, p. 449.

²¹ K. LENAERTS, *Introduction*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (edité par), *La re-*

È pur vero però che sia la dottrina²², sia le giurisprudenze nazionali²³ sottolinearono fin da subito che la situazione concernente la tutela dei diritti fondamentali varia molto da Stato membro a Stato membro, con la conseguenza che la fiducia reciproca non può condurre a riconoscere priorità all'esecuzione dei provvedimenti giudiziari stranieri, risolvendosi in una forma di fiducia cieca²⁴.

Anche l'Avvocato generale Sharpston si espresse in maniera critica sul punto, sostenendo che le autorità giudiziarie dello Stato membro di esecuzione avrebbero dovuto prendere in considerazione i diritti fondamentali come risultanti dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali per decidere se eseguire un MAE, opponendo un diniego nell'ipotesi in cui detti diritti fossero stati violati in maniera rilevante²⁵.

Suscita un certo stupore, poi, il fatto che certi Stati membri, che pure avevano avallato quel modo di intendere la fiducia reciproca approvando la decisione quadro, al momento di trasporre tale atto negli ordinamenti nazionali reputarono opportuno introdurre motivi di rifiuto ulteriori connessi proprio alla tutela dei diritti. È il caso, per esempio, di Cipro²⁶, della Grecia²⁷, dell'Irlanda²⁸ e dell'Italia²⁹.

connaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne, Bruxelles, 2001, p. 12.

²² Oltre ai testi citati *supra*, si vedano S. PEERS, *Mutual Recognition and Criminal Law in the European Union: Has the Council Got It Wrong?*, in CMLR, vol. 41, n. 1, 2004, p. 5 ss.; H.G. NILSSON, *Mutual trust or mutual mistrust?*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (edité par), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, 2005, p. 29 ss.; V. MITSILEGAS, *The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU*, in CMLR, vol. 43, n. 5, 2006, p. 1277 ss.; C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 luglio 2013.

²³ Sul tema, J. KOMÁREK, *European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: in search of the limits of "contrapunctional principles"*, in CMLR, vol. 44, n. 1, 2007, p. 9 ss. ed E. VAN SLIEDREGT, *The European Arrest Warrant: Between Trust, Democracy and the Rule of Law*, in ECLR, vol. 3, n. 2, 2007, p. 244 ss.

²⁴ E. XANTHOPOULOU, *Mutual Trust and Rights in EU Criminal and Asylum Law: Three Phases of Evolution and the Unchartered Territory beyond Blind Trust*, in CMLR, vol. 55, n. 2, 2018, p. 489 ss.

²⁵ Conclusioni dell'Avv. gen. Sharpston, del 18 ottobre 2012, C-396/11, *Radu*, punti 73, 95.

²⁶ *Section 13 della Law on the European Arrest Warrant and the Surrender Procedures between Member States of the European Union* No. 133(I) of 2004.

²⁷ *Article 11 della Law 3251/2004, European arrest warrant, amendment to Law 2928/2001 on criminal organisations and other provisions*.

²⁸ *Section 37 dell'European Arrest Warrant Act 2003* (emendato nel 2012).

²⁹ Si veda la formulazione originaria dell'art. 18, lett. *d*), *g*), e *h*) della legge 22 aprile

Se, in origine, tale scelta fu fortemente contestata da parte della Commissione europea, la quale paventava il rischio che il rifiuto di riconoscere ed eseguire un MAE potesse essere opposto per un motivo non previsto dalla decisione quadro³⁰, creando quindi un'asimmetria nei rapporti tra gli Stati membri, in seguito giunse una sorta di avallo implicito da parte dell'esecutivo europeo, che riconobbe che la decisione quadro sul MAE «does not mandate surrender where an executing judicial authority is satisfied, taking into account all the circumstances of the case, that such surrender would result in a breach of a requested person's fundamental rights arising from unacceptable detention conditions»³¹.

Va notato però che, pur sollecitata in tal senso da parte del Parlamento europeo³², la Commissione europea non ha mai avanzato una proposta di modifica della decisione quadro, attraverso la quale introdurre un motivo di rifiuto relativo alla tutela dei diritti fondamentali.

Mancando un'iniziativa sul piano legislativo, l'attenzione si è rivolta a quello giurisprudenziale. Tuttavia, solo col tempo e passando attraverso diverse occasioni mancate³³, la Corte di giustizia è giunta a riconoscere l'esistenza di un'eccezione che legittima la sospensione ed eventualmente l'abbandono della procedura di consegna per ragioni collegate alla protezione dei diritti.

2005, n. 69, recante "Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri". A seguito della riforma della disciplina nazionale, realizzata con il d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10 (al riguardo, S. MONTALDO, L. GROSSIO, *La riforma della disciplina di recepimento del mandato d'arresto europeo: il nuovo assetto dei limiti all'esecuzione della richiesta di consegna*, in *FSJ*, n. 3, 2021, p. 95 ss.), si consideri l'art. 2 della legge, ai sensi del quale l'esecuzione del MAE non può, in alcun caso, comportare una violazione dei principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato o dei diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione, dei diritti fondamentali e dei fondamentali principi giuridici sanciti dall'art. 6 TUE o dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

³⁰ Commission Staff Working Document, *Annex to Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007) 979, 11 luglio 2007, p. 5.

³¹ *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation since 2007 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, COM(2011) 175 final, p. 7.

³² Risoluzione del Parlamento europeo del 27 febbraio 2014 recante raccomandazioni alla Commissione sul riesame del mandato d'arresto europeo (2013/2109(INL)).

³³ Parla della Corte di giustizia come della «strongest fortress of mutual trust» T. OSTROPOLSKI, *The CJEU as a Defender of Mutual Trust*, in *NJECL*, vol. 6, n. 2, 2015, p. 166 ss.

3. *La giurisprudenza della Corte di giustizia quanto a fiducia reciproca e tutela dei diritti fondamentali nell'ambito del MAE: dalla fiducia cieca al test in due fasi*

Nel corso degli anni, più volte la Corte di giustizia ha avuto modo di confrontarsi con il tema della tutela dei diritti fondamentali nell'ambito del MAE. Nella nota sentenza *Melloni*, i giudici di Lussemburgo escludono che l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali consentisse a uno Stato membro di subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla condizione che la sentenza di condanna potesse essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto a un processo equo e dei diritti della difesa come garantiti dalla Costituzione dello Stato membro di esecuzione³⁴. Interpretando l'art. 53 in maniera differente, si sarebbe permesso allo Stato membro di esecuzione di subordinare l'esecuzione del MAE al rispetto degli standard di tutela riconosciuti dal diritto interno. Ciò si sarebbe posto in contrasto con il principio del primato, dato che lo Stato membro in questione si sarebbe trovato nella condizione di ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta dei diritti fondamentali. Tuttavia, il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale anche di rango costituzionale non può sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel territorio di detto Stato³⁵.

Ulteriormente, nella sentenza *Radu*, la Corte di giustizia ricordò che gli Stati membri sono in linea di principio obbligati a dare esecuzione a un MAE, potendo opporre un rifiuto solamente nei casi di non esecuzione tassativamente indicati dalla decisione quadro, affermando poi che, per quanto la violazione dei diritti della difesa possa costituire, a certe condizioni, un motivo di non esecuzione, il fatto che il MAE sia stato emesso ai fini dell'esercizio di un'azione penale senza che la persona ricercata sia stata sentita

³⁴ Ai sensi dell'art. 53 della Carta, «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri».

³⁵ Corte giust. 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*, punti 56 ss. Per un commento, V. SKOURIS, *Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: les arrêts Melloni et Åkerberg Fransson*, in *DUE*, vol. 18, n. 2, 2013, p. 229 ss.; A. RUGGERI, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in *DUE*, vol. 18, n. 2, 2013, p. 399 ss.; L.F.M. BESSELINK, *The parameters of constitutional conflict after Melloni*, in *ELR*, vol. 39, n. 4, 2014, p. 531 ss.

dalle autorità giudiziarie di emissione non rientra tra tali motivi. Dunque, il rispetto del diritto a un ricorso effettivo e dei diritti della difesa (rispettivamente, artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali) non comporta che l'autorità giudiziaria di esecuzione possa opporre un rifiuto per tale ragione. Infatti, l'obbligo per le autorità giudiziarie emittenti di sentire la persona ricercata prima di emettere il MAE vanificherebbe le ragioni della procedura di consegna, visto che, per evitare la fuga del soggetto la cui consegna sia richiesta, un certo effetto sorpresa è richiesto³⁶.

Può richiamarsi altresì la pronuncia *F*, con la quale la Corte riconobbe che la decisione quadro sul MAE non impedisce agli Stati membri di introdurre nel loro ordinamento un ricorso sospensivo dell'esecuzione della decisione dell'autorità giudiziaria, fermo il fatto però che la pronuncia definitiva deve essere adottata entro i termini previsti dalla stessa decisione quadro. Al riguardo, comunque, la Corte sottolineò che nella procedura di consegna istituita dalla decisione quadro il diritto a un ricorso effettivo, riconosciuto dall'art. 13 della CEDU e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, riveste un'importanza particolare, atteso che la decisione quadro stabilisce che la decisione di consegnare deve essere assunta da un'autorità giudiziaria, il cui intervento è richiesto anche in altri casi. Per esempio, può farsi riferimento all'assenso all'azione penale, alla condanna o alla detenzione, il quale deve essere prestato dall'autorità di esecuzione ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà per eventuali reati anteriori alla consegna diversi da quello per cui il destinatario del MAE è stato consegnato (art. 27, par. 4, della decisione quadro), all'assenso per il caso di consegna o estradizione successiva (art. 28, par. 3, della decisione quadro) o ancora al ruolo che l'autorità giudiziaria di esecuzione può assumere nelle altre fasi della procedura di consegna, quali l'audizione del ricercato, la decisione di mantenere la persona in stato di detenzione o di trasferirla temporaneamente. Posto dunque che la procedura di consegna ha luogo sotto il controllo giudiziario, da questo discende secondo la Corte che le disposizioni della decisione quadro delineano già una procedura conforme all'art. 47 della Carta, a prescindere dalle modalità di attuazione scelte dagli Stati membri. Considerato poi che anche nell'ambito dell'esercizio dell'azione penale, dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza privative della libertà o del procedimento penale di merito (che non

³⁶ Corte giust. 29 gennaio 2013, C-396/11, *Radu*, punti 35-40. Per un commento, A. TINSLEY, *The Reference in Case C-396/11 Radu: When Does the Protection of Fundamental Rights Require Non-execution of a European Arrest Warrant?*, in *European Criminal Law Review*, vol. 2, n. 3, 2012, p. 338 ss.

rientrano nel campo di applicazione né della decisione quadro, né del diritto dell'Unione), gli Stati membri restano soggetti all'obbligo di rispettare i diritti fondamentali sanciti dalla CEDU o dal loro diritto nazionale, viene a essere confermato l'elevato livello di fiducia reciproca tra gli Stati membri³⁷.

I tre *arrêts* ora riassunti sembrano esprimere un approccio alquanto formalistico della Corte di giustizia al tema della tutela dei diritti fondamentali nel contesto del MAE, fortemente incline a confermare l'idea che la fiducia reciproca sia stata conseguita una volta per sempre e non possa più essere messa in discussione. Sul punto, tra l'altro, si consideri anche che, in *F*, la Corte di giustizia evidenziò che l'attuazione del MAE può essere sospesa solo in caso di grave e persistente violazione da parte di uno Stato membro dei principi sanciti all'art. 6, par. 1, TUE, constatata *ex art. 7 TUE*³⁸.

Negli stessi anni, però, l'impostazione assunta dai giudici di Lussemburgo relativamente alla tutela dei diritti nell'ambito del sistema comune di asilo fu ben diversa.

Anche qui si partì dalla premessa che il sistema fosse stato concepito in un contesto che permette di supporre che gli Stati che vi partecipano rispettano i diritti fondamentali, inclusi quelli che ravvisano il loro fondamento nella Convenzione di Ginevra, nel Protocollo sullo status di rifugiato del 1967 e nella CEDU. Dunque, gli Stati membri possono fidarsi reciprocamente e, così, presumere che il trattamento riservato ai richiedenti asilo in ciascuno Stato membro sia conforme a quanto prescritto dai trattati ora menzionati e dalla Carta dei diritti fondamentali. Non può però escludersi che il sistema debba confrontarsi con gravi difficoltà di funzionamento in

³⁷ Corte giust. 30 maggio 2013, C-168/13 PPU, *F*, punti 42 ss. Su questa pronuncia, A. DYEURE, *If You Can't Beat Them, Join Them. The French Constitutional Council's First Reference to the Court of Justice*, in *ECLR*, vol. 10, n. 1, 2014, p. 154 ss. e F.-X. MILLET, *How Much Lenience for How Much Cooperation? On The First Preliminary Reference of the French Constitutional Council to the Court of Justice*, in *CMLR*, vol. 51, n. 1, 2014, p. 195 ss.

³⁸ *F*, sopra citata, punto 49. Sull'art. 7 TUE, si vedano almeno W. SADURSKI, *Adding Bite to a Bark: The Story of Article 7, E.U. Enlargement, and Jörg Haider*, in *CJEL*, vol. 16, n. 3, 2009-2010, p. 385 ss.; C. SANNA, *Art. 7 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, p. 70 ss.; L.F.M. BESSELINK, *The Bite, the Bark, and the Howl: Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, in A. JAKAB, D. KOCHENOV (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2017, p. 128 ss.; B. NASCIBENE, *La violation grave des obligations découlant du Traité UE. Les limites de l'application de l'art. 7*, in *Liber amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 672 ss.; L. PECH, *Article 7 TEU: from 'nuclear option' to 'Sisyphian procedure'?*, in U. BELAVUSAU, A. GLISZCZYŃSKA-GRABIAS (eds.), *Constitutionalism under stress. Essays in honour of Wojciech Sadurski*, Oxford, 2020, p. 157 ss.

atto in uno Stato membro e, quindi, con il serio rischio che un richiedente asilo trasferito verso tale Stato non veda garantiti i suoi diritti. Ciò però non può portare automaticamente alla conclusione che il trasferimento non debba avere luogo, visto che si porrebbe in patente contrasto con il principio di fiducia reciproca. Dunque, gli Stati membri sono tenuti a non trasferire un richiedente asilo verso lo Stato membro competente per l'esame della sua domanda solamente quando non possono ignorare che le carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in quello Stato membro integrano motivi seri e comprovati per reputare che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti³⁹.

Questa soluzione a carattere bifasico fu in seguito recuperata dalla Corte del Kirchberg con riferimento al MAE, secondo una logica di «circularità delle soluzioni»⁴⁰, a partire dalla causa *Aranyosi e Căldăraru*, concernente il fatto che MAE emessi nei confronti di un cittadino ungherese e di un cittadino rumeno dovessero comunque essere eseguiti da un'autorità giudiziaria tedesca, nonostante sia l'Ungheria, sia la Romania fossero state condannate dalla Corte EDU per violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU) a causa delle condizioni di detenzione particolarmente precarie nei loro istituti di pena.

Fermo il riferimento al principio della fiducia reciproca, la Corte si interrogò in relazione alle circostanze eccezionali che permetterebbero di contestare l'assunto che gli Stati membri rispettano il diritto dell'Unione e, in particolare, i diritti fondamentali da esso garantiti. In questo senso, ricordato che il divieto di trattamenti inumani o degradanti è riconosciuto anche dall'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali e che esso ha carattere assoluto data la sua intima connessione con il valore della dignità umana, se l'autorità giudiziaria di esecuzione dispone di dati che attestano un rischio concreto

³⁹ Corte giust. 21 dicembre 2011, C-411/10, *N.S. e a.* Ulteriormente, possono vedersi Corte giust. 16 febbraio 2017, C-578/16 PPU, *C.K. e a.* e 19 marzo 2019, C-163/17, *Jawo*. Sul tema, G. MELLON, *The Charter of Fundamental Rights and the Dublin Convention: An Analysis of N.S. v. Secretary of State for the Home Department (C-411/10)*, in *EPL*, vol. 18, n. 4, 2012, p. 655 ss.; G. MORGESE, *Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronunzia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri*, in *SIE*, vol. 7, n. 1, 2012, p. 147 ss.; C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione dei rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *RDI*, vol. 98, n. 3, 2015, p. 701 ss.

⁴⁰ Così P. MENGOZZI, *L'applicazione del principio di mutua fiducia e il suo bilanciamento con il rispetto dei diritti fondamentali in relazione allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *FSJ*, n. 1, 2017, p. 3.

di trattamento inumano o degradante dei detenuti nello Stato membro di emissione, essa deve valutare la sussistenza di quel rischio. A tal fine, devono essere presi in considerazione elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati sulle condizioni di detenzione in atto nello Stato membro di emissione, tali da dimostrare la presenza di carenze sistemiche, generalizzate, che colpiscono determinati gruppi di persone o determinati centri di detenzione. Detti elementi possono ravvisarsi soprattutto in decisioni giudiziarie internazionali, quali le sentenze della Corte EDU, decisioni giudiziarie dello Stato membro emittente e decisioni, relazioni e altri documenti del Consiglio d'Europa o delle Nazioni Unite. Se le carenze sopra menzionate risultano dimostrate, l'autorità giudiziaria di esecuzione deve stabilire, in modo concreto e preciso, se sussistono motivi gravi e comprovati di ritenere che il destinatario del MAE corra il rischio di essere esposto a quelle carenze e, dunque, di vedere violato il suo diritto a causa delle condizioni di detenzione previste nei suoi confronti nello Stato membro di emissione. A tal fine, devono essere richieste informazioni all'autorità giudiziaria di emissione. Se le informazioni permettono di escludere la sussistenza del rischio concreto, il MAE deve essere eseguito. Altrimenti, spetta all'autorità giudiziaria di esecuzione decidere se porre fine alla procedura di consegna⁴¹.

Quindi, per garantire un bilanciamento tra fiducia reciproca e tutela dei diritti fondamentali, la Corte di giustizia iniziò a richiedere alle autorità giudiziarie di esecuzione di svolgere due ordini di accertamenti: uno, di carattere generale, concernente carenze di particolare gravità da ravvisarsi nello Stato membro di emissione; l'altro, relativo a un rischio di violazione in concreto⁴². In questo modo, «the Court has replaced a theoretical dogma of trust with a decentralised review over the protection of individual rights at national level. Trust is now coupled by a form of control»⁴³, che si configura come una sorta di *horizontal Solange*⁴⁴ e rafforza tanto il ruolo dei giudici nazionali quali giudici di diritto dell'Unione, quanto quello della Corte di

⁴¹ Aranyosi e Căldăraru, sopra citata.

⁴² G. ANAGNOSTARAS, *Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi and Căldăraru*, in CMLR, vol. 53, n. 6, 2016, p. 1692.

⁴³ S. MONTALDO, *On a Collision Course! Mutual Recognition, Mutual Trust and the Protection of Fundamental Rights in the Recent Case-law of the Court of Justice*, in EP, vol. 1, n. 3, 2016, p. 993.

⁴⁴ In questi termini, I. CANOR, *My brother's keeper? Horizontal Solange: 'An ever closer distrust among the peoples of Europe'*, in CMLR, vol. 50, n. 2, 2013, p. 383 ss.

giustizia quale arbitro delle competenze di controllo esercitate dalle corti nazionali⁴⁵.

Per ciò che riguarda il divieto di trattamenti inumani o degradanti, la soluzione prospettata in *Aranyosi e Căldăraru* – ossia, il test in due fasi – fu in seguito confermata nelle pronunce *ML* e *Dorobantu*, le quali comunque si contraddistinguono per alcuni ulteriori apporti di rilievo⁴⁶.

In *ML*, la Corte sostenne che, nell'ipotesi in cui lo Stato membro di emissione contempli nel proprio ordinamento mezzi di ricorso funzionali ad accertare la legittimità delle condizioni di detenzione sul piano della tutela dei diritti fondamentali, le autorità giudiziarie di esecuzione sono tenute a prendere in considerazione tale elemento ai fini della loro valutazione, per quanto la possibilità di accedere ai mezzi in parola non sia sufficiente a escludere che il destinatario del MAE, una volta consegnato, venga sottoposto a trattamenti inumani o degradanti. Dunque, deve in ogni caso essere condotto un esame in concreto relativo alle condizioni di detenzione nello Stato membro di emissione. Tale obbligo di verifica, però, non riguarda le condizioni in atto in qualunque istituto di pena in cui il destinatario del MAE potrebbe essere detenuto. Un simile accertamento sarebbe eccessivo e potrebbe non essere svolto entro i termini per la consegna fissati dalla decisione quadro, favorendo l'impunità del soggetto consegnando. Pertanto, alla luce del principio di fiducia reciproca, l'autorità giudiziaria di esecuzione deve appurare quali siano le condizioni di detenzione negli istituti di pena in cui, secondo le informazioni a sua disposizione, sia concretamente previsto che il destinatario del MAE verrà detenuto, eventualmente anche in via temporanea o transitoria. Ulteriormente, per quel che riguarda la verifica delle condizioni di detenzione, la Corte di giustizia richiamò ampiamente la sentenza *Muršić* della Corte EDU⁴⁷, rilevando che

⁴⁵ L. MARIN, “*Only You*”: *The Emergence of a Temperate Mutual Trust in the Area of Freedom, Security and Justice and Its Underpinning in the European Composite Constitutional Order*, in *EP*, vol. 2, n. 1, 2017, p. 150.

⁴⁶ Su questi sviluppi giurisprudenziali, G. COLAVECCHIO, *Il rispetto dei diritti fondamentali nell'esecuzione del mandato d'arresto europeo: l'evoluzione del two-step test e il ruolo degli organismi di prevenzione della tortura*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, n. 5, 2021, p. 1302 ss.

⁴⁷ Corte EDU 20 ottobre 2016, ric. n. 7334/13, *Muršić/Croazia*, punto 124. Si tratta di una sentenza fondamentale perché, come è stato detto, «“pone ordine” e “alle condizioni spazio-temporali si affianca anche una condizione “olistica”: si potrebbe definire “di chiusura”, ma non meno importante perché basata sul principio di dignità umana, la quale prevede che l'istituto di pena offra generalmente condizioni di detenzione dignitose e che la persona interessata non sia sottoposta ad ulteriori elementi ritenuti circostanze aggravanti di cattive condizioni di detenzione» (così A. GAUDIERI, *Sovraffollamento carcerario: i criteri dettati dalla*

il fatto che lo spazio personale di cui dispone un detenuto sia inferiore a tre metri quadri in una cella collettiva genera una forte presunzione di violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, la quale può tuttavia essere superata se si realizzano tre condizioni cumulative: la limitazione dello spazio personale è breve, occasionale e minore; la limitazione dello spazio personale nella cella è compensata da una libertà di movimento e da attività adeguate al di fuori della cella; le altre condizioni di detenzione sono dignitose e il detenuto non è esposto a circostanze che aggravino ulteriormente la sua situazione. Infine, la Corte sostenne che le garanzie date dalle competenti autorità di emissione quanto al fatto che il destinatario del MAE non verrà esposto a trattamenti inumani o degradanti a prescindere dall'istituto di pena in cui sarà detenuto sono un elemento che non può essere ignorato dall'autorità giudiziaria di esecuzione, visto che la violazione di quelle garanzie potrebbe essere fatta valere dinanzi agli organi giudiziari dello Stato di emissione. Se esse sono state fornite o, almeno, approvate dall'autorità giudiziaria di emissione, l'autorità giudiziaria di esecuzione è tenuta a fidarsi, perlomeno in assenza di altri elementi precisi che permettano di reputare contrarie al divieto di trattamenti inumani o degradanti le condizioni di detenzione esistenti in un certo istituto di pena⁴⁸.

In *Dorobantu*, facendo ulteriore riferimento a *Muršić*, i giudici di Lussemburgo affermarono che per calcolare lo spazio minimo di cui deve disporre chi sia detenuto in una cella collettiva nella quale si trovano mobili e infrastrutture sanitarie bisogna tenere conto dei criteri definiti dalla Corte EDU. Così, non si deve prendere in considerazione la superficie delle infrastrutture sanitarie, ma deve includersi lo spazio occupato dal mobilio, fermo il fatto che i detenuti devono conservare la possibilità di muoversi normalmente nella cella. Nell'ipotesi in cui un detenuto disponga di più di quattro metri quadri di spazio personale in una cella collettiva – e, quindi, tale profilo non sollevi problemi sul piano della tutela dei diritti –, gli altri aspetti delle condizioni di detenzione rimangono in ogni caso pertinenti ai fini della valutazione dell'adeguatezza delle condizioni di detenzione⁴⁹.

sentenza Dorobantu per il calcolo degli spazi. Una "bussola" per le scelte da compiere in periodo di emergenza sanitaria?, in *FSJ*, n. 2, 2020, p. 229, 235, cui si rimanda anche per la ricostruzione degli orientamenti progressivamente assunti dalla Corte EDU).

⁴⁸ Corte giust. 25 luglio 2018, C-220/18 PPU, *Generalstaatsanwaltschaft (Conditions de détention en Hongrie)*. Per un commento, A. ROSANÒ, *Du côté de chez Aranyosi, ovvero ancora su come la Corte di giustizia ha chiarito alcuni aspetti applicativi del test Aranyosi e Căldăraru*, in *DUDI*, vol. 13, n. 3, 2019, p. 427 ss.

⁴⁹ Corte giust. 15 ottobre 2019, C-128/18, *Dorobantu*. Per un commento, A. CORRERA,

Contemporaneamente, in *LM*, la Corte di giustizia riconobbe la possibilità per le autorità giudiziarie di esecuzione di applicare il test in due fasi anche per quel che riguarda la tutela del diritto a un processo equo, con particolare riferimento al diritto a un giudice indipendente. Al riguardo, il requisito dell'indipendenza dei giudici attiene al contenuto essenziale del diritto fondamentale a un equo processo *ex art. 47* della Carta. Esso è funzionale ad assicurare la protezione dei diritti ed è strettamente connesso al valore dello Stato di diritto, affermato all'art. 2 TUE, e al principio di tutela giurisdizionale effettiva *ex art. 19* TUE, il quale concretizza il valore ora menzionato. Affinché sia possibile fugare ogni legittimo dubbio circa l'indipendenza del potere giudiziario, devono esistere nell'ordinamento nazionale regole concernenti in particolare la composizione dell'organo, la nomina, la durata delle funzioni e le cause di astensione, di riconsiliazione e di revoca dei suoi membri e il regime disciplinare applicabile ai magistrati non deve operare come una forma di controllo politico sulle decisioni giudiziarie. Pertanto, gli Stati membri devono assicurare che le giurisdizioni nazionali presentino i caratteri necessari ad assicurare una tutela giurisdizionale effettiva e, dato che la decisione quadro sul MAE mira a realizzare una forma di cooperazione tra autorità giudiziarie, la salvaguardia dell'indipendenza di dette autorità diventa fondamentale anche ai fini del MAE. Alla luce di ciò, il test in due fasi va applicato anche alla tutela del diritto a un giudice indipendente ed è confermato che non è ammessa la sospensione automatica del MAE se il Consiglio europeo non ha constatato l'esistenza di una violazione grave e persistente dei valori dell'Unione secondo quanto stabilito all'art. 7 TUE⁵⁰.

La pronuncia è di fondamentale importanza non solo perché la Corte confermò che il test in due fasi può essere validamente applicato anche alla tutela di diritti fondamentali diversi dal divieto di trattamenti inumani o degradanti, assurgendo così a standard di riferimento in materia⁵¹. Deve

Mutual trust e rispetto dei diritti fondamentali: l'intensità del controllo dell'autorità giudiziaria di esecuzione del MAE sulle condizioni di detenzione nello Stato membro emittente, in *DPCE online*, vol. 42, n. 1, 2020, p. 869 ss.; L. LIONELLO, *Nuovi sviluppi per il test Aranyosi e Căldăraru ed il rapporto tra giurisdizioni: Dorobantu*, in *EJ*, n. 1, 2020, p. 107 ss.; E. CELORIA, *Le condizioni di detenzione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: nuove prospettive dopo la sentenza Dorobantu?*, in *La legislazione penale*, 6 giugno 2020.

⁵⁰ Corte giust. 25 luglio 2018, C-216/18 PPU, *LM*. Oltre ai commenti richiamati *infra*, si veda M. KRAJEWSKI, *Who is afraid of the European Council? The Court of Justice's cautious approach to the independence of domestic judges*, in *ECLR*, vol. 14, n. 4, 2018, p. 792 ss.

⁵¹ A. FRĄCKOWIAK-ADAMSKA, *Mutual trust and independence of the judiciary after the CJEU judgment in LM – new era or business as usual?*, in *EU Law Analysis*, 15 agosto 2018. Ulteriormente sul tema G. COLAVECCHIO, *L'indipendenza dei giudici nel Rule of Law back-*

altresì considerarsi che la causa *LM* traeva origine da tre MAE emessi da tre autorità giudiziarie polacche e che la difesa del destinatario del MAE si era opposta a che questi venisse consegnato mettendo in evidenza i gravi problemi concernenti l'indipendenza del potere giudiziario di quello Stato membro a seguito di una serie di riforme approvate a partire dal 2015⁵². Dunque, fu in questo momento che il tema della protezione dei diritti fondamentali nell'ambito del MAE arrivò a legarsi a quello della tutela dello Stato di diritto nell'Unione.

In seguito, rilevando significative difficoltà nell'eseguire la seconda parte del test per quel che riguarda il diritto a un giudice indipendente, il Tribunale di Amsterdam si è rivolto alla Corte di giustizia, chiedendo sostanzialmente se anche quella debba sempre trovare applicazione. Da parte sua, la Corte ha sostenuto che non eseguire un MAE in presenza di carenze sistemiche o generalizzate quanto all'indipendenza del potere giudiziario senza accertare la sussistenza dei motivi seri e comprovati che portano a ritenere che il destinatario del MAE corra un rischio reale di violazione equivale a introdurre un'ipotesi di rifiuto automatico non contemplata dalla decisione quadro. Un rifiuto automatico risulterebbe possibile soltanto sulla base della procedura di tutela dei valori dell'Unione, disciplinata dall'art. 7 TUE. Ciò vale anche per il caso di un aggravamento delle carenze riscontrate nello Stato membro di emissione. Del resto, secondo la Corte, ammettere il contrario si porrebbe in contrasto con la finalità di lotta all'impunità perseguita tramite il MAE, visto che si arriverebbe a non consegnare il destinatario del mandato anche in assenza di elementi relativi alla situazione individuale di questi⁵³.

sliding e la cooperazione giudiziaria europea in materia penale, in *I Post di AISDUE*, 7 luglio 2022, p. 555 ss.

⁵² Per una panoramica, C. CURTI GIALDINO, *La Commissione europea dinanzi alla crisi costituzionale polacca: considerazioni sulla tutela dello stato di diritto nell'Unione*, in *federalismi.it*, 15 giugno 2016; A. ANGELI, A. DI GREGORIO, J. SAWICKI, *La controversa approvazione del "pacchetto giustizia" nella Polonia di "Diritto e Giustizia": ulteriori riflessioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo*, in *DPCE online*, vol. 31, n. 3, 2017, p. 787 ss.; A. ŚLEDZIŃSKA-SIMON, *The Rise and Fall of Judicial Self-Government in Poland: On Judicial Reform Reversing Democratic Transition*, in *GLJ*, vol. 19, n. 7, 2018, p. 1840 ss.; W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019; S. GIANELLO, *La riforma giudiziaria in Polonia: la minaccia allo Stato di diritto oltre i confini nazionali*, in *DPCE*, n. 2, 2020, p. 489 ss.; M. WIĄCEK, *Constitutional Crisis in Poland 2015-2016 in the Light of the Rule of Law Principle*, in A. VON BOGDANDY ET AL. (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States. Taking Stock of Europe's Actions*, Heidelberg, 2021, p. 15 ss.

⁵³ Corte giust. 17 dicembre 2020, C-354/20, *Openbaar Ministerie (Indépendance de l'au-*

Su ulteriore richiesta del Tribunale di Amsterdam, la Corte di giustizia ha avuto modo non solo di chiarire che il test vale anche per il diritto a un giudice costituito per legge, ma altresì di esplicitare su quali profili deve concentrarsi l'attenzione dell'autorità giudiziaria di esecuzione nel momento in cui applica il test. La prima fase richiede una valutazione globale, condotta a partire da elementi oggettivi, affidabili, specifici e adeguatamente aggiornati, quali la proposta motivata della Commissione europea *ex art. 7, par. 1, TUE* e le sentenze delle Corti di Lussemburgo e Strasburgo. Quanto invece alla seconda fase, se il MAE è stato emesso per eseguire una pena o una misura privativa della libertà persona già inflitta (MAE in *executivis*), devono considerarsi elementi relativi alla composizione del collegio giudicante che ha conosciuto della causa penale e qualsiasi altra circostanza rilevante per valutare l'indipendenza e l'imparzialità di tale collegio. Se il MAE è stato emesso ai fini dell'esercizio di un'azione penale, gli elementi devono riguardare la situazione personale del destinatario del MAE, la natura del reato per il quale egli è sottoposto a procedimento, il contesto di fatto entro cui il MAE si inserisce o qualsiasi altra circostanza rilevante per accertare l'indipendenza e l'imparzialità del collegio verosimilmente chiamato a giudicare della causa. In entrambi i casi, spetta al destinatario del MAE fornire i suddetti elementi, così da dimostrare che le carenze sistemiche o generalizzate in atto con riferimento al sistema giurisdizionale dello Stato membro di emissione hanno avuto o potranno avere – a seconda dei casi – un'incidenza concreta sulla trattazione della sua causa. Ove l'autorità giudiziaria di esecuzione ritenga che gli elementi adottati non siano sufficienti a dimostrare ciò, può richiedere con urgenza all'autorità giudiziaria di emissione ogni informazione complementare che reputi necessaria e l'assenza di leale cooperazione da parte di tale autorità può essere presa in considerazione come ulteriore elemento pertinente⁵⁴.

All'inizio del 2023, la Corte di giustizia ha affermato che, in generale,

torité judiciaire d'émission). Per una critica focalizzata sul tema della nozione di autorità giudiziaria di emissione alla luce della sentenza della Corte di giustizia del 27 maggio 2019, cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU, *OG (Parquet de Lübeck)*, si veda A. ROSANÒ, *The road not taken? Recenti sviluppi sulla nozione di autorità giudiziaria emittente nell'ambito del MAE*, in *La legislazione penale*, 8 marzo 2021.

⁵⁴ Corte giust. 22 febbraio 2022, C-562/21 PPU e C-563/21 PPU, *Openbaar Ministerie (Tribunal établi par la loi dans l'État membre d'émission)*. Per un commento alla sentenza, G. ANAGNOSTARAS, *Trust must go on! The Celmer test redefined: Openbaar Ministerie*, in *ELR*, n. 6, 2022, p. 837 ss. Per una conferma dell'impostazione adottata dalla Corte, Corte giust. ord. 12 luglio 2022, C-480/21, *Minister for Justice and Equality (Tribunal établi par la loi dans l'État membre d'émission – II)*.

un MAE non può non essere eseguito per il fatto che il destinatario rischia di essere giudicato nello Stato membro di emissione da un organo giurisdizionale privo di competenza. Ciò non vale, però, ove egli disponga di elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati idonei a dimostrare l'esistenza di carenze sistemiche o generalizzate nel funzionamento del sistema giudiziario dello Stato membro emittente o di carenze che pregiudichino la tutela giurisdizionale di un gruppo oggettivamente identificabile di persone del quale faccia parte la persona interessata, quando tali carenze implicano che il soggetto interessato sia, in generale, privato, nello Stato membro di emissione, di un rimedio giuridico effettivo che consenta di controllare la competenza del giudice penale chiamato a giudicarlo. Ulteriormente, è richiesta la presenza di motivi seri e comprovati che portano a ritenere, alla luce di elementi forniti dal destinatario del MAE concernenti la sua situazione personale, la natura del reato per il quale è perseguito, il contesto fattuale in cui il MAE si inserisce o qualsiasi altra circostanza pertinente, che l'organo giurisdizionale verosimilmente chiamato a conoscere del procedimento nello Stato membro di emissione sia manifestamente privo di competenza⁵⁵.

Va poi menzionata la pronuncia GN (*Motif de refus fondé sur l'intérêt supérieur de l'enfant*) del 21 dicembre 2023. In questa, la Corte ha riconosciuto che l'autorità giudiziaria di esecuzione può rifiutare la consegna se destinataria del MAE è la madre di minori in tenera età con lei conviventi. Al riguardo, è necessario dimostrare la sussistenza di un rischio concreto di violazione del diritto fondamentale al rispetto della vita privata e familiare della madre (*ex art. 7 della Carta dei diritti fondamentali*) e dell'interesse superiore dei minori (protetto dall'art. 24, par. 2 e 3, della Carta), a causa di carenze sistemiche o generalizzate in ordine alle condizioni di detenzione delle madri di minori in tenera età e di cura di tali minori nello Stato membro di emissione e ove sussistano motivi seri e comprovati di ritenere che,

⁵⁵ Corte giust. 31 gennaio 2023, C-158/21, *Puig Gordi e a.* Per un commento, A. NATO, *Mandato di arresto europeo e principio di proporzionalità nella sentenza Puig Gordi*, in *SIE*, vol. 18, n. 2, 2023, p. 345 ss. Non si dà conto in questa sede di Corte giust. 18 aprile 2023, C-699/21, *E.D.L. (Motif de refus fondé sur la maladie)* perché la soluzione prospettata da parte della Corte di giustizia non concerne l'applicazione del test in due fasi, bensì dell'art. 23, par. 4, della decisione quadro sul MAE, ai sensi del quale la consegna può, a titolo eccezionale, essere temporaneamente differita per gravi motivi umanitari se, *inter alia*, vi sono valide ragioni di ritenere che essa metterebbe manifestamente in pericolo la vita o la salute del ricercato. Per un commento al riguardo, L. GROSSIO, M. ROSI, *The Ultimate (but not the Only) Remedy for Securing Fundamental Rights in the EAW System? Some Reflections on Puig Gordi and E.D.L.*, in *EP*, vol. 8, n. 2, 2023, p. 547 ss.

tenuto conto della loro situazione personale, gli interessati corrano detto rischio a causa di quelle condizioni⁵⁶.

Per completezza, si segnala che, con la sentenza *Staatsanwaltschaft Aachen* resa il 9 novembre 2023, la Corte di giustizia ha riconosciuto che il test *LM* è applicabile anche nell'ambito della procedura di trasferimento di detenuti disciplinata dalla decisione quadro 2008/909/GAI⁵⁷. Alla luce di questo, può ritenersi che il test in due fasi sia riproponibile in relazione a ogni atto adottato dall'Unione europea nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale, applicativo del principio del reciproco riconoscimento, nel caso in cui esso non individui già espressamente un motivo di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione inerente alla tutela dei diritti fondamentali.

4.1. *Cenni sulla giurisprudenza della Corte EDU quanto a protezione equivalente, fiducia reciproca e reciproco riconoscimento*

Il fatto che gli Stati membri dell'Unione europea siano anche Parti contraenti della CEDU introduce certamente una garanzia ulteriore quanto alla tutela dei diritti fondamentali, derivante dalla funzione di controllo svolta dalla Corte di Strasburgo, ma altresì un elemento di complicazione, da ricollegarsi al fatto che la tutela dei diritti ora menzionati si configura come una delle componenti centrali del processo di integrazione europea, non essendo però l'unica. Dunque, in questo contesto, si rende necessario conciliare tale esigenza con altre, come per esempio quelle derivanti dalla realizzazione della cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri.

Il tema del rispetto da parte degli Stati membri dell'Unione degli obblighi discendenti dalla CEDU alla luce degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione è emerso in diverse pronunce della Corte di Strasburgo, la quale è giunta a elaborare il paradigma della protezione equivalente in una serie di sentenze. Per esempio, in *Matthews*, con riferimento alla protezione del diritto a libere elezioni in relazione alle elezioni del Parlamento europeo a Gibilterra, fu affermato che la normativa comunitaria influiva sulla popolazione di quel territorio d'oltremare al pari della legislazione nazionale. Pertanto, non poteva identificarsi alcuna differenza tra disciplina di fonte europea e disciplina di fonte interna in relazione alla tutela dei diritti, che dovevano essere garantiti rispetto sia all'una, sia all'altra⁵⁸.

⁵⁶ Corte giust. 21 dicembre 2023, C-261/22, *GN (Motif de refus fondé sur l'intérêt supérieur de l'enfant)*.

⁵⁷ Corte giust. 9 novembre 2023, C-819/21, *Staatsanwaltschaft Aachen*.

⁵⁸ Corte EDU 18 febbraio 1999, ric. n. 24833/94, *Matthews/Regno Unito*, punti 34-35.

In seguito, con la ben nota pronuncia *Bosphorus*, la Corte EDU esclude che gli Stati membri dell'Unione potessero essere considerati responsabili per violazioni della CEDU nel caso in cui avessero attuato un atto comunitario rispetto al quale non godevano di poteri discrezionali, fermo il fatto che ai diritti fondamentali avrebbe dovuto essere assicurata una protezione almeno equivalente – dunque, almeno comparabile, ancorché non identica – a quella discendente dal sistema CEDU. In generale, la natura equivalente della protezione viene ricavata dal ruolo assunto dalla Corte di giustizia, tramite la propria giurisprudenza, nel garantire i diritti fondamentali, e dalla Carta dei diritti fondamentali. Tuttavia, tale presunzione può essere superata se, in ragione dei caratteri del caso concreto, la tutela dei diritti è manifestamente deficitaria⁵⁹.

Successivamente, in *Michaud*, la Corte EDU pose in evidenza che, affinché la presunzione di protezione equivalente possa validamente applicarsi, oltre all'assenza del margine di discrezionalità, è necessario che venga utilizzato tutto il potenziale dei meccanismi di vigilanza e di protezione del sistema dell'Unione⁶⁰.

Per quel che riguarda la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri dell'Unione europea, la questione emerse con particolare forza nella causa *Avotiņš*, nella quale la Corte EDU si interrogò sulle conseguenze derivanti da un'applicazione automatica e meccanica del principio del reciproco riconoscimento, sulla portata del principio di fiducia reciproca e, in particolare, sul fatto che la presunzione da esso imposta possa essere superata soltanto in presenza di circostanze eccezionali. Secondo la Corte di Strasburgo,

Per un commento, E. RADIGHIERI, *Recenti prospettive nei rapporti tra Comunità europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *DUE*, vol. 4, n. 3, 1999, p. 527 ss.

⁵⁹ Corte EDU 30 giugno 2005, ric. n. 45036/98, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi/Irlanda*. Tra i molti commenti, si vedano E. CANNIZZARO, *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in *RDI*, vol. 88, n. 3, 2005, p. 762 ss.; A. CIAMPI, *L'Unione europea e il respect des droits de l'homme dans la mise en oeuvre des sanctions devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue generale de droit international public*, vol. 110, n. 1, 2006, p. 85 ss.; G. GAJA, *The Review by the European Court of Human Rights of Member States' Acts Implementing European Union Law: "Solange" Yet Again?*, in P.M. DUPUY ET AL (eds.), *Völkerrecht als Wertordnung / Common Values in International Law. Festschrift für Christian Tomuschat / Essays in Honour of Christian Tomuschat*, Kehl, 2006, p. 517 ss.

⁶⁰ Corte EDU 6 dicembre 2012, ric. n. 12323/11, *Michaud/Francia*. Per un'ampia ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale (qui necessariamente solo accennata) si rinvia a M. PARODI, *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU: dinamiche sostanziali e prospettive formali*, Napoli, 2020, p. 164 ss.

tale limitazione potrebbe porsi in contrasto con gli obblighi derivanti dalla CEDU, che impongono che il giudice dello Stato membro di esecuzione deve almeno essere abilitato a condurre un controllo commisurato alla gravità di ogni contestazione seria quanto alla violazione dei diritti fondamentali nello Stato membro di emissione, così da assicurare che la tutela di tali diritti non sia manifestamente deficitaria⁶¹.

Ricordato che, nel caso concreto, la Corte riconobbe che la protezione non sollevava problemi sotto questo punto di vista, l'aspetto focale della sentenza va identificato nel fatto che, in presenza di una contestazione seria e circostanziata, le autorità giudiziarie di esecuzione non possono sottrarsi all'esame di quella contestazione per il solo motivo che esse applicano il diritto dell'Unione. Ulteriormente, come già sostenuto in altra sede, giova notare che la sentenza *Avotiņš* fu pronunciata un paio di mesi dopo la sentenza *Aranyosi e Căldăraru* e che, dunque, la prima potrebbe essere letta come una critica alla seconda, atteso che la Corte EDU rigettò l'idea che nell'ambito della cooperazione giudiziaria, posto il principio di fiducia reciproca, possa essere garantita tutela ai diritti solo in presenza di circostanze eccezionali, ossia, solo in presenza di carenze sistemiche, generalizzate, relative a determinati istituti di pena o determinati gruppi di individui⁶².

La causa *Avotiņš* riguardò profili di cooperazione giudiziaria in materia civile. Per quel che riguarda la cooperazione giudiziaria in materia penale e, in particolar modo, il MAE, l'impostazione relativa alla protezione equivalente venne confermata da parte della Corte EDU nelle pronunce *Pirozzi*, *Romeo Castaño* e *Bivolaru e Moldovan*, le quali, pur non contraddistinguendosi per un livello di critica paragonabile a quello raggiunto in *Avotiņš*, presentano comunque rinvii ai passaggi salienti di tale sentenza⁶³; il che porta a

⁶¹ Corte EDU 23 maggio 2016, ric. n. 17502/07, *Avotiņš/Lettonia*, punti 113-114, 116. Tra i molti commenti, si vedano P. GRAGL, *An Olive Branch from Strasbourg? Interpreting the European Court of Human Rights' Resurrection of Bosphorus and Reaction to Opinion 2/13 in the Avotiņš Case*, ECtHR 23 May 2016, Case No. 17502/07, *Avotiņš v Latvia*, in ECLR, vol. 13, n. 3, 2017, p. 551 ss.; M. MARCHEGIANI, *Tendenze evolutive nel ricorso al principio della protezione equivalente da parte della Corte europea per i diritti dell'uomo*, in RDI, vol. 100, n. 2, 2017, p. 447 ss.; T. MARGUERY, *Je t'aime moi non plus. The Avotiņš v. Latvia judgment: an answer from the ECtHR to the CJEU*, in *Review of European Administrative Law*, vol. 10, n. 1, 2017, p. 113 ss.

⁶² A. ROSANÒ, *I trasferimenti interstatali di detenuti nel diritto dell'Unione europea*, Bari, 2022, p. 90.

⁶³ Corte EDU 17 aprile 2018, ric. n. 21055/11, *Pirozzi/Belgio*, punti 62-64; 9 luglio 2019, ric. 8351/17, *Romeo Castaño/Belgio*, punto 84; 25 marzo 2021, ricc. nn. 40324/16 e 12623/17, *Bivolaru e Moldovan/Francia*, punti 81, 101-103.

ritenere che ne integrino una sostanziale conferma⁶⁴.

In *Pirozzi e Romeo Castaño*, la Corte EDU esclude che si fosse verificata una violazione della CEDU, a differenza di quanto accaduto in *Bivolaru e Moldovan*, con riferimento al caso di Moldovan. Al riguardo, fu ravvisata una violazione dell'art. 3 CEDU in ragione della consegna effettuata dalla Francia alle autorità rumene a causa di un rischio reale di condizioni di detenzione inadeguate da ricollegarsi al tema del sovraffollamento carcerario. In particolar modo, la Corte EDU affermò che la presunzione di protezione equivalente non potesse trovare applicazione in quanto la Corte di Cassazione francese aveva respinto la richiesta del ricorrente di sottoporre alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale sulle conseguenze ai fini dell'esecuzione del MAE del riconoscimento dello status di rifugiato da parte di uno Stato membro a un cittadino di uno Stato terzo divenuto successivamente anch'esso Stato membro. Trattandosi di una questione mai affrontata prima dalla giurisprudenza di Lussemburgo, la consegna del destinatario del MAE era avvenuta in un contesto in cui non erano state sfruttate appieno le potenzialità dei meccanismi di controllo del rispetto dei diritti fondamentali⁶⁵.

4.2. *Cenni sulla giurisprudenza della Corte EDU quanto a espulsioni verso Stati terzi, con particolare riferimento al caso delle estradizioni*

Come costantemente affermato dalla Corte EDU, gli Stati contraenti hanno il diritto, sulla base di quanto riconosciuto dal diritto internazionale, di controllare l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione degli stranieri⁶⁶. Tuttavia, quest'ultimo aspetto può sollevare problemi in relazione all'art. 3 CEDU, portando eventualmente anche a riconoscere la responsabilità statale per violazione di detta previsione, se sussistono ragioni sostanziali per ritenere che il soggetto espulso corra un rischio reale di subire un trattamento contrastante con quell'articolo nello Stato di destinazione. È vero che la CEDU

⁶⁴ Sul rapporto tra giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte EDU quanto al MAE, J. CALLEWAERT, *The European arrest warrant under the European Convention on Human Rights: A matter of Cooperation, Trust, Complementarity, Autonomy and Responsibility*, in *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2021, p. 105 ss. e G. DE AMICIS, *Sulla presunzione di "protezione equivalente" in caso di rischio di trattamento inumano o degradante nell'esecuzione del mandato di arresto europeo. CEDU, Sez. V, 25/3/2021, Bivolaru e Moldovan c. Francia (nn. 40324/16 e 12623/17)*, in *Cassazione penale*, vol. 61, n. 7-8, 2021, p. 2605 ss.

⁶⁵ *Bivolaru e Moldovan*, sopra citata, punto 131.

⁶⁶ *Ex multis*, Corte EDU 23 febbraio 2012, ric. n. 27765/09, *Hirsi Jamaa e altri/Italia*, punto 113 e 18 ottobre 2006, ric. n. 46410/99, *Üner/Paesi Bassi*, punto 54.

vincola solamente gli Stati che hanno provveduto a ratificarla. Nell'ipotesi ora descritta, però, l'art. 3 comporta l'obbligo di non rimuovere lo straniero dal territorio dello Stato contraente⁶⁷.

La valutazione dell'esistenza di motivi sostanziali per ritenere che il ricorrente corra un rischio reale di vedere violati i diritti garantiti dall'art. 3 a seguito dell'espulsione richiede che la Corte esamini le condizioni nello Stato di destinazione alla luce degli standard derivanti dal medesimo articolo⁶⁸. Quindi, i trattamenti inumani o degradanti che il ricorrente sostiene verrà a subire in caso di espulsione devono raggiungere un livello minimo di gravità, da accertarsi alla luce di tutte le circostanze del caso⁶⁹.

La valutazione dell'esistenza di un rischio reale deve essere necessariamente rigorosa e, in linea di principio, spetta al ricorrente produrre prove in grado di dimostrare che esistono i suddetti motivi sostanziali, per quanto possa essere concesso il beneficio del dubbio nel caso dei richiedenti asilo a causa della situazione peculiare in cui versano. Se però vengono presentate informazioni dalle quali risultano elementi forti che portano a mettere in dubbio la veridicità delle dichiarazioni di un richiedente asilo, questi deve fornire una spiegazione soddisfacente per le presunte discrepanze⁷⁰.

Si rende necessario stabilire le conseguenze prevedibili dell'allontanamento del soggetto verso lo Stato di destinazione alla luce della situazione generale in atto in quello Stato – soprattutto se si tratta di una situazione generale di violenza⁷¹ – e delle condizioni personali dell'individuo considerato⁷².

In generale, non è bastevole dimostrare la sussistenza di situazioni di violenza generalizzata per ritenere verificato un rischio reale di violazione del divieto di tortura o di trattamenti inumani o degradanti e, quindi, la verifica relativa alle condizioni personali del soggetto che verrà espulso è sempre richiesta. Tuttavia, una situazione generale di violenza è di intensità

⁶⁷ Si vedano Corte EDU 28 febbraio 2008, ric. n. 37201/06, *Saadi/Italia*, punto 125 e giurisprudenza ivi citata.

⁶⁸ Corte EDU 4 febbraio 2005, ricc. nn. 46827/99 e 46951/99, *Mamatkulov e Askarov/Turchia*.

⁶⁹ Corte EDU 6 marzo 2001, ric. n. 45276/99, *Hilal/Regno Unito*, punto 60.

⁷⁰ Corte EDU 23 marzo 2016, ric. n. 43611/11, *F.G./Svezia*, punto 113 e giurisprudenza ivi citata.

⁷¹ Corte EDU 28 giugno 2011, ricc. nn. 8319/07 e 11449/07, *Sufi e Elmi/Regno Unito*, punto 216.

⁷² *Ex multis*, Corte EDU 11 gennaio 2007, ric. n. 1948/04, *Salah Sheekh/Paesi Bassi*, punto 136, e 30 ottobre 1991, ricc. nn. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 e 13448/87, *Vilvarajah e altri/Regno Unito*, punto 108.

sufficiente a creare tale rischio di per se stessa «in the most extreme cases», quando ossia esiste un rischio reale di violazione per il semplice fatto che un individuo è esposto a tale violenza⁷³.

L'impostazione ora descritta vale anche per il caso delle estradizioni⁷⁴. Prima di illustrare questo aspetto, giova ricordare che, nella sentenza *Soering*, fu chiarito che il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti ha carattere assoluto e che l'extradizione verso uno Stato in cui tale divieto venisse palesemente violato contrasterebbe con la lettera e lo spirito della CEDU. Dunque, l'eventuale consegna comporterebbe la responsabilità dello Stato richiesto alla luce dell'art. 1 CEDU, ai sensi del quale gli Stati contraenti sono tenuti a riconoscere i diritti e le libertà garantiti dalla Convenzione a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione, visto che l'applicazione della Convenzione deve avvenire in modo che le garanzie da essa derivanti siano operative ed effettive, e non teoriche e illusorie, e l'interpretazione delle varie fattispecie di diritti deve essere coerente con lo spirito generale della stessa⁷⁵. Tale approccio è stato in seguito mantenuto e la Corte EDU ha fatto presente che la decisione di uno Stato contraente di estradare pur essendo a conoscenza di ragioni sostanziali che portano a credere che l'estradando verrebbe sottoposto alla pena di morte⁷⁶, a tortura o a trattamenti inumani o degradanti⁷⁷ o, ancora, a una manifesta violazione del diritto a un processo equo⁷⁸ contrasterebbe con il patrimonio comune di valori espresso dalla CEDU.

Si rende quindi previamente necessario un accertamento delle condizioni praticate nello Stato richiedente a partire dagli standard derivanti dalla CEDU e – in particolare, per quel che qui interessa – dall'art. 3.

Riprendendo quanto riconosciuto con riferimento al tema delle espulsioni, in *Liu* si afferma che tale accertamento ha inizio con un esame del contesto generale nello Stato richiedente, al fine di accertare se sia in atto una situazione generale di violenza. Questa, come detto in precedenza, non

⁷³ *Ex multis*, Corte EDU 17 luglio 2008, ric. n. 25904/07, *NA/Regno Unito*, punti 114-115 e 15 ottobre 2015, ricc. nn. 40081/14, 40088/14 e 40127/14, *L.M. e altri/Russia*, punto 119.

⁷⁴ Corte EDU 29 aprile 2022, ric. n. 28492/15 49975/15, *Khasanov e Rakhmanov/Russia*, punti 93-94 e 21 novembre 2019, ric. n. 47287/15, *Ilias e Ahmed/Ungheria*, punti 125-126 e giurisprudenza ivi citata.

⁷⁵ Corte EDU 7 luglio 1989, ric. n. 14038/88, *Soering/Regno Unito*, punti 86-91, 111.

⁷⁶ Corte EDU 19 novembre 2009, ric. n. 41015/04, *Kaboulov/Ucraina*, punto 99.

⁷⁷ *Ex multis*, *Mamatkulov e Askarov*, sopra citata, punto 68.

⁷⁸ *Ibidem*, punto 90 e Corte EDU dec. 26 gennaio 2010, ric. n. 9742/07, *King/Regno Unito*, punto 90.

comporta di per se stessa una violazione dell'art. 3, richiedendosi poi una valutazione concernente circostanze individuali che spingano a ritenere che il diritto dell'extradando verrebbe violato. Tuttavia, se il livello di intensità della violenza è tale da portare a concludere che qualsiasi espulsione verso quello Stato violerebbe necessariamente l'art. 3 CEDU, detta valutazione non è necessaria. Dunque, solo *in the most extreme cases*, ossia quando esiste un rischio reale di trattamenti inumani o degradanti per il solo fatto che l'individuo interessato sia esposto alla suddetta violenza, risulta sufficiente un'analisi di carattere generale, essendo così possibile prescindere da una verifica in concreto⁷⁹.

Nella sua pronuncia, la Corte EDU si è premurata di specificare che non è compito della Corte stessa sostituire la propria valutazione dei fatti a quella dei tribunali nazionali, i quali si trovano nella posizione migliore per procedere al riguardo. Inoltre, spetta al ricorrente presentare i motivi a sostegno della sua domanda e produrre elementi di prova che permettano di dimostrare che vi sono motivi sostanziali per sostenere che l'extradizione comporterebbe un rischio reale e concreto di esposizione a trattamenti contrari all'art. 3 CEDU. La Corte EDU, però, è competente a verificare che l'analisi effettuata dalle autorità dello Stato contraente interessato sia adeguata e sufficientemente supportata da materiale proveniente da fonti affidabili e obiettive⁸⁰.

Pertanto, nel caso concreto, relativo a un'extradizione verso la Repubblica popolare cinese, la Corte si è interrogata con riferimento al fatto che la semplice collocazione del ricorrente in un centro di detenzione cinese sarebbe stata tale da esporlo a un rischio reale di trattamento inumano o degradante, cercando di appurare se il ricorso alla tortura e ad altre forme di maltrattamento nel sistema penitenziario cinese sia così diffuso da poter essere equiparato all'esistenza di una situazione generale di violenza. Per procedere in tal senso, la Corte si è concentrata sulle condizioni generali delle strutture detentive e penitenziarie cinesi⁸¹.

Posto che il governo cinese non risulta particolarmente incline a cooperare con gli organismi internazionali di tutela dei diritti umani, il materiale da prendere in considerazione è quello a disposizione a livello nazionale, nel quale rientrano anche rapporti pubblicati da organizzazioni governative e

⁷⁹ Corte EDU 6 ottobre 2022, ric. n. 37610/18, *Liu/Polonia*, punto 66.

⁸⁰ *Ibidem*, punto 67. Va comunque ricordato che la Corte può ottenere materiale probatorio *motu proprio* (sul punto, per esempio, Corte EDU 23 agosto 2016, ric. n. 59166/12, *J.K. e a./Svezia*, punto 90).

⁸¹ *Liu/Polonia*, sopra citata, punti 71-72.

non governative. Nel valutare il peso da attribuire a tutta la documentazione, assumono rilievo la fonte e, in particolare, la sua affidabilità e obiettività, l'autorità e la reputazione dell'autore, la serietà delle indagini condotte, la coerenza delle conclusioni e la loro conferma da parte di altre fonti⁸².

Considerato che la Repubblica popolare cinese ha firmato il Patto internazionale sui diritti civili e politici senza poi procedere alla sua ratifica e che ha ratificato la Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti ma non il Protocollo opzionale con il quale è stato introdotto un meccanismo di controllo, non è possibile per coloro i quali sostengono che i loro diritti fondamentali siano stati violati in quello Stato fare affidamento su alcuna forma di protezione internazionale indipendente, così come non è possibile per qualsivoglia organismo internazionale indipendente svolgere un'indagine *in loco* senza l'invito delle autorità cinesi⁸³.

Per quanto si siano registrati alcuni miglioramenti nella legislazione cinese in materia di prevenzione e proibizione della tortura, non si può stabilire se da ciò siano derivati effetti concreti, visto che i dati relativi alla tortura e ai trattamenti inumani o degradanti negli istituti di pena cinesi non vengono resi pubblici, perché considerati segreti di Stato. Da documenti predisposti dal Comitato ONU contro la tortura, dallo *Special Rapporteur* sulla tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, dal Dipartimento di Stato americano, da Amnesty International, da Human Rights Watch e da Freedom House, risulta che nelle carceri cinesi si registrano un uso abituale e diffuso della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti e un numero elevato di decessi, probabilmente connessi a quei fenomeni. Il fatto che venga applicato il segreto di Stato a queste situazioni impedisce alle vittime di avere accesso all'assistenza legale. Gli avvocati che pure hanno cercato di portare avanti indagini al riguardo sono stati sottoposti a loro volta a forme di tortura, a scopo di dissuasione⁸⁴.

Per quanto il governo polacco abbia sostenuto che, stando a ciò che avevano comunicato le autorità cinesi, il ricorrente, a seguito della consegna, sarebbe stato detenuto in una struttura in cui sarebbero stati garantiti i suoi diritti fondamentali e che i centri di detenzione sono aperti al pubblico e ai giornalisti, la Corte si è dichiarata non convinta, visto che le autorità cinesi hanno menzionato un solo istituto di pena, a Pechino, nel quale i giornalisti poterono accedere nel 2012, mentre l'estradando avrebbe scontato la pena

⁸² *Ibidem*, punto 74.

⁸³ *Ibidem*, punti 75-77.

⁸⁴ *Ibidem*, punti 78 e 79.

in un'altra struttura, circa la quale non erano state rese informazioni. Inoltre, negli ultimi dieci anni, il governo cinese ha ignorato le richieste di visite avanzate da parte di rappresentanti di organizzazioni internazionali⁸⁵.

Posto questo e posto che il governo polacco non ha né richiesto, né tantomeno ricevuto assicurazioni relative alla tutela dei diritti dell'estraddando, la misura in cui la tortura e altre forme di trattamento inumano o degradante sono credibilmente e costantemente segnalate come utilizzate nelle strutture detentive cinesi può essere equiparata a una situazione generale di violenza. Di conseguenza, data la gravità della situazione descritta, il ricorrente non è tenuto a dimostrare specifici motivi personali di timore, essendo sufficiente che sia accertato che, al momento dell'estraddizione, sarà collocato in un centro di detenzione cinese. Poiché ciò è incontestato, deve ritenersi accertato che il richiedente correrebbe un rischio reale di trattamento inumano o degradante se estradato nella Repubblica popolare cinese e la sua consegna integrerebbe una violazione dell'art. 3 CEDU⁸⁶.

5. *Considerazioni critiche*

L'introduzione del test in due fasi da parte della Corte di giustizia è stata salutata positivamente nella misura in cui ha rappresentato un passo in avanti rispetto alla situazione precedente e ha comportato un rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali reputato in linea con l'interpretazione data dalla Corte EDU dell'art. 3 CEDU⁸⁷. Non è mancato chi ha parlato di un vero e proprio punto di rottura nella giurisprudenza di Lussemburgo⁸⁸. In particolar modo, è stata posta in evidenza la capacità della Corte di giustizia di ricercare un equilibrio tra fiducia reciproca e protezione dei diritti. Come è stato detto, «la prevalenza di un esame concreto rispetto all'accertamento di indici generali salvaguarda lo stesso principio della mutua fiducia. Infatti, una valutazione sul globale livello di tutela dei diritti fondamentali nello

⁸⁵ *Ibidem*, punto 81.

⁸⁶ *Ibidem*, punti 82-84. Su alcune prime applicazioni di quest'orientamento da parte della Corte di cassazione italiana, si veda C. DE LUCA, *Estraddizione e diritti fondamentali: due recenti pronunce della Cassazione*, in *Sistema penale*, n. 7-8, 2023, p. 155 ss.

⁸⁷ K. BOVEND'EERDT, *The Joined Cases Aranyosi and Căldăraru: A New Limit to the Mutual Trust Presumption in the Area of Freedom, Security, and Justice?*, in *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 32, n. 83, 2016, p. 118.

⁸⁸ A. ŁAZOWSKI, *The Sky Is Not the Limit: Mutual Trust and Mutual Recognition après Aranyosi and Căldăraru*, in *CYELP*, vol. 14, n. 1, 2018, p. 29.

Stato emittente avrebbe un carattere strutturale e comporterebbe un automatico esame incrociato delle reciproche legislazioni nazionali degli Stati membri, situazione nella quale controlli e sospetti di violazione costituirebbero un elemento costante della prassi giudiziaria. L'automaticità della verifica del sistema globale si porrebbe in esatta antitesi al principio della mutua fiducia. Invece, l'esame nel caso concreto ha un effetto meno dirompente in questa prospettiva»⁸⁹.

Tuttavia, va considerato che l'applicazione del test alla tutela del diritto a un giudice indipendente a partire dalla sentenza *LM* ha suscitato reazioni contrastanti. Se vi è chi ha sostenuto che la soluzione elaborata dalla Corte di giustizia è un gioco di equilibri fantasioso ma attentamente costruito e, dunque, intelligente⁹⁰, vi è altresì chi ha affermato che dovrebbe essere la Corte di giustizia ad accertare la sussistenza di una carenza sistemica nello Stato membro di emissione, e non l'autorità giudiziaria di esecuzione, visto che solo la Corte è nelle condizioni di adottare una prospettiva abbastanza ampia ed effettuare un esame completo al riguardo⁹¹. Altri hanno identificato un limite significativo nel fatto che ricade sul destinatario del MAE l'onere di dimostrare che le riforme approvate nello Stato membro di emissione quanto al sistema giudiziario abbiano leso l'indipendenza del singolo giudice che sarà chiamato a pronunciarsi sul suo caso, senza sapere di chi si tratta⁹². Proprio per questo, alcuni commentatori hanno avanzato l'idea che, ove sia dimostrata la prima parte del test, l'onere della prova circa la seconda dovrebbe ricadere sullo Stato membro di emissione⁹³.

La seconda parte si configura indubbiamente come un ostacolo importante rispetto alla possibilità di assicurare una tutela effettiva, come testimoniano i rinvii pregiudiziali con cui è stato chiesto alla Corte di giustizia se questa debba essere eseguita sempre e cosa debba essere accertato da parte dell'autorità giudiziaria di esecuzione in relazione a essa.

⁸⁹ S. MARINO, *La mutua fiducia ai tempi della crisi dei valori: il caso del mandato d'arresto europeo*, in *DUE*, vol. 23, n. 4, 2018, p. 653-654.

⁹⁰ D. SARMIENTO, *A comment on the CJEU's judgment in LM*, in *MJECL*, vol. 25, n. 4, 2018, p. 385.

⁹¹ I. CANOR, *Suspending Horizontal Solange: A Decentralized Instrument for Protecting Mutual Trust and the European Rule of Law*, in A. VON BOGDANDY ET AL. (eds.), *op. cit.*, p. 198.

⁹² D. KOCHENOV, P. BÁRD, *The last soldier standing? Courts versus politicians and the rule of law crisis in the new member states of the EU*, in *European Yearbook of Constitutional Law*, 2019, p. 274 e T. KONSTADINIDES, *Judicial independence and the Rule of Law in the context of non-execution of a European Arrest Warrant: LM*, in *CMLR*, vol. 56, n. 3, 2019, p. 743 ss.

⁹³ W. VAN BALLEGOOIJ, P. BÁRD, *Mutual Recognition and Individual Rights: Did the Court Get It Right*, in *NJECL*, vol. 7, n. 4, 2016, p. 439 ss.

Il ricorso all'impostazione risultante dalla giurisprudenza della Corte EDU con riferimento alla violazione dell'art. 3 CEDU in conseguenza di un'extradizione potrebbe permettere di superare tale situazione di *impasse*.

Come si è detto, secondo la Corte EDU, le autorità competenti dello Stato richiesto devono procedere a un esame del contesto generale nello Stato richiedente per stabilire se una situazione generale di violenza sia in atto in quello Stato e poi a una valutazione delle circostanze individuali che portano a ritenere che l'estradando vedrebbe violati i suoi diritti. Tuttavia, è sufficiente l'accertamento di ordine generale *in the most extreme cases*.

Si ritiene che tale percorso interpretativo debba essere fatto proprio dalla Corte di giustizia, intanto per quel che attiene all'interpretazione dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali. La ragione di ciò risiede nella corrispondenza tra art. 4 della Carta e art. 3 CEDU, confermata, oltre che dalla medesima formulazione delle due previsioni, dalle Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali. In ragione di ciò, trova applicazione quel trasformatore permanente che permette di assicurare coerenza tra il sistema CEDU e quello dell'Unione che è l'art. 52, par. 3, della Carta medesima, ai sensi del quale – come è noto – laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla CEDU stessa, fermo che il diritto dell'Unione può concedere una protezione più estesa.

Pertanto, l'interpretazione fornita dalla Corte EDU andrebbe adottata anche da parte della Corte di giustizia, tenendo conto peraltro di come essa sia idonea ad assicurare un livello di protezione maggiore rispetto a quello risultante dal diritto dell'Unione. Infatti, mentre la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo richiede che siano sempre svolte le due fasi del test, quella della Corte di Strasburgo ammette la possibilità che la prima sia sufficiente in talune ipotesi (si ripete, *in the most extreme cases*), rendendo più facile per il consegnando dimostrare che i suoi diritti sarebbero violati nello Stato di consegna.

Potrebbe opporsi che il principio di fiducia reciproca integrerebbe un limite all'adozione di tale impostazione da parte della Corte di giustizia, ma deve ricordarsi che, in *Dorobantu*, è stata proprio la Corte a sostenere che, posta la natura assoluta della proibizione di trattamenti inumani o degradanti, tale diritto non può essere messo in bilanciamento con considerazioni legate all'efficacia della cooperazione giudiziaria in materia penale e ai principi di fiducia reciproca e di reciproco riconoscimento⁹⁴. Dunque, l'obiezione pare superabile.

⁹⁴ *Dorobantu*, sopra citata, punto 84.

A ulteriore conferma della necessità per la Corte di giustizia di fare propria questa lettura, si consideri che l'art. 19, par. 2, della Carta prevede che nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti e che, nelle Spiegazioni, si riconosce che esso incorpora la giurisprudenza della Corte EDU relativa all'art. 3 ed è fatto altresì rinvio a *Soering*.

Quindi, per quel che riguarda il rispetto del divieto di trattamenti inumani o degradanti nell'ambito del MAE, bisognerebbe giungere a concludere che il test, in generale, si articola in due fasi, ma talora la prima è sufficiente e la verifica in concreto non è richiesta.

Ciò permetterebbe di correggere un'apparente stortura riconducibile a *ML*. In questa pronuncia la Corte ha sostenuto che l'obbligo di verifica gravante in capo all'autorità giudiziaria di esecuzione circa le condizioni di detenzione nello Stato membro di emissione non riguarda ogni istituto di pena in cui il destinatario del MAE potrebbe essere detenuto, ma solamente gli istituti in cui il destinatario del MAE verrà concretamente detenuto, aggiungendo che la conformità delle condizioni di detenzione esistenti negli altri istituti dove il soggetto potrebbe eventualmente essere recluso successivamente rientra nella sola competenza degli organi giurisdizionali dello Stato membro emittente⁹⁵. E in seguito, in *Dorobantu*, la Corte ha confermato questa lettura⁹⁶.

Come è stato detto, la conseguenza derivante da ciò è che uno Stato membro che abbia seri problemi nelle proprie carceri potrà comunque ottenere la consegna del destinatario del MAE semplicemente indicando un istituto in cui le cose funzionano, tenendo il destinatario in quel luogo per qualche tempo e poi spostandolo in un altro in cui i suoi diritti potranno essere violati, senza che ciò si ponga in contrasto con il diritto dell'Unione⁹⁷. Il fatto che in alcune, gravissime, ipotesi non sia richiesta una verifica in concreto permetterebbe allora all'autorità giudiziaria di esecuzione di rifiutare la consegna rilevando che, nonostante nell'istituto di pena indicato le condizioni di detenzione siano dignitose, in altri – presumibilmente, in molti altri – nei quali il destinatario del MAE potrebbe essere trasferito esse non lo sono.

La questione che si pone ora riguarda la possibilità di ricorrere a tale

⁹⁵ *ML*, sopra citata, punto 87.

⁹⁶ *Dorobantu*, sopra citata, punto 84.

⁹⁷ A. KLIP, *The European Arrest Warrant, from Mutual Recognition to Mutual Supervision?*, in *European Criminal Law Review*, vol. 12, n. 1, 2022, p. 85 e 86.

approccio anche in relazione al diritto a un giudice indipendente. Sotto questo punto di vista, il limite più significativo pare derivare dall'affermazione contenuta nella sentenza *Openbaar Ministerie (Indépendance de l'autorité judiciaire d'émission)*, ove si legge che non solo la sussistenza di carenze sistemiche o generalizzate riguardanti l'indipendenza del potere giudiziario dello Stato membro emittente, ma anche un aggravamento di queste non può condurre l'autorità giudiziaria di esecuzione ad astenersi dall'applicare la seconda fase del test⁹⁸.

Ciò risulta indubbiamente problematico, dato che implica che, per via del principio di fiducia reciproca, a prescindere da quale sia il livello di erosione dello Stato di diritto verificatosi nello Stato membro di emissione, comunque bisognerà continuare a presumere che esso rispetterà i diritti fondamentali del destinatario del MAE se non si può offrire prova del rischio in concreto corso da questi a seguito della consegna. Il che, oltre a sollevare dubbi quanto all'effettività del meccanismo di tutela elaborato dalla Corte di giustizia, porterebbe a legittimare ulteriori lesioni del valore dello Stato di diritto e a compromettere il principio di tutela giurisdizionale effettiva, che impone a ogni Stato membro di garantire che gli organi facenti parte, in quanto giurisdizioni, del suo sistema di rimedi giurisdizionali nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione soddisfano alcuni requisiti, compreso il carattere dell'indipendenza⁹⁹.

Il punto è che, come è stato sostenuto, può identificarsi una differenza sostanziale tra diritti fondamentali e indipendenza del potere giudiziario. I diritti fondamentali sono diritti degli individui ed è quindi possibile verificare se vengono garantiti nelle singole situazioni, mentre l'indipendenza del potere giudiziario, pur importante nel caso concreto, si configura anche come un elemento chiave del sistema statale, necessario per garantire il giusto equilibrio tra interessi pubblici e privati¹⁰⁰. Non

⁹⁸ *Openbaar Ministerie (Indépendance de l'autorité judiciaire d'émission)*, sopra citata, punti 60, 61 e 63.

⁹⁹ Corte giust. 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, punto 37, sulla quale A. MIGLIO, *Indipendenza del giudice, crisi dello stato di diritto e tutela giurisdizionale effettiva negli Stati membri dell'Unione europea*, in *DUDI*, vol. 12, n. 2, 2018, p. 421 ss.; L. PECH, S. PLATON, *Judicial independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, in *CMLR*, vol. 55, n. 6, 2018, p. 1827 ss.; A. TORRES PÉREZ, *From Portugal to Poland: the Court of Justice of the European Union as watchdog of judicial independence*, in *MJECL*, vol. 27, n. 1, 2020, p. 105 ss.

¹⁰⁰ A. FRACKOWIAK-ADAMSKA, *Drawing Red Lines With No (Significant) Bite – Why an Individual Test Is Not Appropriate in the LM Case*, in A. VON BOGDANDY ET AL. (eds.), *op. cit.*, 2021, p. 448.

a caso, in dottrina è emersa l'idea che «a distinction should be drawn between systemic deficiency regarding the custodial conditions of prisoners and systemic deficiency regarding the non-independence of the judiciary. For the first case, examinations should be conducted on an individual basis, but, for the second case, such individual examinations should not be required»¹⁰¹ e che «the more the systemic deficit in the home State is about a serious violation of the rule of law, the less need (or even no need) there should be to insist on the additional fulfilment of the individual prong. The individual prong should only be relevant to systemic deficiencies for infringements of fundamental rights, while having almost no bearing (or even being altogether discarded) when the home State's systemic deficiency relates to how the State is organized»¹⁰².

Queste letture possono trovare un'indiretta conferma nelle conclusioni dell'Avvocato generale Bobek in *WD e a.* e *Getin Noble Bank*. In queste cause, l'Avvocato generale ha ravvisato una differenza tra art. 19 TUE e art. 47 della Carta dei diritti fondamentali sul piano dell'indipendenza del potere giudiziario. Il primo è una disposizione che si ricollega principalmente agli elementi strutturali e sistemici degli assetti giuridici nazionali e i profili che devono primariamente essere presi in considerazione dalla Corte vanno ravvisati nell'impianto istituzionale e costituzionale di carattere generale del potere giudiziario statale, mentre profili connessi al caso particolare, per quanto possano portare a individuare questioni più ampie, non sono conclusivi¹⁰³. La soglia richiesta per accertare una violazione dell'art. 19 è alquanto alta: si tratta infatti di considerare infrazioni di una certa gravità e/o di natura sistemica, per le quali l'ordinamento giuridico nazionale difficilmente può offrire un rimedio adeguato¹⁰⁴.

Al contrario, l'art. 47 della Carta riconosce un diritto soggettivo e la verifica relativa all'indipendenza di un giudice comporta una valutazione dettagliata delle circostanze del caso di specie, mentre questioni che riguardano talune caratteristiche strutturali o sistemiche del sistema di giustizia

¹⁰¹ I. CANOR, *op. cit.*, p. 202.

¹⁰² P. BÁRD, J. MORIJN, *Domestic Courts pushing for a workable test to protect the rule of law in the EU: decoding the Amsterdam and Karlsruhe Courts' post-LM Rulings (Part II)*, in *verfassungsblog.de*, 19 marzo 2020.

¹⁰³ Conclusioni dell'Avv. gen. Bobek, del 20 maggio 2021, da C-748/19 a C-754/19, *WD e a.*, punto 164 e dell'8 luglio 2021, C-132/20, *Getin Noble Bank*, punto 37.

¹⁰⁴ Conclusioni *WD e a.*, sopra citate, punto 164 e conclusioni *Getin Noble Bank*, sopra citate, punti 38-39.

nazionale sono rilevanti solo nella misura in cui possono incidere sul singolo procedimento¹⁰⁵.

Dunque, potrebbe arriversi a sostenere che, nel caso in cui l'esecuzione del MAE sollevi problemi rilevanti ai sensi del solo art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, il test andrebbe eseguito nelle sue due fasi. Ove però la specifica situazione considerata ponga questioni sul piano degli elementi strutturali e sistemici dell'ordinamento dello Stato membro di emissione, per esempio in relazione all'assetto istituzionale e costituzionale del potere giudiziario statale, dovrebbe giungersi alla conclusione che la seconda fase, ossia l'accertamento in concreto, è tendenzialmente irrilevante, in quanto la violazione del diritto del singolo nel caso concreto è una mera conseguenza di una compromissione sistemica. E dunque, *in the most extreme cases*, la valutazione di ordine generale dovrebbe risultare sufficiente.

Per arrivare a un simile esito, risulterebbe necessario investire nuovamente la Corte di giustizia di una questione interpretativa, domandandole di chiarire la nozione di aggravamento delle carenze sistemiche o generalizzate emersa con la sentenza *Openbaar Ministerie (Indépendance de l'autorité judiciaire d'émission)*.

Questo sembra essere nell'interesse della stessa Corte, visto che le permetterebbe di dissipare un dubbio relativo a un possibile problema di coerenza nella sua giurisprudenza. Infatti, come si è detto, con la sentenza *Openbaar Ministerie (Indépendance de l'autorité judiciaire d'émission)*, i giudici di Lussemburgo hanno ammesso che un deterioramento ulteriore dello Stato di diritto nello Stato membro di emissione non incide sulla fiducia reciproca. Tuttavia, secondo quanto risultante dalla sentenza *Repubblika*, il rispetto dei valori elencati all'art. 2 TUE si configura come una condizione che gli Stati membri devono rispettare per godere dei diritti derivanti dall'applicazione dei trattati. Ne deriva che uno Stato membro non può modificare la propria normativa in modo da determinare un arretramento circa le garanzie concernenti lo Stato di diritto, dovendo invece provvedere affinché sia evitata ogni regressione in relazione a tale valore¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Conclusioni *WD e a.*, sopra citate, punto 165 e conclusioni *Getin Noble Bank*, sopra citate, punto 40.

¹⁰⁶ Corte giust. 20 aprile 2021, C-896/19, *Repubblika*, punti 62-65. Si vedano altresì Corte giust. 18 maggio 2021, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C291/19, C-355/19 e C-397/19, *Asociația "Forumul Judecătorilor din România"*, punto 162; 15 luglio 2021, C-791/19, *Commissione/Polonia*, punto 51; 21 dicembre 2021, C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 e C-840/19, *Euro Box Promotion e a.*, punto 162; 7 settembre 2023, C-216/21, *Asociația "Forumul Judecătorilor din România"*, punto 69.

6. Conclusioni

La giurisprudenza della Corte di giustizia ricordata *supra* esprime tutto lo sforzo della Corte di trovare un punto di equilibrio tra fiducia reciproca e diritti fondamentali. In particolar modo, i profili attinenti alla crisi dello Stato di diritto in Polonia e all'indipendenza del potere giudiziario hanno portato, in *LM* e nelle pronunce successive, a una riproposizione della soluzione prospettata in *Aranyosi e Căldăraru*, nonostante l'indipendenza del potere giudiziario assuma rilievo non solo relativamente all'esigenza di garantire il diritto del singolo destinatario di un MAE, ma come dato strutturale che deve essere mantenuto nello Stato membro di emissione – e in tutti gli Stati membri dell'Unione – per assicurare il rispetto dello Stato di diritto e, in particolare, del principio di tutela giurisdizionale effettiva.

L'approccio fatto proprio dalla Corte EDU circa i *most extreme cases* può permettere di valorizzare entrambi gli aspetti, introducendo la possibilità che, con riferimento a situazioni estreme, solo la prima parte del test venga svolta. Considerando i profili attinenti al divieto di trattamenti inumani o degradanti, il recepimento di tale orientamento nella giurisprudenza di Lussemburgo è reso possibile – anzi, obbligatorio – dalla corrispondenza tra art. 4 della Carta dei diritti fondamentali e art. 3 CEDU, visto ciò che dispone l'art. 52, par. 3, della Carta (nonché l'art. 19, par. 2, della medesima). In questo modo, risulterebbe possibile correggere un problema posto dalle sentenze *ML* e *Dorobantu* circa il fatto che l'autorità giudiziaria di esecuzione deve svolgere una valutazione riguardo alle condizioni di detenzione nello Stato membro di emissione non con riferimento a ogni istituto di pena in cui il destinatario del MAE potrebbe essere detenuto, ma solamente in relazione agli istituti in cui il destinatario del MAE verrà concretamente recluso.

Per quel che riguarda le questioni relative all'indipendenza del potere giudiziario, l'impostazione della Corte EDU potrebbe offrire una soluzione attenta alla circostanza che il tema in questione assume rilievo non solo in relazione alla tutela dei diritti fondamentali, ma anche – e, può ritenersi, soprattutto – all'organizzazione dello Stato e, in particolare, all'esigenza di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva.

Abstract (ita)

Nel contesto del MAE, il test *Aranyosi e Căldăraru*, nella variante *LM* relativa alla tutela del diritto a un giudice indipendente, ha sollevato difficoltà connesse, nell'ambito della crisi dello Stato di diritto in Polonia, all'applicazione della sua seconda parte, quanto all'accertamento in concreto del rischio di violazione. L'impostazione fatta propria dalla Corte di giustizia potrebbe essere contestata in ragione di un orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, in forza del quale, quando si tratta di stabilire se i diritti dell'estraddando possano essere lesi nello Stato di consegna, se il livello di intensità delle violazioni in atto in quello Stato è tale da portare a concludere che l'estraddizione esporrebbe necessariamente il soggetto alla violazione, la valutazione in concreto non è richiesta «in the most extreme cases» (sentenza *Liu*).

Nell'articolo si dà conto dei due approcci e si sostiene che il secondo possa utilizzarsi nell'ordinamento dell'Unione attraverso l'art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali. In tal modo, risulterebbe possibile assicurare una migliore protezione dei diritti fondamentali, compreso il diritto a un giudice indipendente, senza mettere in discussione la fiducia reciproca, visto che la valutazione in concreto verrebbe omessa solo in casi limitati e particolarissimi.

Abstract (eng)

In the context of the EAW, the *Aranyosi and Căldăraru* test, in the *LM* version related to the protection of the right to an independent tribunal, has raised issues relating, in the context of the rule of law crisis in Poland, to the application of its second part, as regards the assessment *in concreto* of the risk of a violation. The approach adopted by the Court of Justice could be challenged on the grounds of the case law of the European Court of Human Rights, according to which the assessment *in concreto* is not required «in the most extreme cases» when it comes to establishing whether the rights of the extradited person under Article 3 ECHR may be violated in the State of surrender, if the level of intensity of the violations taking place in that State is such as to lead to the conclusion that extradition would necessarily expose that person to a violation of their rights (*Liu* judgment).

The paper gives an account of the two approaches and argues that the latter can be used in EU law through Article 52(3) of the Charter of Funda-

mental Rights. This would make it possible to ensure a better protection of fundamental rights, including the right to an independent tribunal, without undermining mutual trust, since the assessment *in concreto* would be omitted only in limited and very peculiar cases.

L'ART. 351 TFUE E GLI ACCORDI INTERNAZIONALI DEGLI STATI MEMBRI A FRONTE DELL'ESPANSIONE DELLE COMPETENZE DELL'UNIONE EUROPEA

Claudia Massa*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il primato del diritto dell'Unione europea come principio non assoluto. – 3. La portata applicativa dell'art. 351 TFUE. – 3.1. L'ambito di applicazione temporale dell'art. 351 TFUE. – 3.1.1. L'applicazione dell'art. 351 TFUE agli accordi stipulati dagli Stati membri dopo il 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, dopo la data della loro adesione ma prima che l'Unione diventi competente nella materia oggetto dell'accordo. – 4. La prassi applicativa dell'art. 351 TFUE nel contesto dei Trattati bilaterali di investimento extra-UE conclusi dopo il 1958 ma prima dell'attribuzione all'Unione europea della competenza in materia di investimenti esteri diretti. – 4.1. L'art. 351 TFUE e la politica europea globale degli investimenti internazionali. – 5. L'attuale assetto della risoluzione dei conflitti tra diritto dell'Unione europea e accordi stipulati dagli Stati membri con Stati terzi dopo il 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, dopo la data della loro adesione ma prima che l'Unione diventi competente nella materia oggetto dell'accordo. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Tra le deroghe normative al principio del primato del diritto dell'Unione europea contenute nei Trattati dell'Unione europea, ve ne sono alcune che autorizzano una sorta di “primato orizzontale” o “primato internazionale”, vale a dire un primato sul diritto dell'Unione europea delle norme contenute in altri determinati trattati internazionali (v. *infra*, par. 2). Nell'ambito di tali deroghe vi è l'art. 351 TFUE¹, il quale, al par. 1, contiene una clausola di su-

* Ricercatrice TD-A di diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli “Federico II”.

¹ Art. 351 TFUE: «Le disposizioni dei trattati non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall'altra. Nella misura in cui tali convenzioni sono incompatibili coi trattati, lo Stato o gli Stati membri interessati ricorrono a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità constatate. Ove occorra, gli Stati membri si forniranno reciproca assistenza per raggiungere

bordinazione per la quale, in caso di conflitto, le norme di diritto dell'Unione europea possono essere disapplicate in favore delle norme di un accordo concluso dagli Stati membri con Stati terzi anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione (di seguito, "accordi preesistenti").

L'interpretazione dell'art. 351 TFUE offerta dalla Corte di giustizia dell'Unione europea è sempre stata restrittiva, in considerazione non solo della costante giurisprudenza secondo cui le eccezioni devono essere interpretate restrittivamente affinché le regole generali non vengano svuotate del loro contenuto², ma anche della natura *extra ordinem* della clausola contenuta in tale articolo e dell'intenzione di dare sempre maggiore rilevanza al progetto di integrazione europea e agli obiettivi dell'Unione europea.

Anche per quel che riguarda l'ambito di applicazione *ratione temporis* della norma di cui al par. 1, l'impostazione prevalente della giurisprudenza e della dottrina è quella che segue un'interpretazione strettamente letterale del testo della disposizione, che non consente di applicare la clausola ad accordi stipulati successivamente alle date in esso indicate.

Questa giurisprudenza si contrappone ad una tendenza a voler espandere il campo di applicazione temporale dell'art. 351 TFUE, rinvenuta soprattutto nel contesto di settori interessati da un'espansione delle competenze dell'Unione europea a seguito di una revisione dei Trattati, come quello degli investimenti esteri diretti.

Nel presente scritto, dopo una breve analisi del principio del primato come principio fondante di diritto dell'Unione dal carattere non assoluto, si darà conto della predetta giurisprudenza della Corte di giustizia inerente all'ambito di applicazione *ratione temporis* della deroga al primato contenuta nel par. 1 dell'art. 351 TFUE. Particolare attenzione sarà rivolta alla questione relativa alla possibilità di applicare l'art. 351 TFUE, per estensione, anche agli accordi stipulati dagli Stati membri con Stati terzi dopo il 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, dopo la data della loro adesione ma

tale scopo, assumendo eventualmente una comune linea di condotta. Nell'applicazione delle convenzioni di cui al primo comma, gli Stati membri tengono conto del fatto che i vantaggi consentiti nei trattati da ciascuno degli Stati membri costituiscono parte integrante dell'instaurazione dell'Unione e sono, per ciò stesso, indissolubilmente connessi alla creazione di istituzioni comuni, all'attribuzione di competenze a favore di queste ultime e alla concessione degli stessi vantaggi da parte di tutti gli altri Stati membri».

² Cfr., *ex multis*, Corte giust. 22 aprile 2010, C-346/08, *Commissione/Regno Unito*, punto 39; 26 febbraio 2015, C-6/14, *Wucher Helicopter e Euro-Aviation Versicherung*, punto 24.

prima che l'Unione diventi competente nella materia oggetto dell'accordo. In seguito, si passerà dal piano teorico a quello pratico, con una valutazione dell'incidenza che la suddetta giurisprudenza ha avuto nel contesto dei Trattati bilaterali di investimento extra-UE conclusi prima dell'attribuzione all'Unione europea della competenza in materia di investimenti esteri diretti (di seguito, "IED") ad opera del Trattato di Lisbona. In particolare, sarà data traccia di una tendenza – sviluppata soprattutto da parte di alcune istituzioni dell'Unione europea – a favore di una applicazione estensiva dell'art. 351 TFUE anche al di là delle date in esso previste. Infine, si darà risposta all'interrogativo relativo a quale sia l'attuale assetto nel campo della risoluzione dei conflitti tra diritto dell'Unione europea e accordi stipulati dagli Stati membri con Stati terzi dopo il 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, dopo la data della loro adesione ma prima che l'Unione diventi competente nella materia oggetto dell'accordo.

2. *Il primato del diritto dell'Unione europea come principio non assoluto*

Com'è noto, il principio del primato non è "assoluto"³.

Dal punto di vista normativo, tale carattere deriva dalle deroghe espresse contenute nei Trattati dell'Unione europea. Alcune di esse sottraggono una determinata fattispecie all'ambito applicativo della norma di diritto dell'Unione europea, permettendo alle norme nazionali di dettarne la disciplina. Ad esempio, l'art. 45, par. 4, TFUE, sottrae al principio della libera circolazione dei lavoratori «gli impieghi nelle pubblica amministrazione», consentendo agli Stati membri di riservare ai propri cittadini l'accesso alle forze armate, in polizia, in magistratura, in diplomazia, ecc.⁴ Altre deroghe,

³ Sul punto, v., per tutti, A. ARENA, *Sul carattere "assoluto" del primato del diritto dell'Unione europea*, in *SIE*, n. 2, 2018, p. 317-340.

⁴ Art. 45 TFUE: «1. La libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione è assicurata. 2. Essa implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro. 3. Fatte salve le limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica, essa importa il diritto: a) di rispondere a offerte di lavoro effettive; b) di spostarsi liberamente a tal fine nel territorio degli Stati membri; c) di prendere dimora in uno degli Stati membri al fine di svolgervi un'attività di lavoro, conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che disciplinano l'occupazione dei lavoratori nazionali; d) di rimanere, a condizioni che costituiranno l'oggetto di regolamenti stabiliti dalla Commissione, sul territorio di uno Stato membro, dopo aver occupato un impiego. 4. Le disposizioni del presente articolo non sono applicabili agli impieghi nella

invece, consentono agli Stati membri di introdurre o mantenere previsioni in contrasto con una data norma europea, in nome di interessi ritenuti meritevoli di tutela dall'ordinamento dell'Unione. L'art. 106, par. 2, TFUE, ad esempio, consente agli Stati membri di derogare a qualsiasi norma dei Trattati, in particolare quelle in materia di concorrenza, nella misura in cui la loro applicazione alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale osti all'adempimento della «specifica missione loro affidata»⁵. Più in generale, per la salvaguardia di esigenze imperative quali l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica, gli artt. 45, par. 3⁶, e 52, par. 1⁷, TFUE consentono di limitare, rispettivamente, l'esercizio della libertà di circolazione dei lavoratori e della libertà di stabilimento.

Alle due categorie di deroghe normative suindicate se ne aggiunge una terza, anch'essa contenuta nei Trattati dell'Unione europea, che, in sintesi, autorizza una sorta di «primato orizzontale» o di «primato internazionale», vale a dire un primato sul diritto dell'Unione europea delle norme contenute in altri trattati internazionali conclusi dagli Stati membri. Tale categoria di deroghe riposa su quanto previsto dall'art. 30, par. 2, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati⁸ e ha una logica diversa rispetto a quella delle precitate categorie: mentre queste ultime riposano sulla logica del mercato interno (che prende in considerazione le esigenze interne dei singoli Stati membri, anche di carattere costituzionale in senso ampio, come l'ordine pubblico o la sicurezza pubblica) e, quindi, prevedono giustificazioni o esclusioni che riguardano specifiche situazioni in cui bisogna lasciare uno

pubblica amministrazione». V. comunicazione della Commissione, del 18 marzo 1988, Libera circolazione dei lavoratori e accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione degli Stati membri: l'azione della Commissione in materia d'applicazione dell'articolo 48, paragrafo 4, del Trattato CEE.

⁵ Art. 106, par. 2, TFUE: «Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione».

⁶ V. nota n. 4.

⁷ Art. 52, par. 1, TFUE: «Le prescrizioni del presente capo [2 sul diritto di stabilimento] e le misure adottate in virtù di queste ultime lasciano impregiudicata l'applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica».

⁸ Sul punto, sia consentito il rinvio a C. MASSA, *Gli accordi internazionali preesistenti tra Stati membri e Stati terzi nell'ordinamento dell'Unione europea*, Napoli, 2024, p. 67-79.

spazio di manovra agli Stati membri, le deroghe normative che autorizzano il “primato internazionale” si basano su una logica internazionale, appunto, e prescindono dalla materia, riferendosi in generale agli accordi internazionali. Queste ultime deroghe possono essere suddivise in due subcategorie.

La prima subcategoria riguarda gli accordi *inter se* conclusi tra gli Stati membri e ricomprende l'art. 350 TFUE⁹, che consente ai Paesi del Benelux «di mantenere in vigore, in deroga alle norme dell'Unione, le norme vigenti nell'ambito della loro unione regionale, nella misura in cui detta unione regionale precorre l'attuazione del mercato interno»¹⁰.

La seconda subcategoria, invece, concerne gli accordi stipulati con Stati terzi e ricomprende due articoli, il 347 e il 351, par. 1, TFUE. L'art. 347 TFUE¹¹ «consente a uno Stato membro, in presenza di determinate circostanze eccezionali, di derogare persino a norme comunitarie fondamentali» per far fronte agli impegni internazionali assunti ai fini del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale¹². Tale disposizione, però, non

⁹ Art. 350 TFUE: «Le disposizioni dei trattati non ostano all'esistenza e al perfezionamento delle unioni regionali tra il Belgio e il Lussemburgo, come pure tra il Belgio, il Lussemburgo e i Paesi Bassi, nella misura in cui gli obiettivi di tali unioni regionali non sono raggiunti in applicazione dei trattati». Per un commento all'art. 350 TFUE, v. R. MASTROIANNI, G. VITALE, *Art. 350 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, p. 2535-2540.

¹⁰ Corte giust. 14 luglio 2016, C-230/15, *Brite Strike Technologies*, punto 57.

¹¹ Art. 347 TFUE: «Gli Stati membri si consultano al fine di prendere di comune accordo le disposizioni necessarie ad evitare che il funzionamento del mercato interno abbia a risentire delle misure che uno Stato membro può essere indotto a prendere nell'eventualità di gravi agitazioni interne che turbino l'ordine pubblico, in caso di guerra o di grave tensione internazionale che costituisca una minaccia di guerra ovvero per far fronte agli impegni da esso assunti ai fini del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale».

¹² Corte giust. ord. 29 giugno 1994, C-120/94 R, *Commissione/Grecia (misure contro la Macedonia)*, punto 68. Si noti che l'art. 347 TFUE contiene anche un'altra deroga che consente l'adozione di misure volte a far fronte a «gravi agitazioni interne» ovvero a situazioni di «guerra o di grave tensione internazionale». In caso di applicazione di una delle due deroghe previste nel suddetto articolo è previsto l'avvio di una specifica procedura: gli Stati membri devono consultarsi al fine di prendere, di comune accordo, le misure necessarie ad evitare che il funzionamento del mercato comune risenta delle misure adottate da uno di essi. Tale procedura, com'è evidente, non ha carattere *comunitario* bensì *intergovernativo*, non prevedendo la partecipazione della Commissione e consentendo l'adozione delle misure «di comune accordo». L'attività di consultazione prevista dall'articolo è obbligatoria ma essa non implica l'adozione, al suo termine, di un provvedimento comune. Di conseguenza, lo Stato può sempre adottare misure derogatorie unilaterali, anche se non è riuscito a trovare un accordo con i suoi pari. Per un commento all'art. 347 TFUE, v. F. SCIAUDONE, *Art. 347 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 2521-2524.

consente di derogare ai principi di libertà, di democrazia e di rispetto dei diritti dell'uomo¹³. L'art. 351, par. 1, TFUE, invece, consente che le norme di un trattato preesistente trovino applicazione in luogo delle norme di diritto dell'Unione europea, nel caso in cui vi sia un conflitto tra le stesse. La portata di questa deroga è ampia, per cui nel seguente paragrafo ne saranno brevemente disegnati i confini applicativi.

Prima, però, a fini di completezza, occorre accennare al fatto che le deroghe normative al primato del diritto dell'Unione possono essere contenute anche in atti di diritto derivato nonché negli accordi di adesione di Stati terzi all'Unione (o negli atti ad essi allegati). Ad esempio, la direttiva 91/498/CEE¹⁴ contenente alcune deroghe temporanee alle norme sanitarie specifiche dell'Unione in materia di produzione e immissione sul mercato di carni fresche di cui alla direttiva 64/433/CEE, all'art. 2, par. 1, consentiva agli Stati membri di autorizzare temporaneamente alcuni stabilimenti a derogare a certi requisiti previsti nell'allegato I alla direttiva 64/433/CEE stessa¹⁵. L'art. 37, parr. 1 e 3, dell'Atto relativo alle condizioni di adesione della Croazia all'Unione, invece, prevedeva che la Croazia potesse adottare, nel termine di tre anni dall'adesione, alcune misure di salvaguardia che comportassero deroghe alle norme del TUE o del TFUE, al fine di adattare un determinato settore dell'attività economica all'economia del mercato interno¹⁶.

¹³ Corte giust. 3 settembre 2008, C-402/05 e C-415/05 P, *Kadi/Consiglio e Commissione*, punti 303-304.

¹⁴ Direttiva 91/498/CEE del Consiglio, del 29 luglio 1991, relativa alla concessione di deroghe temporanee e limitate alle norme sanitarie specifiche della Comunità in materia di produzione e immissione sul mercato di carni fresche.

¹⁵ Art. 2, par. 1, della direttiva 91/498/CEE: «Fino al 31 dicembre 1995, ad eccezione della Svezia, per le quali la data è quella del 31 dicembre 1996, e dell'Austria e della Finlandia, per le quali la data è quella del 31 dicembre 1997, gli Stati membri possono autorizzare gli stabilimenti che alla data di notifica della presente direttiva non siano stati giudicati conformi ai requisiti previsti dalla direttiva 64/433/CEE ai fini del loro riconoscimento, a derogare ad alcuni requisiti previsti ai punti da 1 a 14 dell'allegato I della direttiva 64/433/CEE sempreché le carni provenienti da detti stabilimenti siano munite del marchio nazionale».

¹⁶ Art. 37 dell'Atto relativo alle condizioni di adesione della Croazia all'Unione, allegato al Trattato di adesione della Croazia all'Unione, del 24 aprile 2012: «1. Entro la fine di un periodo massimo di tre anni dalla data di adesione, in caso di difficoltà gravi di un settore dell'attività economica che siano suscettibili di protrarsi, come anche in caso di difficoltà che possano determinare grave perturbazione nella situazione economica di una data area, la Croazia può chiedere di essere autorizzata ad adottare misure di salvaguardia che consentano di ristabilire la situazione e di adattare il settore interessato all'economia del mercato interno. [...] 3. Le misure autorizzate ai sensi del presente articolo possono comportare deroghe alle

Inoltre, anche dal punto di vista giurisprudenziale emerge il carattere non assoluto del principio del primato. Infatti, non solo la Corte di giustizia ha individuato dei limiti “interni” all’applicazione di tale principio (ossia la «tutela dei diritti fondamentali» informata alle «tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri»)¹⁷ ma alcune giurisdizioni nazionali – Corti costituzionali italiana e tedesca *in primis* – hanno anche cercato di apporre ulteriori limiti “esterni”¹⁸. Sebbene questi ultimi non siano formalmente suscettibili di condurre ad un temperamento del principio del primato nella prospettiva del diritto dell’Unione europea, posto che la prassi successiva degli Stati membri non assume rilievo ai fini dell’interpretazione delle norme di diritto dell’Unione europea, i moniti posti dai giudici costituzionali nazionali sono comunque atti ad influenzare la Corte di giustizia nell’interpretazione dei limiti “interni” al principio del primato, al fine di evitare l’insorgenza di conflitti interordinamentali¹⁹.

3. *La portata applicativa dell’art. 351 TFUE*

Come visto, l’art. 351, par. 1, TFUE contiene una cosiddetta “clausola di subordinazione”, che si traduce in una deroga al principio del primato del diritto dell’Unione²⁰, in quanto consente che tale diritto possa essere disapplicato nel caso in cui contrasti con accordi preesistenti.

norme del TUE, del TFUE e del presente atto, nei limiti e nei termini strettamente necessari per raggiungere gli scopi di tale salvaguardia. È accordata la precedenza alle misure che turbano il meno possibile il funzionamento del mercato interno».

¹⁷ Corte giust. 17 dicembre 1970, 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, punto 3.

¹⁸ V., ad esempio, le sentenze *Frontini* (Corte cost. sent. 18 dicembre 1973, n. 183, punto 9 della parte in diritto, in cui si afferma che le limitazioni di sovranità concesse a favore della Comunità non possono «comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana». Tale limite “esterno” era già stato delineato nella precedente sentenza della Corte cost. sent. 16 dicembre 1965, n. 98, *Acciaierie San Michele*, punto 2, in cui si legge che gli «effetti interni» del diritto comunitario «vanno determinati senza pregiudizio (...) dei diritti inviolabili dell’uomo») e *M.A.S.* (Corte cost. ord. 26 gennaio 2017, n. 24) in Italia; *Solange I* (Corte cost. sent. 29 maggio 1974, BvL 52/71) e *Gauweiler* (Corte cost. sent. 21 giugno 2016, 2 BvR 2728/13) in Germania; *Houlbec* (Corte cost. sent. 31 gennaio 2012, Pl.Us 5/12) in Repubblica Ceca; *Ajos* (Corte cost. sent. 6 dicembre 2016, 15/2014) in Danimarca.

¹⁹ A. ARENA, *op. cit.*, p. 339.

²⁰ V., sul punto, la recente sentenza della Corte giust. 28 ottobre 2022, C-435/22 PPU, *Procedimento penale a carico di HF*, punto 119, in cui si legge che «l’articolo 351, primo

Così, nell'ipotesi in cui uno Stato membro emani delle disposizioni interne in contrasto con il diritto dell'Unione, allo scopo di adempiere agli obblighi scaturenti da un accordo preesistente, qualunque disposizione del diritto dell'Unione, sia primario²¹ che derivato²², ancorché dotata di efficacia diretta²³, non potrà trovare applicazione all'interno di detto Stato²⁴. La sola eccezione all'applicazione della deroga di cui all'art. 351, par. 1, TFUE riguarda i «principi che fanno parte dei fondamenti stessi dell'ordinamento giuridico comunitario», quali i principi di libertà, di democrazia nonché di rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che non possono in alcun caso essere messi in discussione²⁵.

Per comprendere a fondo i termini di questa deroga al primato, occorre fare riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia, che in più occasioni ha dovuto interpretare l'art. 351 TFUE. Atteso che una ricostruzione dell'intera giurisprudenza sul punto esula dall'obiettivo del presente scritto, di seguito ci si soffermerà sugli aspetti relativi all'ambito di applicazione temporale di tale articolo²⁶.

comma, TFUE è una norma che, ove siano soddisfatte le sue condizioni di applicazione, può consentire deroghe all'applicazione del diritto dell'Unione, ivi compreso il diritto primario», nonché la più risalente sentenza della Corte giust. 14 gennaio 1997, C-124/95, *Centro-Com*, punti 56-61 e *Kadi/Consiglio e Commissione*, sopra citata, punto 301. In dottrina, cfr. R. SCHÜTZ, *EC Law and International Agreements of the Member States-An Ambivalent Relationship?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 9, 2007, p. 387-440, il quale parla di «suspended primacy»; A. ROSAS, *The Status in EU Law of International Agreements Concluded by EU Member States*, in *Fordham International Law Journal*, vol. 34, n. 5, 2011, p. 1321; K. VON PAPP, *Solving Conflicts with International Investment Treaty Law from an EU Law Perspective: Article 351 TFEU Revisited*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2015, p. 327.

²¹ *Centro-Com*, sopra citata, punto 61; *HF*, sopra citata, punto 119.

²² Corte giust. 1° febbraio 2005, C-203/03, *Commissione/Austria*, punto 60.

²³ Corte giust. 2 agosto 1993, C-158/91, *Procedimento penale contro Jean-Claude Levy*, punti 9 e 22. Per un commento, v. J. R. BARBERO, *Una revision del artículo 234 del TCE: la sentencia Levy dictada por el TJCE el 2 agosto de 1993*, in *Revista de Instituciones europeas*, vol. 21, n. 1, 1994, p. 481-498.

²⁴ Corte giust. 3 febbraio 1994, C-13/93, *Office national de l'emploi (Onem)/Madeleine Minne*, punti 17 e 19. Pur se nell'ambito di un procedimento pregiudiziale, non spetterà alla Corte, ma al giudice nazionale, accertare il contenuto degli obblighi imposti da un accordo anteriore e stabilire, di conseguenza, i termini in cui tali obblighi ostino all'applicazione di norme di diritto dell'Unione eventualmente in rilievo.

²⁵ *Kadi/Consiglio e Commissione*, sopra citata, punti 301, 303-304.

²⁶ Per una ricostruzione dell'intera giurisprudenza sul punto, sia consentito rinviare a C. MASSA, *op. cit.*, p. 102-153.

3.1. *L'ambito di applicazione temporale dell'art. 351 TFUE*

L'analisi dell'ambito di applicazione *ratione temporis* dell'art. 351 TFUE può essere affrontata da diversi punti di vista²⁷.

In primo luogo, ci si può focalizzare sull'utilizzo, nel testo del TFUE, della parola "concluse" con riferimento alle convenzioni anteriori al 1° gennaio 1958 o alla data della loro adesione. In dottrina²⁸ è stato rilevato che un'interpretazione letterale del testo potrebbe indurre a pensare che il TFUE non ostacoli i diritti e gli obblighi derivanti da accordi "firmati" prima delle suddette date, anche se tali accordi sono entrati in vigore successivamente ad esse²⁹. La Corte è stata vaga su questo punto. In alcuni casi ha specificato che l'accordo preesistente dovesse essere stato sia firmato che ratificato prima dell'entrata in vigore dei Trattati dell'Unione europea³⁰; in

²⁷ Per ragioni di spazio, non saranno prese in considerazione questioni più specifiche attinenti all'ambito di applicazione temporale dell'art. 351 TFUE, quali quella della successiva revisione di accordi preesistenti e della successiva adesione ad accordi multilaterali preesistenti, che pure sono state affrontate dalla Corte di giustizia (cfr., per la questione della revisione, le conclusioni dell'Avv. gen. Tizzano, del 31 gennaio 2002, C-466/98, *Commissione/Regno Unito*, punto 135, nonché le sentenze della Corte giust. 5 novembre 2002, C-467/98, *Commissione/Danimarca*, punto 39; 5 novembre 2002, C-468/98, *Commissione/Svezia*, punto 37; 5 novembre 2002, C-469/98, *Commissione Finlandia*, punto 39; 5 novembre 2002, C-471/98, *Commissione/Belgio*, punto 50; 5 novembre 2002, C-472/98, *Commissione/Lussemburgo*, punto 45; 5 novembre 2002, C-475/98, *Commissione/Austria*, punto 48; 5 novembre 2002, C-476/98, *Commissione/Germania*, punto 69; per la questione della successiva adesione, cfr. Corte giust. 18 novembre 2003, C-216/01, *Budvar*, punti 149-173). In dottrina, cfr. J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *Hacia una política transatlántica de cielos abiertos*, in *RDCE*, n. 14, 2003 p. 241-264; L. SICO, *Il diritto comunitario del trasporto aereo e gli accordi Open Sky individualmente conclusi con gli Stati Uniti da alcuni Stati membri*, in *DPCE*, 2003 p. 475-481; C. TUO, *Il trasporto aereo nell'Unione europea tra libertà fondamentali e relazioni esterne*, Torino, 2008.

²⁸ P. MANZINI, *The Priority of Pre-existing Treaties of EC Member States within the Framework of International Law*, in *EJIL*, n. 12, 2001, p. 785.

²⁹ Si ricordi che, ai sensi dell'art. 2, lettera b), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, il consenso a essere vincolati a un trattato è espresso dai termini «ratifica», «accettazione», «approvazione» o «adesione». D'altra parte, il termine "conclusione" è utilizzato nell'art. 6 della Convenzione per indicare in generale la capacità degli Stati.

³⁰ Corte giust. 14 ottobre 1980, 812/79, *Burgoa*, punto 7.

altri casi ha semplicemente ignorato la differenza giuridica tra i due atti³¹. Tuttavia, si può propendere per un'interpretazione della norma nel senso di un riferimento agli accordi "entrati in vigore" prima dei Trattati dell'Unione europea, e non a quelli semplicemente "firmati" prima, sulla base di un riferimento all'art. 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati: tale articolo, infatti, nel regolare l'applicazione di trattati successivi relativi allo stesso oggetto, si riferisce sempre a trattati di cui gli Stati "sono parti", vale a dire a trattati in vigore tra di loro.

In secondo luogo, l'analisi dell'ambito di applicazione *ratione temporis* dell'art. 351 TFUE può essere affrontata soffermandosi sulle date indicate nel testo della disposizione e interrogandosi sulla possibilità di estendere il campo di applicazione della norma al di là di tali date.

Alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, può affermarsi che gli accordi che possono prevalere sul diritto dell'Unione europea a norma dell'art. 351, par. 1, TFUE sono esclusivamente quelli conclusi prima del 1° gennaio 1958 (data di entrata in vigore del Trattato di Roma) o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione. Qualsiasi accordo successivo a dette date è escluso dal campo di applicazione di suddetta norma³², anche se concluso anteriormente alla data in cui l'Unione è divenuta competente nel settore interessato dalla convenzione in questione. Quest'ultimo aspetto è stato chiarito dalla Corte di giustizia di recente, nella sentenza

³¹ *Centro-Com*, sopra citata, punto 61.

³² In dottrina, v. P. MANZINI, *op. cit.*, p. 786, il quale ha escluso espressamente l'applicabilità dell'art. 351 TFUE agli accordi conclusi «after the entry into force of the EC Treaty but before the full exercise by the Community of its functions in the matter», in primo luogo, sulla base della «literal interpretation of paragraph 1» e, in secondo luogo, perché in tale situazione gli Stati membri avevano comunque l'obbligo di non ostacolare il futuro esercizio dei poteri comunitari. V. anche A. DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, Oxford, 2011, p. 306-307, il quale afferma che: «an expansion of the scope of Article 351 TFEU in order to cover post-accession agreements concluded before EU competence became exclusive in a specific field goes against the narrow scope of Article 351 TFEU [...] In that regard, Member States BITs are incompatible with EU law to the extent that they regulate FDI». In senso contrario, v. L. PANTALEO, *Member States Prior Agreements and Newly EU Attributed Competence: What Lesson from Foreign Investment*, in *European Foreign Affairs Review*, vol. 19, n. 2, 2014, p. 307-324; J. P. TERHECHTE, *Art. 351 TFEU, the Principle of Loyalty and the Future Role of the Member States' Bilateral Investment Treaties*, in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, Berlin, Heidelberg, Springer, 2011, p. 85; T. EILMANSBERGER, *Bilateral Investment Treaties and EU Law*, in *CMLR*, n. 46, 2009, p. 383-429; K. M. MEESSEN, *The Application of Rules of Public International Law within Community Law*, in *CMLR*, n. 13, 1976, p. 491.

HF³³. In effetti, secondo la Corte, gli Stati membri hanno deliberatamente escluso la possibilità di far prevalere tali accordi sul diritto dell'Unione europea in virtù dell'art. 351, par. 1, TFUE in quanto, pur avendone occasione al momento dell'adozione dei Trattati di Nizza e di Lisbona, essi non hanno modificato le date fissate dal Trattato di Amsterdam (i. e. il 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, la data della loro adesione), pur consapevoli del fatto che le competenze dell'Unione evolvono in modo significativo nel tempo, anche in settori oggetto di convenzioni concluse con Stati terzi. Pertanto, secondo la Corte, «[la] disposizione derogatoria [dell'art. 351, par. 1, TFUE] deve essere interpretata nel senso che essa riguarda solo le convenzioni concluse anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione»³⁴.

Atteso che si tratta della prima volta in cui la Corte si esprime in termini così espliciti sul punto, pur avendone avuto occasione in precedenti sentenze, e considerato il contesto specifico in cui si inserisce la sopracitata frase della Corte (*v. infra*, par. 3.1.1. (i) a)), al fine di poter ritenere definitivamente chiarita la questione, sarebbe opportuno disporre di una riconferma di questa giurisprudenza in altre future sentenze. Nel mentre, si è spinti ad approfondire la questione relativa alla possibilità di applicare l'art. 351 TFUE, per estensione, all'ipotesi di accordi stipulati dopo le date in esso fissate ma prima che l'Unione diventi competente nella materia oggetto dell'accordo.

3.1.1. *L'applicazione dell'art. 351 TFUE agli accordi stipulati dagli Stati membri dopo il 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, dopo la data della loro adesione ma prima che l'Unione diventi competente nella materia oggetto dell'accordo*

La riflessione sulla possibilità di applicare la clausola di subordinazione di cui all'art. 351, par. 1, TFUE ad accordi conclusi dagli Stati membri con Stati terzi dopo il 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, dopo la data della loro adesione ma prima dell'attribuzione della competenza oggetto dell'accordo all'Unione, deve essere affrontata distinguendo le ipotesi in cui tale

³³ HF, sopra citata, punti 115-127. Per un commento a questa sentenza, v. S. MONTALDO, *Three (r)evolutions in a row: ne bis in idem, extradition agreements and the temporal scope of Article 351(1) TFEU: Generalstaatsanwaltschaft München vs HF (C-435/22 PPU)*, in *EU Law Live*, 17 November 2022, reperibile *online*; L. PANTALEO, *The Court of Justice Finally Rules on the Analogical Application of Art. 351 TFEU: End of the Story?*, in *EP*, vol. 7, n. 3, 2022, p. 1005-1011.

³⁴ HF, sopra citata, punto 126.

attribuzione sia poi avvenuta (i) *espressamente*, a) per revisione del diritto primario o b) attraverso l'utilizzo della clausola di flessibilità *ex art. 352 TFUE*³⁵, o (ii) *implicitamente*, sulla base della cosiddetta “teoria dei poteri impliciti”³⁶.

(i) a) *Espansione delle competenze dell'Unione europea a seguito di revisione del diritto primario*

Il caso degli accordi internazionali conclusi dopo le date di cui all'art. 351, par. 1, TFUE ma prima dell'attribuzione espressa per revisione del diritto primario di una competenza all'Unione è particolarmente simile (ma, beninteso, non uguale) alla fattispecie effettivamente regolata dal TFUE all'art. 351. In effetti, il conferimento di una nuova competenza all'Unione europea mediante una riforma del diritto primario crea una situazione che, dal punto di vista della libertà negoziale internazionale degli Stati membri, è paragonabile alla creazione della Comunità o all'adesione all'Unione³⁷. Infatti, così come gli Stati membri sono stati liberi di stipulare accordi internazionali prima della creazione della Comunità o prima di aderire alle Comunità o all'Unione, così sono liberi di farlo fino a quando una competenza non è formalmente attribuita all'Unione, al netto del rispetto dei principi, valori e obiettivi da tener presente in quanto già membri dell'organizzazione

³⁵ Art. 352 TFUE: «Se un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate. Allorché adotta le disposizioni in questione secondo una procedura legislativa speciale, il Consiglio delibera altresì all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo». Sul punto, v. *ex multis*, G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea – parte istituzionale*, Torino, 2023, p. 83 e 84.

³⁶ Sul punto, v. *ex multis*, G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 84. In estrema sintesi, la cosiddetta “teoria dei poteri impliciti” è stata formulata dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza e comporta la possibilità di riconoscere all'Unione poteri non espressamente conferiti dai Trattati ma che risultino indispensabili per un esercizio efficace ed appropriato delle competenze già attribuite. Cfr. *ex multis*, Corte giust. 9 luglio 1987, 281/85, 283/85, 285/85, 287/85, *Germania/Commissione*; 12 luglio 1973, 8-73, *Hauptzollamt Bremerhaven/Massey-Ferguson*; 17 dicembre 1970, 11/70, *Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

³⁷ S. SALUZZO, *Accordi internazionali degli Stati membri dell'Unione europea e Stati terzi*, Torino, 2018, p. 309-314; L. PANTALEO, *Member States Prior Agreements and Newly EU Attributed Competence*, cit., p. 315-324; J. P. TERHECHTE, *op. cit.*, p. 85; T. EILMANSBERGER, *op. cit.*, p. 383-429; K. M. MEESSEN, *op. cit.*, p. 491.

internazionale dell'Unione. La similitudine tra le suddette fattispecie è tale da poter valutare una possibile “applicazione *per analogia*” dell'art. 351, par. 1, TFUE ai succitati accordi piuttosto che una “applicazione *per estensione*”, sulla base della logica “*ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*”³⁸.

In effetti, l'Avvocato generale Sharpston, nell'ambito del procedimento relativo al parere sull'Accordo di libero scambio tra Unione europea e Singapore, ha manifestato un'apertura verso quella che potrebbe esser definita “teoria dell'applicazione analogica” dell'art. 351 TFUE. Partendo dal presupposto che nessuna disposizione del Trattato contiene un elenco degli obblighi incombenti agli Stati membri che concludono accordi internazionali con Paesi terzi (o con organizzazioni internazionali) dopo la loro adesione all'Unione europea, e che, dunque, essi possono agire in tal senso solo nei settori che rientrano nelle loro competenze e a condizione di rispettare il diritto dell'Unione, l'Avvocato generale Sharpston afferma che: «[s]e successivamente intervenissero mutamenti nella ripartizione delle competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri, e la prima acquisisse ulteriori competenze di natura esclusiva, non vedo perché non si dovrebbero più applicare le regole stabilite dall'articolo 351 TFUE. Gli Stati membri sarebbero comunque tenuti ad adottare tutte le misure atte a garantire che gli accordi esistenti nel settore considerato, divenuti nel frattempo vincolanti per l'Unione europea, siano compatibili con la nuova ripartizione delle competenze e con qualsiasi azione intrapresa successivamente dall'Unione europea nell'esercizio delle sue competenze»³⁹.

Idee analoghe a quelle dell'Avvocato generale Sharpston sono state esposte dall'Avvocato generale Collins nelle sue conclusioni rese nell'ambito del procedimento pregiudiziale *HF* ad ottobre 2022⁴⁰, in accoglimento di quanto sostenuto dal giudice nazionale del rinvio, l'*Oberlandesgericht München* (Tribunale superiore del Land, Germania), nella sua domanda pregiudiziale del luglio 2022⁴¹.

In particolare, il giudice tedesco ha chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi sull'interpretazione di alcune norme di diritto dell'Unione che avrebbero potuto ostare al rispetto di un obbligo di diritto internazionale

³⁸ “Dov'è una stessa ragione di legge, ivi deve aver vigore la medesima norma”.

³⁹ Conclusioni dell'Avv. gen. Sharpston, del 21 dicembre 2016, parere 2/15, *Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore*, par. 389.

⁴⁰ Conclusioni dell'Avv. gen. Collins, del 13 ottobre 2022, C-435/22 PPU, *Procedimento penale a carico di HF*.

⁴¹ Domanda pregiudiziale che ha dato luogo alla causa C-435/22 PPU, *Procedimento penale a carico di HF*, punti 27-28.

della Germania nei confronti degli Stati Uniti d'America, derivante dall'Accordo di estradizione tra la Germania e gli Stati Uniti d'America del 20 giugno 1978 (in seguito, "Accordo di estradizione"). Nel porre il quesito pregiudiziale, il giudice tedesco fa presente che, a suo parere, tale conflitto dovrebbe essere superato in virtù di un'interpretazione ampia dell'art. 351, par. 1, TFUE, che permetta di assimilare l'Accordo di estradizione entrato in vigore il 30 luglio 1980 ad un accordo "preesistente" ai sensi del predetto articolo e di farlo così prevalere sul diritto dell'Unione. Tale accordo, infatti, è entrato in vigore dopo il 1958 (anno in cui la Germania ha siglato i Trattati di Roma con gli altri Paesi fondatori) ma comunque prima che le questioni del *ne bis in idem* a livello europeo e la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale rientrassero nell'ambito di competenza dell'Unione per riforma del diritto primario⁴². La Germania non poteva prevedere nel 1980 che l'Unione avrebbe assunto ed esercitato suddette competenze, quindi, secondo il giudice tedesco, dovrebbe essere applicata la "teoria dell'applicazione analogica" dell'art. 351 TFUE⁴³.

L'Avvocato generale Collins aderisce alla posizione del giudice tedesco remittente (peraltro sostenuto dal governo tedesco e dalla Commissione⁴⁴), ritenendo che la Germania, allorché ha concluso con gli Stati Uniti d'America l'Accordo di estradizione, si trovasse in una situazione analoga a quella di cui all'art. 351, par. 1, TFUE⁴⁵.

La Corte di giustizia, in Grande Sezione, nella sentenza *HF* dell'ottobre 2022⁴⁶, non ha accolto le posizioni del giudice remittente tedesco e dell'Avvocato generale Collins, ribadendo il suo orientamento restrittivo nell'inter-

⁴² L'Unione è divenuta competente nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale soltanto a seguito dell'entrata in vigore, anzitutto, del Trattato di Maastricht, il 1° novembre 1993, e, successivamente, del Trattato di Amsterdam, il 1° maggio 1999, date successive a quella dell'entrata in vigore del trattato di estradizione Germania-Stati Uniti d'America.

⁴³ Peraltro, il giudice del rinvio considera che le modifiche apportate dal primo Accordo aggiuntivo e dal secondo Accordo aggiuntivo non mutano affatto tale situazione. Il primo Accordo aggiuntivo non costituirebbe una rinegoziazione fondamentale dell'Accordo di estradizione Germania-Stati Uniti d'America e sarebbe entrato in vigore già l'11 marzo 1993. Con il secondo Accordo aggiuntivo, la Germania si sarebbe limitata a trasporre la Convenzione di estradizione tra l'Unione e gli Stati Uniti d'America del 25 giugno 2003 e non sarebbe stata adottata alcuna disposizione specifica relativa all'applicazione del principio del *ne bis in idem* "su scala europea".

⁴⁴ Conclusioni dell'Avv. gen. Collins in *HF*, cit., par. 72.

⁴⁵ *Ibidem*, parr. 69-74.

⁴⁶ *HF*, sopra citata.

pretazione dell'art. 351 TFUE. Questa volta, però, a differenza di precedenti sentenze dalle quali si può semplicemente dedurre una visione contraria all'applicazione estensiva o analogica di detto articolo ad accordi conclusi successivamente alle date in esso contenute⁴⁷, il testo della sentenza contiene alcune affermazioni *expressis verbis* che lasciano molto poco spazio a dubbi interpretativi e che quindi sembrano sancire definitivamente quale sia la portata temporale dell'art. 351 TFUE.

In particolare, la Corte intraprende il suo ragionamento a partire da un richiamo alla sua giurisprudenza consolidata sulla necessità di interpretare le eccezioni in modo restrittivo⁴⁸. Aderire a tale giurisprudenza, secondo la Corte, è ancor più importante in relazione ad una norma come l'art. 351 TFUE, «in quanto tale disposizione consente di derogare non a un principio concreto, bensì all'applicazione di qualsiasi disposizione dei trattati»⁴⁹. «Inoltre, una siffatta interpretazione restrittiva si impone anche alla luce dell'obbligo incombente agli Stati membri, in forza dell'articolo 351, secondo comma, TFUE, di ricorrere a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità esistenti tra una convenzione e i trattati»⁵⁰.

Poste tali premesse, la Corte procede ad una lettura storico-letterale del testo dell'art. 351, par. 1, TFUE, ricordando che il previgente art. 234 del Trattato CEE è stato riformulato in occasione dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam il 1° maggio 1999, con la previsione di un nuovo ambito di applicazione temporale della regola in esso contenuta: in particolare, le parole «anteriormente all'entrata in vigore del presente trattato» sono state sostituite dalle parole «anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione»⁵¹. Ebbene, il fatto che al momento dell'adozione dei successivi Trattati di Nizza e di Lisbona gli Stati membri non abbiano provveduto ad ulteriori nuove modifiche della disposizione in questione (in particolare non avendo preveduto «la possibilità di prendere in considerazione, ai fini dell'articolo 351, primo comma, TFUE, la data in cui l'Unione è divenuta competente in un determinato settore») viene interpretato dalla Corte come una chiara manifesta-

⁴⁷ V., per tutte, Corte giust. 14 luglio 1976, 3/76, 4/76 e 6/76, *Kramer*. In dottrina, P. MANZINI, *op. cit.*, p. 786.

⁴⁸ *HF*, sopra citata, punto 120.

⁴⁹ *Ibidem*, punto 121.

⁵⁰ *Ibidem*, punto 122. Le argomentazioni contenute nei punti da 120 a 122 sono state ritenute superflue dalla dottrina. V. L. PANTALEO, *The Court of Justice Finally Rules on the Analogical Application of Art. 351 TFEU*, cit., p. 1010.

⁵¹ *HF*, sopra citata, punto 123.

zione della loro volontà di riconfermare che gli unici accordi che possono rientrare nella deroga al principio del primato sono quelli conclusi entro le date stabilite ad Amsterdam⁵². Secondo la Corte, tale volontà è stata espressa nella piena coscienza che le competenze dell'Unione evolvono in modo significativo nel tempo, anche in settori oggetto di convenzioni concluse con Stati terzi⁵³. Pertanto, è da riferire alla medesima volontà degli Stati membri l'esclusione della possibilità di far rientrare gli accordi conclusi dopo le date indicate nell'art. 351, par. 1, TFUE ma prima del momento in cui l'Unione diventa competente in una determinata materia nel campo di applicazione della norma.

La declaratoria di inapplicabilità dell'art. 351, par. 1, TFUE all'accordo di estradizione Germania-USA cui la Corte giunge nella sentenza *HF*⁵⁴ avrebbe potuto essere motivata semplicemente alla luce delle considerazioni appena esposte. Invece, facendosi portavoce della suddetta volontà degli Stati membri, la Corte aggiunge, più in generale, che: «tale disposizione derogatoria [dell'art. 351, par. 1, TFUE] deve essere interpretata nel senso che essa riguarda solo le convenzioni concluse anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione»⁵⁵. Tale statuizione, ulteriore e generica, può essere interpretata nel senso di riflettere una posizione della Corte di totale chiusura rispetto a qualsiasi applicazione estensiva o analogica dell'art. 351, par. 1, TFUE. Se si accetta tale visione, può giungersi alla conclusione che con la sentenza *HF* la Corte ha ormai fissato in maniera cristallina e indiscutibile qual è la portata temporale dell'art. 351, par. 1, TFUE.

Tuttavia, non può non osservarsi che si tratta della prima volta in cui la Corte si esprime in termini così espliciti sul punto, pur avendone avuto occasione in precedenti sentenze. Peraltro, la sentenza è stata resa al termine di un procedimento pregiudiziale d'urgenza, in una materia particolarmente sensibile (i.e. quella dell'extradizione e della protezione dei diritti umani), e in un caso in cui una conclusione di segno opposto (ossia a favore dell'applicabilità, ai sensi dell'art. 351, par. 1, TFUE, dell'accordo di estradizione Germania-USA in luogo del diritto dell'Unione europea, segnatamente del principio del *ne bis in idem*) avrebbe portato ad un peggioramento della posizione del signor HF, comportando la sua estradizione ai fini dell'esercizio di un'azione penale per fatti già oggetto di una sentenza passata in giudica-

⁵² *Ibidem*, punto 124.

⁵³ *Ibidem*, punto 125.

⁵⁴ *Ibidem*, punto 127.

⁵⁵ *Ibidem*, punto 126.

to⁵⁶. Pertanto, al fine di poter ritenere definitivamente chiarita la questione dell'applicabilità dell'art. 351, par. 1, TFUE oltre i limiti temporali in esso stabiliti, sarebbe opportuno disporre di una riconferma della giurisprudenza *HF* in altre future sentenze, che escluda anche qualsiasi attenuazione del *dictum* per materie diverse e "meno sensibili".

Per il momento, è immaginabile che dietro la statuizione della Corte si celi non già l'intenzione di salvaguardare i diritti umani sulla scia di quanto affermato nella nota sentenza *Kadi I*⁵⁷ (mai citata, per questo aspetto, nella sentenza *HF*), quanto una volontà di assicurare la tenuta sistemica, passando per la salvaguardia di un principio fondante del diritto dell'Unione quale quello del primato. Tale approccio è assolutamente condivisibile, atteso che la clausola di subordinazione di cui all'art. 351, par. 1, TFUE è del tutto eccentrica rispetto al sistema generale dell'Unione. Tale disposizione, dunque, deve essere interpretata in maniera letterale e restrittiva, perché si tratta di una deroga, sì, voluta dagli Stati, ma ai principi di fondo del sistema dell'Unione europea.

La Corte di giustizia ha da sempre affermato la propria competenza esclusiva a interpretare le deroghe espresse inserite nei Trattati, e la sua giurisprudenza sul punto è sempre stata restrittiva. Ciononostante, con particolare riferimento alle deroghe al principio del primato, la Corte si è mostrata, per certi versi, più flessibile. Nello specifico, essa si è dimostrata ricettiva ai *valori* giuridici tutelati a livello nazionale, talvolta persino lasciando ai giudici nazionali l'ultima parola nel bilanciamento degli interessi in gioco⁵⁸. Al contrario, una chiusura totale si è sempre registrata nei confronti degli *interessi* nazionali, e infatti la Corte è arrivata ad affermare che: «[i]l fatto che uno Stato, in considerazione dei propri interessi nazionali, rompa unilateralmente l'equilibrio tra i vantaggi e gli oneri derivanti dalla sua appartenenza alla Comunità [...] scuote dalle fondamenta l'ordinamento giuridico comunitario»⁵⁹. Allora, nel caso qui in esame, ossia quello di una possibile deroga al principio del primato per dare applicazione ad un accordo internazionale in contrasto con il diritto dell'Unione europea, la Corte ha probabilmente ravvisato la presenza non già di un *valore* nazionale meritevole di tutela, bensì di un *interesse* dello Stato di adempiere ai propri obblighi internazionali

⁵⁶ V., in particolare, i punti 32 e 37 della sentenza *HF*, sopra citata.

⁵⁷ *Kadi/Consiglio e Commissione*, sopra citata, punti 301, 303-304.

⁵⁸ Come nelle sentenze della Corte giust. 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega Spielballen- und Automatenaufstellungs-GmbH/Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*; 2 giugno 2016, C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*, punti 78-79.

⁵⁹ Corte giust. 7 febbraio 1973, 39/72, *Commissione/Italia*, punti 24 e 25.

oltre i limiti (temporali) stabiliti dal Trattato all'art. 351 TFUE. Tuttavia, per non addentrarsi in questo discorso, obiettivamente complesso, la Corte ha imperniato la sentenza *HF* sull'elemento della volontà degli Stati membri. Così facendo, sembra che la Corte abbia voluto sostenere che la volontà espressa da tali Stati in occasione dell'adozione dei Trattati di Nizza e di Lisbona, di riconfermare che gli unici accordi che possono rientrare nella deroga al principio del primato di cui all'art. 351, par. 1, TFUE sono quelli conclusi entro le date stabilite ad Amsterdam, non può scontrarsi con la volontà, espressa in tempi successivi, di adempiere ad obblighi internazionali incompatibili con il diritto dell'Unione europea assunti dopo le date fissate dalla suddetta norma del Trattato.

(i) *b) Espansione delle competenze dell'Unione europea per utilizzo della clausola di flessibilità ex art. 352 TFUE*

Quanto affermato nel paragrafo precedente in merito alla possibilità di applicare per estensione l'art. 351 TFUE anche agli accordi internazionali conclusi dopo le date in esso previste ma prima dell'attribuzione espressa per revisione del diritto primario della competenza nella materia oggetto dell'accordo all'Unione può ritenersi valido anche nel caso di attribuzione espressa della competenza per utilizzo della clausola di flessibilità *ex art. 352 TFUE*. In effetti, in entrambi i casi l'assetto del riparto delle competenze muta a seguito dell'incontro della volontà di tutti gli Stati membri, compreso lo Stato che ha stipulato l'accordo internazionale in questione. Nel caso della revisione dei Trattati, gli Stati membri si accordano all'unanimità al fine di adattare il quadro della legislazione e delle politiche dell'Unione alle nuove sfide che questa deve affrontare; nel caso dell'attivazione della clausola di flessibilità, gli Stati membri decidono, sempre all'unanimità⁶⁰, di ampliare i poteri dell'Unione qualora una misura risulti necessaria per raggiungere uno degli obiettivi dei Trattati e qualora i Trattati non prevedano l'autorità giuridica necessaria. Il coinvolgimento nelle predette procedure di uno Stato membro che ha concluso un accordo internazionale in una determinata materia dopo le date indicate nell'art. 351 TFUE e la manifestazione della sua volontà di attribuire la competenza nella stessa materia all'Unione rende ingiustificabile l'eventuale successiva invocazione da parte di tale Stato della

⁶⁰ Dal testo dell'art. 352 TFUE si evince facilmente che le misure devono essere adottate dal Consiglio con deliberazione all'unanimità, su proposta della Commissione e dopo l'approvazione da parte del Parlamento europeo. Tali misure non possono prevedere l'armonizzazione delle leggi degli Stati membri nei settori in cui i trattati lo escludono.

clausola di subordinazione contenuta nell'art. 351, par. 1, TFUE al fine di rendere inoperanti nei suoi confronti, in caso di conflitto con i suoi obblighi internazionali, le nuove norme di diritto dell'Unione. Infatti, appare logico ritenere che al momento della revisione del Trattato o dell'applicazione della clausola di flessibilità lo Stato membro in questione aderisce ad una nuova parte del progetto di integrazione europea, accettando il rischio che si possa venire a determinare un contrasto con i suoi obblighi internazionali precedentemente assunti, cui dovrà far fronte in virtù, tra l'altro, del principio di leale cooperazione *ex art. 4, par. 3, TUE*.

Di diverso parere è stato l'Avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni nel caso *Commune de Mesquer*⁶¹, in cui si contrapponevano il Comune di Mesquer e la società Total, relativamente al risarcimento dei danni causati dai rifiuti sversati sul territorio del menzionato Comune in seguito al naufragio della petroliera Erika. In tale caso venivano in rilievo la Convenzione internazionale del 29 novembre 1969 sulla responsabilità civile per i danni dovuti a inquinamento da idrocarburi (cosiddetta "Convenzione CLC"), ratificata dalla Francia, Stato membro fondatore, in data 11 marzo 1975, e la direttiva quadro sui rifiuti 75/442/CEE adottata dal Consiglio in data 15 luglio 1975 sulla base della clausola di flessibilità (allora art. 235 Trattato CEE). Nei paragrafi in cui affrontava la questione del contrasto tra le disposizioni della Convenzione CLC e l'art. 15 della predetta direttiva, l'Avvocato generale ha lapidariamente affermato che «un'applicazione per analogia dell'art. [351, par. 1, TFUE] [...] è ipotizzabile quando un obbligo internazionale di uno Stato membro entra in conflitto con un provvedimento di diritto secondario adottato successivamente»⁶². Tale questione, però, non è né stata ulteriormente approfondita dall'Avvocato generale, per mancanza di rilevanza ai fini della risoluzione della controversia, né ripresa dalla Corte nella relativa sentenza. In mancanza di argomentazioni ulteriori, è difficile comprendere a fondo e valutare le motivazioni che hanno spinto l'Avvocato generale ad una tale asserzione. Pertanto, ci si può limitare soltanto a rilevare che la suddetta affermazione ha carattere molto generale, in quanto non si riferisce esclusivamente ai provvedimenti di diritto secondario adottati sulla base della clausola di flessibilità (com'era la direttiva oggetto del caso di specie) ma può includere qualsiasi tipo di atto adottato dall'Unione nell'esercizio di una competenza esclusiva o concorrente prevista nei Trattati. Dunque, può dedursi che nell'ottica dell'Avvocato generale Kokott, l'art. 351, par. 1,

⁶¹ Conclusioni dell'Avv. gen. Kokott, del 13 marzo 2008, C-188/07, *Commune de Mesquer*.

⁶² *Ibidem*, punto 94.

TFUE sarebbe applicabile, per estensione, a tutte le fattispecie in questa sede analizzate.

(ii) *Espansione delle competenze dell'Unione europea sulla base della cosiddetta "teoria dei poteri impliciti"*

Com'è noto, può capitare che all'Unione siano riconosciuti dei poteri non espressamente conferiti dai Trattati ma che risultino indispensabili per un esercizio efficace ed appropriato delle competenze già attribuite. Anche gli atti adottati dall'Unione nell'esercizio di tali poteri possono entrare in conflitto con gli obblighi internazionali assunti dagli Stati membri. Tuttavia, per coerenza di approccio, deve ritenersi insostenibile che tali antinomie siano risolte alla luce della clausola di subordinazione di cui all'art. 351, par. 1, TFUE, se gli accordi internazionali in questione sono stati conclusi successivamente alle date previste da tale disposizione.

Deve, infatti, osservarsi che quando uno Stato entra a far parte dell'Unione, esso accetta di aderire ad un ordinamento giuridico particolare, basato su un sistema di attribuzione delle competenze che può essere modificato o derogato in vario modo. È possibile non solo che – come visto nei due precedenti paragrafi –, per volere comune degli Stati membri stessi, siano attribuite nuove competenze all'Unione europea, ma anche che, in virtù di un principio funzionalistico, si deroghi al principio di attribuzione e i poteri dell'Unione siano estesi al fine di rendere effettivamente operanti le competenze già attribuite. Gli Stati membri devono, pertanto, accettare le conseguenze implicite in un sistema così congegnato, tra cui quella di dover adeguare i loro impegni internazionali, magari anche rinunciandovi.

4. La prassi applicativa dell'art. 351 TFUE nel contesto dei Trattati bilaterali di investimento extra-UE conclusi dopo il 1958 ma prima dell'attribuzione all'Unione europea della competenza in materia di investimenti esteri diretti

Alla luce dell'analisi appena condotta si può dunque affermare che l'art. 351, par. 1, TFUE non può ritenersi applicabile, per estensione o analogia, agli accordi stipulati dagli Stati membri con Stati terzi dopo il 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, dopo la data della loro adesione ma prima che l'Unione sia diventata competente nella materia oggetto dell'accordo a seguito della revisione del diritto primario o dell'applicazione della clausola di flessibilità *ex art. 352 TFUE* o sulla base della cosiddetta "teoria dei poteri impliciti".

Tuttavia, nonostante la giurisprudenza della Corte di giustizia, come visto, si sia quasi sempre attestata su una visione restrittiva della portata temporale dell'art. 351, par. 1, TFUE, nella prassi applicativa di tale norma non sono mancati tentativi di estensione dei limiti temporali in essa fissati.

In effetti, tali spinte sono raramente pervenute da parte di giudici nazionali. Come visto, soltanto nei casi *HF* e *Arbelaz-Emazabel*⁶³ i giudici nazionali (rispettivamente il Tribunale superiore del Land e la Corte di cassazione francese) si sono rifatti a quella che è stata qui definita “teoria dell'applicazione analogica” dell'art. 351, par. 1, TFUE. Al di fuori delle succitate domande di rinvio pregiudiziale, è difficile trovare altre componenti della giurisprudenza nazionale degli Stati membri in cui i giudici abbiano tentato di applicare l'art. 351, par. 1, TFUE per estensione o per analogia ad accordi conclusi dopo le date in esso stabilite ma prima che l'Unione diventasse competente nella materia oggetto dell'accordo.

I tentativi più rilevanti di applicare estensivamente l'art. 351, par. 1, TFUE sono invero pervenuti da parte di alcune istituzioni dell'Unione europea in relazione ai Trattati bilaterali di investimento stipulati dagli Stati membri con Stati terzi dopo le date di cui al predetto articolo ma prima che l'Unione diventasse esclusivamente competente in materia di investimenti esteri diretti (di seguito, “IED”) con le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona del 2009 (di seguito, per comodità, ci si riferirà a tali trattati con la locuzione “TBI extra-UE 1958-2009”), nel contesto della gestione delle criticità sorte a seguito di tale attribuzione.

Tali criticità attenevano, da un lato, all'istituzione di una politica europea globale degli investimenti internazionali e, dall'altro, al futuro e allo status dei TBI, in generale, e dei TBI extra-UE 1958-2009, in particolare. Nei paragrafi che seguono saranno analizzate le misure messe in atto dalle istituzioni per far fronte a tali questioni. Dette misure, come si avrà modo di constatare, richiamano sempre, anche se in diverso modo, l'art. 351 TFUE.

⁶³ Non analizzato nel presente scritto in quanto avente ad oggetto accordi internazionali conclusi dagli Stati membri con Stati terzi dopo le date di cui all'art. 351, par. 1, TFUE ma prima *dell'esercizio* da parte dell'Unione *di una competenza concorrente*. In ogni caso, si segnala che nella sentenza del 7 luglio 1980 con la quale ha operato il rinvio pregiudiziale, la Corte di Cassazione francese ha richiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla validità di alcuni regolamenti comunitari rispetto ad alcuni precedenti accordi franco-spagnoli, suggerendo implicitamente un'interpretazione ampia dell'art. 351, par. 1, TFUE, che permettesse di far prevalere detti accordi sui regolamenti comunitari, sebbene conclusi dopo le date indicate nel predetto articolo. Tale caso si è concluso con la sentenza della Corte giust. 8 dicembre 1981, 181/80, *Arbelaz-Emazabel*.

4.1. *L'art. 351 TFUE e la politica europea globale degli investimenti internazionali*

La prima sfida conseguente all'attribuzione della competenza in materia di IED all'Unione è stata quella di delineare una politica europea globale degli investimenti internazionali. Quest'ultima doveva necessariamente essere coordinata con le politiche già messe in atto dagli Stati membri che, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, avevano competenza nel settore degli IED e, dunque, avevano stipulato accordi internazionali⁶⁴.

A tal proposito, nelle conclusioni adottate il 25 ottobre 2010, il Consiglio dell'Unione europea ha affermato che il quadro giuridico in materia di IED da instaurare nei tempi a venire non avrebbe dovuto avere un impatto negativo sulla protezione degli investitori e sulle garanzie di cui essi beneficiavano in base ad accordi già esistenti stipulati dagli Stati membri. Pertanto, il Consiglio ha ritenuto che a tali accordi dovesse essere garantita una priorità sul diritto dell'Unione, anche solo in via temporanea, fino alla conclusione di accordi internazionali sulla stessa materia da parte dell'Unione. Secondo il Consiglio, tale priorità poteva trovare fondamento proprio sull'art. 351 TFUE⁶⁵ e doveva essere assicurata tramite l'adozione di un regolamento che disciplinasse il regime applicabile in un periodo transitorio. Dunque, nell'ottica del Consiglio, l'art. 351 TFUE poteva trovare applicazione, per estensione, anche in relazione a tutti i TBI extra-UE 1958-2009, in ragione della necessità di dover assicurare continuità e coerenza nella politica sugli IED.

Inoltre, il conferimento della nuova competenza ha fatto sì che l'Unione acquisisse anche il compito di concludere accordi internazionali in materia

⁶⁴ Più in particolare, prima del Trattato di Lisbona, si riteneva che la competenza in materia di IED spettasse, in linea generale, agli Stati membri ovvero che, in casi particolari, si trattasse di una competenza concorrente. L'approccio generalmente seguito era il seguente: all'Unione spettava negoziare per liberalizzare l'accesso ai mercati stranieri nel quadro delle altre competenze facenti parte della politica commerciale comune, mentre agli Stati membri, tramite i "loro" TBI, spettava il compito di fissare gli standard di trattamento, protezione e garanzia degli investimenti esteri diretti effettuati dai "loro" operatori. Sul punto, v. F. MARRELLA, *Unione europea ed investimenti diretti esteri*, in S. M. CARBONE (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht: verso nuove regole*, 2013, Napoli, p. 129.

⁶⁵ Consiglio dell'Unione europea, *Conclusions on a comprehensive European international investment policy*, 3041st Foreign Affairs Council Meeting, 25 October 2010, punto 9: «In accordance with Article 351 of the Treaty on the Functioning of the European Union, bilateral investment agreements concluded by Member States should continue to afford protection and legal security to investors till they are replaced by at least equally effective EU agreements».

di investimenti (di seguito, "AII"), secondo le regole di cui all'art. 207, parr. 3 e 4 TFUE⁶⁶. Pertanto, è stato necessario affrontare il problema di definire la sorte di tutti i TBI extra-UE già esistenti, dunque sia TBI extra-UE "pre-esistenti" (ossia conclusi prima del 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione), sia TBI extra-UE 1958-2009, che ammontavano a circa 1200⁶⁷.

A tal fine, come auspicato dal Consiglio, è stato adottato il regolamento n. 1219/2012, relativo alle disposizioni transitorie in materia di accordi bilaterali sugli investimenti tra gli Stati membri e i Paesi terzi⁶⁸ (di seguito, "Regolamento TBI"), con il quale, in sostanza, è stato stabilito un regime giuridico per la transizione dai TBI degli Stati membri agli AII conclusi dall'Unione europea, consentendo agli Stati membri di mantenere in vigore i loro TBI fino al momento della sostituzione con un accordo dell'Unione europea. L'individuazione di una base giuridica per tale regolamento atta a giustificare la validità dei TBI extra-UE anche dopo il passaggio di competenza di cui all'art. 207 TFUE è stata complessa. Sul punto, la Commissione e il Consiglio hanno proposto soluzioni diametralmente opposte: la prima (sostenuta dal Parlamento) suggeriva una doppia base giuridica, costituita non solo dall'art. 207 TFUE ma anche dall'art. 2, par. 1, TFUE⁶⁹, che per-

⁶⁶ Art. 207, parr. 3 e 4, TFUE: «3. Qualora si debbano negoziare e concludere accordi con uno o più paesi terzi o organizzazioni internazionali, si applica l'articolo 218, fatte salve le disposizioni particolari del presente articolo. La Commissione presenta raccomandazioni al Consiglio, che l'autorizza ad avviare i negoziati necessari. Spetta al Consiglio e alla Commissione adoperarsi affinché gli accordi negoziati siano compatibili con le politiche e norme interne dell'Unione. Tali negoziati sono condotti dalla Commissione, in consultazione con un comitato speciale designato dal Consiglio per assisterla in questo compito e nel quadro delle direttive che il Consiglio può impartirle. La Commissione riferisce periodicamente al comitato speciale e al Parlamento europeo sui progressi dei negoziati. 4. Per la negoziazione e la conclusione degli accordi di cui al paragrafo 3, il Consiglio delibera a maggioranza qualificata».

⁶⁷ Il valore totale di tali TBI era di circa 363,292 milioni di dollari nel 2009 (fonte: *World Investment Report*, disponibile al seguente link: www.unctad.org/data-visualization/global-foreign-direct-investment-flows-over-last-30-years).

⁶⁸ Regolamento (UE) n. 1219/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, che stabilisce disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi tra Stati membri e paesi terzi in materia di investimenti. Per un commento, v. A. DE LUCA, *The EU Regulation establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries: the destiny of member states' bits*, in *Diritti comparati*, 27 novembre 2012.

⁶⁹ Art. 2, par. 1, TFUE: «Quando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza esclusiva in un determinato settore, solo l'Unione può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti. Gli Stati membri possono farlo autonomamente solo se autorizzati dall'Unione oppure per dare attuazione agli atti dell'Unione».

mette all'Unione di autorizzare l'azione degli Stati membri in settori oggetto di una propria competenza esclusiva, quale la politica commerciale comune; il secondo proponeva di utilizzare l'art. 351 TFUE, in quanto tale articolo, applicato per analogia, avrebbe garantito lo *status quo* dei TBI extra-UE 1958-2009. È immaginabile che il Consiglio abbia reputato tale obiettivo non perseguibile sulla base dell'art. 2, par. 1, TFUE, in quanto quest'ultimo si applica soltanto *pro futuro*, legittimando l'Unione a conferire il potere agli Stati membri di agire in un determinato settore solo dopo che questo è entrato tra le materie di competenza esclusiva dell'Unione europea. Al contrario, posto che gli Stati membri, nell'esercizio della loro competenza, dal 1959 hanno già concluso vari TBI, la base giuridica adatta per il loro mantenimento in vigore sarebbe stata, secondo il Consiglio, soltanto l'art. 351 TFUE. Alla fine, il regolamento TBI è stato adottato sulla base giuridica del solo art. 207 TFUE, e dunque l'innovativa proposta del Consiglio è rimasta inascoltata. In effetti, l'art. 351 TFUE non appare una norma atta ad assumere il ruolo di base giuridica per l'adozione di un atto, tanto è vero che mai nessun atto ha trovato fondamento su di essa. Tuttavia, la spinta del Consiglio in questo senso è comprensibile perché l'adozione del regolamento TBI assurgeva ad occasione per dare certezza giuridica agli investitori stranieri, le cui operazioni nei territori degli Stati membri rischiavano di fermarsi, non essendo più chiaro, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona se, e per quanto tempo, i diritti e gli obblighi discendenti dai TBI extra-UE sarebbero rimasti in vigore. Dunque, la prospettiva assunta dal Consiglio era quella di dare certezza alle relazioni con i Paesi terzi coinvolti, e non, come per la Commissione e il Parlamento, di sancire il passaggio di competenze in capo all'Unione e inquadrare in un regime giuridico dell'Unione europea i TBI extra-UE già in vigore. L'esigenza del Consiglio così definita difficilmente trovava espressione in una norma del Trattato da utilizzare come base giuridica, da qui probabilmente la propensione per l'art. 351 TFUE e per la sua applicazione analogica ai TBI extra-UE 1958-2009.

Negli ultimi anni è, infine, emersa la necessità di accelerare e rafforzare il percorso di riforma della politica dell'Unione europea in materia di investimenti internazionali, in considerazione del calo dei flussi globali di IED a partire dal 2015, con un picco a ribasso nel 2020 a causa della crisi prodotta dalla pandemia di COVID-19⁷⁰. A tal fine, l'Unione europea ha riformato le disposizioni in materia di protezione degli investimenti, sostituito il mecca-

⁷⁰ Nel 2020 è stato registrato un calo del 38 % dei flussi globali di IED (v. la Relazione dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economici (OECD), "FDI in figures" (IED in cifre), aprile 2021, p. 1.

nismo di risoluzione delle controversie investitore-Stato (cosiddetto “investor-state dispute settlement” o “ISDS”) con sistemi giurisdizionali per gli investimenti (cosiddetti “ICS”), avviato negoziati multilaterali per un tribunale per gli investimenti, e adottato sia una legislazione per il controllo degli investimenti esteri diretti in entrata⁷¹ sia una legislazione volta a disciplinare le sovvenzioni estere⁷². Sebbene l’Unione sia, dunque, diventata leader mondiale nella riforma della politica di investimento grazie ai numerosi passi in avanti compiuti⁷³, ad oggi nessuno degli AII negoziati dall’Unione europea a seguito dell’attribuzione della competenza in materia di IED ad opera del Trattato di Lisbona è stato concluso, e sono ancora in vigore circa 1.500 TBI ratificati dagli Stati membri prima della suddetta riforma del diritto primario. Tali TBI contengono disposizioni obsolete e contrarie agli obiettivi e ai valori dell’Unione europea (tra cui norme di protezione eccessivamente ampie, requisiti deboli in materia di trasparenza e, talvolta, norme di protezione degli investimenti nei combustibili fossili), non sono in linea con la proposta dell’Unione europea relativa all’istituzione di un tribunale multilaterale per gli investimenti (cosiddetto “TMI”⁷⁴) e prevedono il vecchio modello di risoluzione delle controversie investitore-Stato.

Pertanto, il Parlamento europeo, nella sua Risoluzione del 23 giugno 2022⁷⁵, ha invitato la Commissione a garantire che tutti i TBI degli Stati

⁷¹ Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell’Unione.

⁷² Regolamento (UE) 2022/2560 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno. Per un commento a tale atto, cfr. F. FERRARO, *L’Unione europea fa cadere la scure sulle sovvenzioni estere accentrando il loro controllo nelle mani della Commissione*, in *I Post di AISDUE*, n. 4, 24 maggio 2023, p. 68-86.

⁷³ Si consideri che dall’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, nell’ambito della riforma della politica di investimento a livello europeo e internazionale, l’Unione europea ha riformato le disposizioni in materia di protezione degli investimenti, sostituito il meccanismo di risoluzione delle controversie investitore-Stato (cosiddetto “investor-state dispute settlement” o “ISDS”) con sistemi giurisdizionali per gli investimenti (cosiddetto “ICS”), avviato negoziati multilaterali per un tribunale per gli investimenti, e adottato sia una legislazione volta a disciplinare le sovvenzioni estere (regolamento (UE) 2022/2560, cit.), sia una legislazione per il controllo degli investimenti esteri diretti in entrata (regolamento (UE) 2019/452, cit.).

⁷⁴ Cfr. www.policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/multilateral-investment-court-project_it. Per un commento, cfr. S. DI BENEDETTO, *La proposta europea di una Corte multilaterale sugli investimenti: tra critiche all’attuale sistema di ISDS e rischi di future inefficienze*, in *federalismi.it*, n. 6, 2018; R. HOWSE, *Designing a Multilateral Investment Court: Issues and Options*, in *YEL*, 2017, p. 209-236.

⁷⁵ Risoluzione del Parlamento europeo, del 23 giugno 2022, sul futuro della politica dell’UE in materia di investimenti internazionali.

membri siano pienamente compatibili con il diritto dell'Unione europea e coerenti con gli obiettivi e i valori dell'Unione, chiedendole di applicare in modo rigoroso le condizioni per autorizzare la negoziazione, la firma e la conclusione di nuovi accordi da parte degli Stati membri, in linea con una politica di investimento dell'Unione europea modernizzata e con le sentenze della Corte di giustizia⁷⁶. Inoltre, il Parlamento europeo ha anche invitato gli Stati membri a porre fine o a modernizzare i propri TBI in modo da renderli conformi a un modello riformato di AII dell'Unione europea⁷⁷. Nel far ciò, il Parlamento ha rimandato all'«obbligo degli Stati membri di modificare i TBI conformemente all'articolo 351 TFUE»⁷⁸, senza operare alcuna distinzione tra TBI extra-UE preesistenti e TBI extra-UE 1958-2009. Dalla mancanza di tale distinzione può desumersi che probabilmente anche nell'ottica del Parlamento europeo il suddetto articolo è applicabile non solo ai TBI extra-UE preesistenti (cui il par. 1 dell'art. 351 TFUE esplicitamente si riferisce) ma, per analogia, anche ai TBI extra-UE 1958-2009. In particolare, nella risoluzione, il Parlamento europeo sembra riferirsi non tanto all'applicabilità a tali TBI della clausola di subordinazione di cui al par. 1 dell'art. 351 TFUE quanto all'obbligo per gli Stati membri di adoperarsi in tutti i modi per eliminare le incompatibilità esistenti tra le norme contenute negli accordi e le norme di diritto dell'Unione europea, al fine di conformarsi agli obblighi scaturenti dall'ordinamento dell'Unione di cui al par. 2 dell'art. 351 TFUE⁷⁹. Tale specifico riferimento, tuttavia, non può portare ad escludere che il Parlamento europeo reputi i TBI extra-UE 1958-2009 coperti dal regime offerto dall'art. 351 TFUE unitariamente inteso, e dunque anche dalla clausola di subordinazione di cui al par. 1.

⁷⁶ *Ibidem*, punto 37.

⁷⁷ *Ibidem*, punto 36.

⁷⁸ *Ibidem*, punto 37.

⁷⁹ Tanto è vero che sempre al punto 37 della risoluzione il Parlamento europeo chiede alla Commissione di «monitorare il rispetto di tali obblighi e di informare regolarmente il Parlamento in merito ai progressi compiuti» nonché di «avviare procedure di infrazione ove necessario per garantire la conformità dei TBI degli Stati membri al diritto dell'UE».

5. *L'attuale assetto della risoluzione dei conflitti tra diritto dell'Unione europea e accordi stipulati dagli Stati membri con Stati terzi dopo il 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, dopo la data della loro adesione ma prima che l'Unione diventi competente nella materia oggetto dell'accordo*

Tutti i tentativi delle istituzioni di estendere l'ambito di applicazione temporale dell'art. 351 TFUE appena discussi possono ritenersi ormai privi di fondamento alla luce di quanto stabilito dalla Corte di giustizia nella sentenza *HF* del dicembre 2022, ossia che la «disposizione derogatoria [dell'art. 351, par. 1, TFUE] deve essere interpretata nel senso che essa riguarda solo le convenzioni concluse anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione».

A questo punto, sorge spontaneo chiedersi quali siano le implicazioni pratiche e le criticità emergenti dalla definizione dell'ambito di applicazione *ratione temporis* dell'art. 351 TFUE effettuata dalla Corte di giustizia negli anni e, da ultimo, con la sentenza *HF*. In altri termini, è opportuno chiarire quale sia l'attuale assetto nel campo della risoluzione dei conflitti tra diritto dell'Unione europea e accordi stipulati dagli Stati membri con Stati terzi dopo il 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, dopo la data della loro adesione ma prima che l'Unione diventi competente nella materia oggetto dell'accordo.

Dalla sentenza *HF* è possibile trarre diverse conclusioni, in quanto quest'ultima inciderà, per certi versi, sul rapporto tra fonti, per altri, sull'operato dei giudici nazionali, degli Stati membri e delle istituzioni dell'Unione europea.

Per quanto concerne gli effetti, in generale, su tutti gli accordi stipulati dagli Stati membri con Stati terzi dopo il 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, dopo la data della loro adesione ma prima che l'Unione diventi competente nella materia oggetto dell'accordo, appare evidente che la sancita inapplicabilità, per analogia, dell'art. 351, par. 1, TFUE a tali accordi, comporta che essi devono sottostare al principio del primato del diritto dell'Unione, con tutte le relative conseguenze. In altre parole, non potendosi applicare la deroga al suddetto principio rappresentata dalla clausola di subordinazione contenuta nell'art. 351, par. 1, TFUE, in presenza di un conflitto tra una norma contenuta in uno dei predetti accordi ed una norma di diritto dell'Unione europea – sia essa contenuta nei Trattati o in atti di diritto derivato – quest'ultima dovrà prevalere, alle condizioni stabilite dal diritto dell'Unione (in particolare quelle sull'efficacia diretta).

Di conseguenza, i giudici nazionali che dovessero trovarsi dinanzi ad un

tale conflitto dovranno risolverlo disapplicando qualsiasi norma nazionale adottata al fine di consentire allo Stato membro interessato di adempiere agli obblighi internazionali derivanti dai suddetti tipi di accordi.

Inoltre, gli Stati membri non potranno opporre all'Unione i vincoli ad essi derivanti da un accordo del tipo in questione, con lo scopo di sottrarsi all'adempimento degli obblighi su di essi incombenti in forza del diritto dell'Unione. Di conseguenza, essi dovranno fare il possibile, in virtù del principio di leale cooperazione *ex art. 4, par. 3, TUE* (e non dell'art. 351, par. 2, TFUE) per eliminare le incompatibilità esistenti, onde evitare di incorrere in una procedura di infrazione.

Infine, l'inapplicabilità dell'art. 351 TFUE agli accordi in questione spiega effetti anche nei confronti delle istituzioni dell'Unione europea. Infatti, in capo a queste ultime non può ritenersi ricadere alcun dovere di astensione da azioni che possano intralciare il rispetto degli impegni internazionali degli Stati membri derivanti da detti accordi, al contrario di quanto accade in presenza di un accordo effettivamente "preesistente" ai sensi dell'art. 351 TFUE⁸⁰. Tale libertà di azione delle istituzioni sussiste anche nella fase di adozione degli atti di diritto derivato. Se, poi, gli atti di diritto dell'Unione europea così adottati dovessero risultare in contrasto con gli obblighi esterni degli Stati membri derivanti da un accordo del predetto tipo, non assurgendo, in questi casi, l'art. 351, par. 1, TFUE a parametro di legittimità, non potrà aversi una declaratoria di nullità *ex art. 263 TFUE* o di invalidità *ex art. 267 TFUE*, e, anzi, saranno gli Stati membri a dover adeguare a tali atti i loro impegni internazionali.

Le conclusioni appena tratte in via generale possono evidentemente ritenersi valide anche in relazione ai TBI extra-UE 1958-2009. Tuttavia, in merito a questo specifico tipo di accordi è possibile cogliere un ulteriore profilo.

Fino a quando l'Unione non procederà alla sostituzione dei TBI extra-UE 1958-2009 con gli AII (per ora, come detto, in parte negoziati ma non conclusi), i primi resteranno vincolanti per gli Stati membri, secondo le regole del diritto internazionale pubblico. Pertanto, se, da un lato, il regolamento TBI ha disciplinato le condizioni alle quali essi possono essere mantenuti in vigore, dall'altro, la sentenza *HF* ha, di fatto, tacitamente sancito che spetta ai giudici nazionali o, meglio, agli arbitri (visto che i TBI in questione normalmente prevedono il ricorso a questo tipo di risoluzione delle controversie) il compito di applicarli nei limiti del rispetto del diritto

⁸⁰ *Burgoa*, sopra citata, punto 11.

dell'Unione. In particolare, qualora nell'ambito di una controversia dinanzi ad essi pendente detti giudici o arbitri dovessero riscontrare un conflitto tra norme del TBI extra-UE 1958-2009 e norme di diritto dell'Unione europea, essi dovranno risolverlo tramite il metodo di risoluzione delle antinomie fondato sul principio del primato del diritto dell'Unione.

Questa situazione sarà superata soltanto se l'Unione eserciterà la sua competenza in materia di IED concludendo AII sostitutivi dei precedenti TBI, in quanto, in quel caso, gli AII vincoleranno direttamente l'Unione e la competenza a pronunciarsi nel merito dell'accordo passerà alla Corte di giustizia⁸¹. Nel frattempo, è comunque ben possibile che gli Stati membri modifichino i TBI già esistenti per renderli conformi agli obblighi prescritti dal Trattato o ne negozino e concludano dei nuovi con i Paesi terzi (come misura transitoria eccezionale), secondo il quadro procedurale e le condizioni stabilite nel Capo III del regolamento TBI.

6. Conclusioni

La Corte di giustizia ha da sempre affermato la propria competenza esclusiva a interpretare le deroghe espresse inserite nei Trattati, e la sua giurisprudenza sul punto è sempre stata restrittiva. Lo studio della deroga al principio del primato contenuta nell'art. 351 TFUE e della relativa giurisprudenza conferma tale assunto.

In particolare, per quanto concerne la portata temporale della norma di cui al par. 1 del suddetto articolo, la Corte di giustizia ha recentemente chiarito che non è possibile estendere i limiti temporali fissati, per cui, in caso di conflitto, solo le norme di convenzioni concluse dagli Stati membri con Stati terzi anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione possono prevalere sulle norme di diritto dell'Unione (*v.* sentenza *HF* del 28 ottobre 2022).

Tale statuizione della Corte di giustizia, però, giunge soltanto oggi, per la prima volta, pur essendovi state precedenti adatte occasioni. Inoltre, essa si inserisce nel contesto di una motivazione già debitamente articolata sulla

⁸¹ Corte giust. 4 maggio 2010, C-533/08, *TNT Express Nederland*, punto 62, in cui la Corte ha affermato che: «[S]oltanto qualora e nei limiti in cui l'Unione abbia assunto le competenze precedentemente esercitate dagli Stati membri nel campo d'applicazione di una convenzione internazionale non stipulata dall'Unione e, conseguentemente, le disposizioni di quest'ultima siano vincolanti per l'Unione, la Corte è competente ad interpretare una siffatta convenzione».

base di altri elementi, in una sentenza resa al termine di un procedimento pregiudiziale d'urgenza vertente su una materia particolarmente sensibile (i.e. quella dell'estradizione e della protezione dei diritti umani), per cui si è spinti a riflettere in maniera più approfondita sulla questione. Di qui, l'analisi inerente alla possibilità di applicare l'art. 351, par. 1, TFUE, per estensione, anche agli accordi stipulati successivamente alle date in esso previste ma prima che l'Unione diventi competente nella materia oggetto dell'accordo.

In effetti, la libertà degli Stati membri di stipulare accordi internazionali prima della creazione dell'Unione o prima di aderire all'Unione è *quasi* pari a quella esistente fino al momento in cui la competenza oggetto dell'accordo non sia formalmente attribuita all'Unione, per revisione del diritto primario o per utilizzo della clausola di flessibilità. Questa circostanza ha spinto parte della dottrina e alcuni Avvocati generali a non escludere la possibilità di applicare l'art. 351, par. 1, TFUE, per analogia, anche agli accordi stipulati dopo le date in esso fissate ma prima che l'Unione diventi competente nella materia oggetto dell'accordo. Inoltre, alcune istituzioni dell'Unione (i.e. Consiglio e Parlamento) hanno fatto leva su questa idea per tentare di creare una continuità nella politica degli investimenti esteri diretti, assicurando priorità sul diritto dell'Unione europea ai Trattati bilaterali di investimento stipulati dagli Stati membri con Stati terzi dopo le date di cui all'art. 351, par. 1, TFUE ma prima che l'Unione diventasse esclusivamente competente in materia di investimenti esteri diretti con le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona. Tali tentativi, però, non hanno avuto seguito sul piano pratico e oggi possono essere ritenuti privi di fondamento alla luce di quanto stabilito nella sentenza *HF* dell'ottobre 2022.

L'impostazione della Corte di giustizia risulta assolutamente condivisibile, perché la clausola di subordinazione di cui all'art. 351, par. 1, TFUE è del tutto eccentrica rispetto al sistema generale dell'Unione, e deve, dunque, essere interpretata in maniera letterale e restrittiva.

In conclusione, può dirsi che una deroga al principio del primato del diritto dell'Unione europea come quella contenuta nell'art. 351, par. 1, TFUE ha il pregio di permettere agli Stati membri di rispettare il diritto internazionale senza ostacolare il processo di integrazione europea. Tuttavia, tale deroga conosce dei limiti temporali (e non solo) ben precisi che non possono essere ampliati per non minare la tenuta sistemica del particolare ordinamento dell'Unione europea.

I risvolti pratici di tale impostazione sono molteplici e interessano sia il rapporto tra fonti sia l'attività di diversi soggetti. In particolare, i giudici nazionali dovranno risolvere eventuali conflitti disapplicando qualsiasi nor-

ma nazionale adottata al fine di consentire allo Stato membro interessato di adempiere agli obblighi internazionali derivanti da accordi stipulati dopo le date di cui all'art. 351, par. 1, TFUE; gli Stati membri, da un lato, non potranno opporre all'Unione i vincoli ad essi derivanti dai suddetti accordi, con lo scopo di sottrarsi all'adempimento degli obblighi di diritto dell'Unione, e, dall'altro, dovranno fare il possibile, in virtù del principio di leale cooperazione, per eliminare le incompatibilità esistenti, onde evitare di incorrere in una procedura di infrazione; le istituzioni dell'Unione europea non avranno alcun dovere di astensione da azioni che possano intralciare il rispetto degli impegni internazionali degli Stati membri derivanti dal suddetto tipo di accordi, al contrario di quanto accade, invece, in presenza di un accordo effettivamente "preesistente" ai sensi dell'art. 351 TFUE.

Abstract (ita)

Nel presente contributo, dopo una breve analisi del principio del primato come principio fondante di diritto dell'Unione dal carattere non assoluto, si ricostruisce la giurisprudenza della Corte di giustizia inerente all'ambito di applicazione *ratione temporis* della deroga al primato di cui al par. 1 dell'art. 351 TFUE. Particolare attenzione è rivolta alla questione relativa alla possibilità di applicare tale deroga, per estensione, anche agli accordi stipulati dagli Stati membri con Stati terzi dopo le date stabilite nel suddetto articolo (1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, data della loro adesione) ma prima che l'Unione diventi competente nella materia oggetto dell'accordo. In seguito, si passa dal piano teorico a quello pratico, con una valutazione dell'incidenza che la suddetta giurisprudenza ha avuto nel contesto dei Trattati bilaterali di investimento extra-UE conclusi prima dell'attribuzione all'Unione europea della competenza in materia di investimenti esteri diretti ad opera del Trattato di Lisbona. Infine, si fornisce risposta all'interrogativo relativo a quale sia l'attuale assetto nel campo della risoluzione dei conflitti tra diritto dell'Unione europea e accordi internazionali stipulati dagli Stati membri con Stati terzi dopo il 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, dopo la data della loro adesione ma prima che l'Unione diventi competente nella materia oggetto dell'accordo.

Abstract (eng)

In the present contribution, after a brief analysis of the principle of primacy as a founding principle of Union law with a non-absolute character, the case law of the Court of Justice concerning the temporal scope of application of the derogation to primacy contained in Article 351(1) TFEU is put together. Particular attention is given to the issue of the possibility of applying this derogation, by extension, also to agreements concluded by Member States with Third States after the dates laid down in the aforementioned article (1 January 1958 or, for acceding States, the date of their accession) but before the Union became competent in the matter covered by the agreement. Then, the discussion moves from the theoretical to the practical level, with an assessment of the impact that the aforementioned case law has had in the context of extra-EU bilateral investment treaties concluded before the conferral of competence over foreign direct investment on the European Union by the Lisbon Treaty. Finally, the question is answered as

to what is the current status in the field of conflict resolution between European Union law and international agreements concluded by Member States with Third States after 1 January 1958 or, for acceding States, after the date of their accession but before the Union becomes competent in the matter covered by the agreement.

Sessione II
I valori dell'Unione come limiti alle scelte costituzionali
degli Stati membri

Relazioni

IDENTITÀ NAZIONALE, VALORI COMUNI E CONDIZIONALITÀ

Paola Mori*

SOMMARIO: 1. Identità nazionali e principio del primato: un confronto continuo. – 2. La giurisprudenza della Corte di giustizia sul principio del rispetto dell'identità nazionale. – 3. *Segue*: la lettura unitaria dei valori fondamentali comuni, della clausola identitaria e del principio di leale cooperazione. – 4. I valori sanciti nell'art. 2 TUE come identità dell'Unione quale ordinamento giuridico comune. – 5. La difesa dei valori fondamentali comuni tra diritto, politica e condizionalità finanziaria. – 6. Brevi considerazioni conclusive.

1. *Identità nazionali e principio del primato: un confronto continuo*

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la riflessione scientifica sul principio del rispetto della identità nazionale, sancito nell'art. 4, par. 2, TUE e nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali, si è focalizzata sulla sua funzione e portata¹. La propensione prevalente è stata quella di leggere la clausola identitaria come un limite alle competenze dell'Unione e al principio del primato del suo diritto. In realtà, al di là delle pur sempre interessanti ricostruzioni teoriche, il punto di ricaduta del dibattito, almeno nelle sue conseguenze pratiche, sembra portare alla questione del se e in che misura la clausola identitaria consenta alle supreme giurisdizioni nazionali di esercitare un controllo sulla compatibilità del diritto dell'Unione

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

¹ Per la dottrina in argomento si rinvia, tra i molti, ai contributi in B. CAROTTI (a cura di), *Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione europea, Stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali – Member States' National Identity, Primacy of European Union Law, Rule of Law And Independence of National Judges*, Roma, 2022, disponibile online; M. CONDINANZI, *I controlimiti come sintesi ideale tra primato da affermare e identità nazionale da rispettare*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, 2015, p. 119 ss.; G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, 2017; D. FROMAGE, B. DE WITTE, *National Constitutional Identity Ten years on: State of Play and Future Perspectives*, in *EPL*, 2021, p. 411 ss.; L. S. ROSSI, 2, 4, 6 (TUE)... *l'interpretazione dell'"Identity Clause" alla luce dei valori fondamentali dell'UE*, in AA.VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano – De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 859 ss.

con l'identità costituzionale, sotto il profilo sia del rispetto delle competenze dell'Unione, ovvero il c.d. controllo sull'*ultra vires*, sia del rispetto dei diritti fondamentali costituzionali.

Certamente i momenti di maggior tensione sono stati determinati da quelle posizioni, emerse soprattutto nella giurisprudenza costituzionale di alcuni Stati membri, le quali hanno sostanzialmente ritenuto, sia pure con argomentazioni non sempre coincidenti, che nelle sue varie declinazioni il principio, ponendo un limite all'Unione e alle sue competenze, implichi tanto un limite all'operatività del principio del primato del diritto dell'Unione quanto una riserva di giurisdizione a favore dei giudici nazionali, tra i quali in particolare le Corti costituzionali; e che consenta, cioè, di spostare la soluzione dell'eventuale contrasto tra il diritto dell'Unione e un elemento identificabile come parte della propria identità nazionale dal contesto dell'Unione a quello nazionale. In questo senso l'identità nazionale, identificata con l'insieme dei principi e dei diritti costituzionali fondamentali, è stata utilizzata in funzione di "controlimita" idoneo a bloccare l'operatività del diritto dell'Unione nell'ordinamento nazionale interessato.

I casi sono noti. E, paradossalmente, essi finiscono per rievocare un approccio giurisprudenziale, quello delle corti costituzionali italiana e tedesca nei casi *Frontini*² e *Solange*³, risalente ad anni in cui la clausola dell'identità nazionale era ancora lungi dal vedere luce nel Trattato. Quell'approccio vi risulta ora anzi accentuato e articolato in vario modo.

Ciò è probabilmente dovuto ad un insieme di fattori, tra cui l'allargamento dell'Unione a nuovi Stati membri di giovane democrazia; l'espansione delle competenze dell'Unione a settori particolarmente sensibili (politica estera, difesa, moneta unica, giustizia)⁴; il valore vincolante attribuito alla Carta dei diritti fondamentali, con la conseguente espansione del sindacato della Corte di giustizia in un campo di tradizionale appannaggio dei giudici costituzionali o supremi nazionali.

Per la verità, nella maggior parte dei casi i contrasti giurisprudenziali ripropostisi in questi anni possono essere ricondotti alla fisiologica dialettica tra Corti. È evidente, infatti, che in un ordinamento composito, ma al tempo stesso integrato come quello dell'Unione, possono verificarsi momenti di tensione destinati a trovare poi composizione⁵. E ne sono testimonianza

² Corte cost. sent. 27 dicembre 1973, n. 183.

³ BVerfGE sent. 29 maggio 1974, *Solange I*, 37, 271, 2 BvL 52/71.

⁴ Si vedano in proposito le considerazioni di A. TIZZANO, *Il costituzionalismo europeo nell'età dell'incertezza*, in *DUE*, n. 2, 2023, p. 1 ss.

⁵ V. A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *DUE*, n. 1, 2019, p. 9 ss.

quelle Corti costituzionali⁶, tra cui l'italiana⁷, che hanno superato quei contrasti all'insegna di un ampio ricorso alla procedura del rinvio pregiudiziale⁸, in una dinamica improntata alla leale cooperazione e al dialogo costruttivo con la Corte di giustizia⁹.

In altri casi, però, il contrasto ha trovato sbocco in sede politico-istituzionale. Mi riferisco in primo luogo alla sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 5 maggio 2020 relativa al programma di acquisto di attività del settore pubblico (PSPP) della Banca centrale europea¹⁰. La vicenda è stata eclatante in quanto la Corte costituzionale tedesca ha dichiarato che la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Weiss*¹¹ «constitutes an ultra vires act that is not binding upon the Federal Constitutional Court». Pur collocandosi, infatti, sulla scia della sua giurisprudenza sul sindacato sugli atti *ultra vires* e sul rispetto dell'identità costituzionale, la Corte costituzionale tedesca ne ha esasperato ragioni e conseguenze e per la prima volta ha aperto un con-

⁶ Per un quadro di insieme della giurisprudenza delle Corti costituzionali dei vari Stati membri, v. R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2024, p. 261 ss.

⁷ Si pensi al contenzioso seguito alla sentenza Corte giust. 8 settembre 2015, *Taricco e a.*, C-105/14, quando la Corte costituzionale, con l'ordinanza Corte cost. ord. 26 gennaio 2017, n. 24, ha chiesto «un nuovo chiarimento da parte della Corte di giustizia sul significato da attribuire all'art. 325 TFUE sulla base della sentenza Taricco». La Corte di giustizia si è pronunciata su tale richiesta con la sentenza Corte giust. 5 dicembre 2017, C-42/17, *M.A.S. e M.B.* a cui ha fatto seguito la Corte costituzionale con la sentenza Corte cost. sent. 31 maggio 2018, n. 115. Si pensi ancora al famoso *obiter dictum* contenuto nella sentenza Corte cost. sent. 7 novembre 2017, n. 269 con cui la Consulta è intervenuta sul ruolo del giudice comune nel processo di protezione dei diritti fondamentali, limitandone il potere di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e accentrando su di sé il controllo del rispetto dei diritti fondamentali quali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Posizione, questa, rimodulata in successive decisioni della Corte costituzionale, v. Corte cost. sent. 23 gennaio 2019, n. 20; Corte cost. sent. 20 gennaio 2019, n. 63; Corte cost. sent. 6 marzo 2019, n. 112; Corte cost. sent. 9 marzo 2022, n. 54; Corte cost. sent. 28 luglio 2023, n. 177; Corte cost. sent. 28 luglio 2023, n. 178; nonché, da ultimo, Corte cost. sent. 12 febbraio 2024, n. 15.

⁸ Si veda, ad es., Corte cost. ord. 10 maggio 2019, n. 117 e Corte cost. ord. 8 luglio 2020, n. 182, con le quali la Corte costituzionale ha sottoposto alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali ai sensi dell'art. 267 TFUE.

⁹ In questo senso v. Corte cost. sent. 9 marzo 2022, n. 54; S. SCIARRA, *First and Last Word: Can Constitutional Courts and the Court of Justice of the Eu Speak Common Words*, in *EJ*, 2022, p. 67 ss., nonché, della stessa A., *I rinvii pregiudiziali proposti dalla Corte costituzionale come elementi di una relazione collaborativa*, in questo fascicolo.

¹⁰ BVerfGE sent. 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15.

¹¹ Corte giust. 11 dicembre 2018, C-493/17.

flitto diretto con la Corte di giustizia e con le istituzioni monetarie europee¹². La gravità del caso, non solo ha determinato la Corte di giustizia a prendere pubblicamente posizione con un comunicato stampa in cui ha ribadito i fondamenti dell'ordinamento dell'Unione e gli obblighi degli Stati membri¹³, ma ha anche portato la Commissione ad aprire una procedura di infrazione nei confronti della Germania¹⁴. L'esecutivo europeo ha infatti ritenuto che la sentenza del *Bundesverfassungsgericht*, oltre a violare i fondamenti del diritto dell'Unione, costituisse un precedente grave sia per la futura prassi della stessa Corte costituzionale tedesca, sia per le Corti costituzionali e supreme degli altri Stati membri. La procedura di infrazione è stata chiusa rapidamente in quanto la Commissione ha ritenuto adeguati gli impegni assunti dal Governo tedesco nella risposta alla lettera di messa in mora circa la garanzia del rispetto del principio del primato del diritto dell'Unione e della competenza della Corte di giustizia¹⁵.

Ma anche altre Corti costituzionali sembrano aver contestato in modo sistematico il principio del primato del diritto dell'Unione e l'autorità della Corte di giustizia. Questo è accaduto in particolare in quegli Stati membri nei quali sono state adottate riforme costituzionali e legislative illiberali, talvolta con forti accenti antieuropeisti, che ne hanno compromesso le garanzie democratiche, il principio di separazione dei poteri, l'indipendenza della magistratura, i diritti fondamentali.

¹² V., in proposito, le osservazioni di R. ADAM, *Il controlimite dell'ultra vires e la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020*, in *DUE*, 2020, p. 9 ss.; G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco*, in *Osservatorio europeo DUE*, 11 maggio 2020.

¹³ Comunicato stampa a seguito della sentenza della Corte costituzionale tedesca, del 5 maggio 2020, Lussemburgo, 8 maggio 2020.

¹⁴ Sulla questione v. P. MORI, *Riflessioni sulla possibilità e sull'opportunità di aprire una procedura di infrazione nei confronti della Germania a causa della sentenza del Bundesverfassungsgericht sul PSPP*, in *EJ*, 2020, p. 112 ss.

¹⁵ V. Comunicato stampa, del 2 dicembre 2021, *Pacchetto infrazioni di dicembre: decisioni principali*, INF/21/6201: secondo la Commissione, «in particolare, la Germania ha dichiarato formalmente di affermare e riconoscere i principi di autonomia, primato, efficacia e applicazione uniforme del diritto dell'Unione nonché i valori sanciti dall'articolo 2 TUE, tra cui in particolare lo Stato di diritto. In secondo luogo, la Germania riconosce esplicitamente l'autorità della Corte di giustizia dell'UE, le cui decisioni sono definitive e vincolanti. Essa ritiene inoltre che la legittimità degli atti delle istituzioni dell'Unione non possa essere sottoposta all'esame dei ricorsi costituzionali dinanzi ai tribunali tedeschi, ma possa essere esaminata solo dalla Corte di giustizia dell'UE. In terzo luogo, il governo tedesco, facendo esplicito riferimento al suo dovere di leale cooperazione sancito dai trattati, si impegna a utilizzare tutti i mezzi a sua disposizione per evitare in futuro il ripetersi di una constatazione di "ultra vires" e ad assumere un ruolo attivo al riguardo».

In quest'ottica, ad esempio, la *Curtea Constituțională* rumena si è sostanzialmente rifiutata di dar seguito alla sentenza *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»* della Corte di giustizia¹⁶, affermando che, sebbene l'art. 148, par. 2, della Costituzione rumena riconosca il primato del diritto dell'Unione sulle disposizioni di diritto nazionale incompatibili, tale principio non può escludere o negare l'identità costituzionale nazionale. Secondo la corte rumena tale disposizione si limiterebbe infatti a garantire il primato del diritto dell'Unione sulla «normativa infracostituzionale», ma non accorderebbe al diritto dell'Unione un primato sulla Costituzione rumena, con la conseguenza che un giudice nazionale non sarebbe competente a esaminare la conformità con il diritto dell'Unione di una disposizione di diritto interno da essa giudicata costituzionale¹⁷.

Reiterati, poi, a questo stesso riguardo, sono stati i pronunciamenti del Tribunale costituzionale polacco: con due sentenze del 2021 esso ha contestato il principio del primato del diritto dell'Unione e l'autorità della Corte di giustizia del Lussemburgo¹⁸. A seguito di tali pronunce la Commissione

¹⁶ Corte giust. 18 maggio 2021, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19, C-397/19, *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»*. Richiesta in via pregiudiziale da sei diversi giudici rumeni in altrettante cause, la Corte di giustizia ha affrontato alcune questioni che si inserivano nel contesto delle riforme in materia di giustizia e di lotta contro la corruzione realizzate dal 2017 al 2019 in Romania, riforme che hanno costituito oggetto di monitoraggio da parte della Commissione in forza del meccanismo di cooperazione e di verifica istituito dalla decisione 2006/928, e che secondo i giudici di rinvio presenterebbero vari profili di incompatibilità con il diritto dell'Unione per quanto riguarda i requisiti di efficacia della lotta contro la corruzione e di garanzia dell'indipendenza del potere giudiziario. Nei sette punti del suo dispositivo, dopo aver sancito il carattere vincolante della decisione sul MCV e della necessità di tener in debito conto le raccomandazioni in proposito della Commissione, la Corte ha confermato la sua consolidata giurisprudenza sugli articoli 2 e 19 TUE e sugli articoli 47 e 48 della Carta con riguardo ai valori dello Stato di diritto e delle garanzie di indipendenza dei giudici e dei procuratori così come sul principio del primato.

¹⁷ *Curtea Constituțională*, 8 giugno 2021, n. 390, in ccr.ro/wp-content/uploads/2021/10/Decizie_380_2021.pdf. Sul caso v. D. CĂLIN, *The priority of the EU law in Romania: between reality and Fata Morgana*, in officialblogofunio.com, 20 September 2021; F. DONATI, *Un nuovo scontro sullo Stato di diritto e sull'indipendenza della magistratura nell'Unione europea*, in *Quaderni AISDUE*, n. 2, 2022, p. 19 ss. La vicenda ha avuto dei seguiti importanti perché la Corte di giustizia è stata nuovamente investita di alcune domande pregiudiziali da parte di giudici rumeni, che si sono trovati di fronte all'alternativa se dare applicazione al diritto dell'Unione e alla giurisprudenza della Corte di giustizia ovvero a quella della Corte costituzionale. Si veda Corte giust. 21 dicembre 2021, C357/19, C379/19, C547/19, C811/19 e C840/19, *Euro Box Promotion e a.*; 22 febbraio 2022, C-430/21, *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*; 24 luglio 2023, C-107/23, *Lin*.

¹⁸ Trybunał Konstytucyjny 14 luglio 2021, P 7/20 e 7 ottobre 2021, K 3/21.

ha aperto una procedura di infrazione nei confronti della Polonia e, il 25 luglio 2023, ha adito la Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 258 TFUE, allo scopo di censurare la violazione di vari principi e norme fondamentali del diritto dell'Unione¹⁹. Ritenendo che il Tribunale costituzionale polacco non dia più garanzie di indipendenza e imparzialità, ai sensi dell'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE, in combinato disposto con l'art. 47 CDFUE, la Commissione ha fatto valere la mancata osservanza da parte del Tribunale costituzionale della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutela giurisdizionale effettiva e di indipendenza dei giudici²⁰. Ulteriore motivo di censura è costituito dalla violazione, da parte di tali sentenze, dei principi di autonomia, primato, efficacia e applicazione uniforme del diritto dell'Unione, nonché del rispetto dell'autorità della giurisprudenza della Corte di giustizia, di cui agli articoli 2, 4, par. 3, e 19 TUE così come dell'art. 279 TFUE, in quanto il Tribunale costituzionale avrebbe ordinato a tutte le autorità polacche di disapplicare tali disposizioni dei Trattati. Qualche mese dopo, e nonostante tale procedura di infrazione, il Tribunale costituzionale, l'11 dicembre 2023, ha nuovamente sfidato l'autorità della Corte di giustizia, arrivando a contestarne, in quanto ritenuta *ultra vires*, la competenza a pronunciare, nell'ambito di un procedimento di infrazione, provvedimenti provvisori urgenti corredati da sanzioni²¹.

¹⁹ V. causa C-448/23, pendente.

²⁰ Il ricorso si riferisce in particolare a Corte giust. 2 marzo 2021, C-824/18, *A.B. e a.*, e 6 ottobre 2021, C-487/19, *W.Ż.*

²¹ Trybunał Konstytucyjny sent. 11 dicembre 2023, K 8/21. La Corte di giustizia, allo scopo di evitare l'aggravarsi delle conseguenze derivanti dall'inadempimento dello Stato, aveva ingiunto il pagamento di penalità finanziarie in caso di inottemperanza ai provvedimenti cautelari adottati ai sensi dell'art. 279 TFUE nel corso della procedura di infrazione, v. le ordinanze Corte giust. 14 luglio 2021 e 27 ottobre 2021, causa C-204/21 R, *Commissione/Polonia* (Indépendance et vie privée des juges) adottate in via provvisoria nel corso del procedimento per inadempimento introdotto dalla Commissione per contestare la compatibilità con il diritto dell'Unione della legge del 14 febbraio 2020 che ha modificato vari aspetti del sistema giudiziario polacco, anche costituzionale. In precedenza, v. ordinanze Corte giust. 20 novembre 2017, C441/17 R, *Commissione/Polonia* (foresta di Białowieża); Corte giust. 20 settembre 2021, C-121/21 R, *Repubblica ceca/Polonia* (Mine de Turów). Secondo M. CONDINANZI, *La protezione giurisdizionale cautelare avanti al Giudice dell'Unione europea*, in AA.VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, cit., p. 203, in questi casi la misura cautelare «assume una funzione di ordine pubblico».

2. *La giurisprudenza della Corte di giustizia sul principio del rispetto dell'identità nazionale*

Nella giurisprudenza della Corte di giustizia il principio del rispetto dell'identità nazionale è venuto in considerazione sotto profili piuttosto eterogenei tra loro.

Talvolta il principio è stato invocato per garantire il rispetto dell'organizzazione statale e della ripartizione delle competenze interne degli organi deputati all'applicazione del diritto dell'Unione²². Altre volte esso è stato utilizzato per giustificare deroghe alla libertà di circolazione. Già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Corte aveva infatti riconosciuto che elementi dell'identità costituzionale di uno Stato membro, come il rispetto della vita umana, l'abolizione dei titoli nobiliari, la tutela della lingua nazionale²³ e altro possano essere presi in considerazione ai fini del bilanciamento con le libertà fondamentali del Trattato. Penso ai casi *Omega*, *Sayn-Wittgenstein*, *Runevic-Vardyn e Wardin* là dove la Corte ha tutelato elementi dell'identità nazionale degli Stati membri effettuando un complessivo bilanciamento con altre esigenze, nel rispetto del test di proporzionalità e ragionevolezza, e avendo comunque presente la necessità di non compromettere l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione²⁴.

L'art. 4, par. 2, TUE è stato poi frequentemente richiamato dai giudici nazionali in presenza di diversi standard di tutela dei diritti fondamentali a livello europeo e a livello nazionale. La strada imboccata dalla Corte di giustizia è nota ed è stata definita in una serie di casi di rilievo costituzionale. Nella sentenza *Melloni* la Grande Sezione ha infatti escluso che in presenza di una misura europea di armonizzazione gli Stati membri possano avva-

²² Corte giust. 12 giugno 2014, C-156/13, *Digibet Ltd*; 24 ottobre 2013, C-151/12, *Commissione/Spagna*.

²³ La tutela della lingua come elemento caratterizzante l'identità nazionale degli Stati membri trova riscontro nell'art. 3, par. 3, TUE e nell'art. 22 della Carta che impongono all'Unione di rispettare la sua diversità culturale e linguistica; la questione della lingua assume pertanto rilievo in relazione ai diritti tanto degli Stati membri, come elemento dell'identità nazionale, quanto dei cittadini europei, come diritto fondamentale. V. Corte giust. 22 dicembre 2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, punto 86; più recentemente, 7 settembre 2022, C-391/20, *Boris Cilevičs e a.* In argomento v. P. MORI, *La tutela della diversità linguistica nell'Unione europea dai principi giuridici alla prassi: alcune riflessioni su una recente giurisprudenza dei giudici europei*, in *DUE*, 2012, p. 43 ss.

²⁴ Corte giust. 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega*; *Sayn-Wittgenstein*, sopra citata; 12 maggio 2011, C-391/09, *Runevic-Vardyn e Wardyn*; nonché, più recentemente, 14 dicembre 2021, C-490/20, *Pancharevo*.

larsi dell'art. 53 della Carta allo scopo di applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali che fossero più favorevoli di quelli europei²⁵. Nella sentenza *Åkeberg Fransson*, pronunciata lo stesso giorno, la Corte ha invece stabilito che qualora un giudice di uno Stato membro si trovi a dover verificare la conformità ai diritti fondamentali «di una disposizione o di un provvedimento nazionale che, in una situazione in cui l'operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell'Unione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione»²⁶. Quest'ultima giurisprudenza, ribadita anche recentemente in altri casi di rilievo “costituzionale”²⁷, è importante perché lascia agli Stati membri spazi di autonomia e rende più flessibile l'intero sistema, pur mantenendo nella Corte di giustizia il controllo sulla coerenza del sistema.

3. Segue: *la lettura unitaria dei valori fondamentali comuni, della clausola identitaria e del principio di leale cooperazione*

Dalla giurisprudenza recente della Corte di giustizia riguardante il rispetto dello Stato di diritto è possibile ricostruire la dinamica tra i valori comuni sanciti dall'art. 2 TUE (Stato di diritto, democrazia, tutela dei diritti fondamentali) e la c.d. clausola identitaria di cui all'art. 4, par. 2, sempre del TUE, unitamente al principio di leale cooperazione di cui al par. 3 dello stesso articolo.

In effetti, già dai primi casi giudiziari riguardanti le riforme della Corte

²⁵ Corte giust. 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*, punti 60-63. Nella specie si trattava dell'art. 4 *bis*, par. 1, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009. Il caso trovava origine dal rinvio della Corte costituzionale spagnola, la quale si è poi adeguata alla pronuncia della Corte di giustizia con la sentenza Tribunal Constitucional 13 febbraio 2014, recurso de amparo 6922/2008, *Melloni*; in argomento v. VENEGONI, *Obblighi di adeguamento al diritto UE e 'controlimiti': la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 marzo 2014.

²⁶ Corte giust. 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*, punto 29.

²⁷ V. sentenze *M.A.S.* e *M.B.*, sopra citata; *Euro Box Promotion e a.*, sopra citata; da ultimo, *Lin*, sopra citata.

costituzionale e dell'organizzazione della giustizia in Polonia il Governo di quel Paese, in questo sempre appoggiato da quello ungherese, ha sostenuto che l'organizzazione della giustizia rientra nella competenza degli Stati membri e che pertanto le istituzioni europee non avrebbero competenze in merito. L'argomento era stato fatto valere fin dalle prime raccomandazioni sullo Stato di diritto adottate dalla Commissione nel 2016 che erano state qualificate dalle autorità politiche polacche come «interferences into Poland's internal affairs», con evidenti suggestioni all'idea internazionalistica del dominio riservato²⁸.

Ebbene, già nelle prime sentenze in materia, la Corte di giustizia ha affermato che, per quanto l'organizzazione della giustizia negli Stati membri rientri nella competenza e nell'autonomia procedurale di questi ultimi, ciò nondimeno «nell'esercizio di tale loro competenza gli Stati membri sono tenuti a rispettare gli obblighi per essi derivanti dal diritto dell'Unione»²⁹. Tra questi, in particolare, l'art. 19, par. 1, TUE in combinato con gli articoli 2 TUE e 47 CDFUE; e ciò in quanto il requisito di indipendenza degli organi giurisdizionali, «riveste importanza cardinale quale garanzia della tutela dell'insieme dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e della salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati all'articolo 2 TUE»³⁰. Essa vi ha anzi avuto cura di precisare che l'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE «pone a carico degli Stati membri un obbligo di risultato chiaro, preciso e non accompagnato da alcuna condizione con riferimento all'indipendenza che deve caratteriz-

²⁸ Così nel comunicato con cui il Ministro degli esteri dà notizia della lettera del Governo di risposta alla raccomandazione della Commissione, www.msz.gov.pl/en/p/msz_en/news/mfa_statement_on_the_polish_government_s_response_to_commission_recommendation_of_27_07_2016. La raccomandazione (UE) 2016/1374 della Commissione, del 27 luglio 2016, relativa allo Stato di diritto in Polonia si può leggere in *GUUE*, L 217/53 del 12 agosto 2016. Sul punto v. P. MORI, *Il rispetto dello Stato di diritto: "affari interni" o questione europea? I nuovi meccanismi di controllo dell'Unione alla prova della Polonia, in federalismi.it*, 28 dicembre 2016.

²⁹ Corte giust. 11 luglio 2019, C-619/18, *Commissione/Polonia* (Indipendenza della Corte suprema), p. 52: «...Inoltre, richiedendo agli Stati membri di rispettare in tal modo detti obblighi, l'Unione non pretende affatto di esercitare essa stessa detta competenza né, pertanto, di arrogarsela, contrariamente a quanto affermato dalla Repubblica di Polonia». Secondo K. LENAERTS, *New Horizon for the Rule of Law Within the EU*, in *German Law Journal*, vol. 21, n. 1, 2020, p. 29 ss., spec. p. 33, «Those national rules are thus "circumscribed" by that fundamental principle».

³⁰ *Ibidem*, punto 58.

zare i giudici chiamati a interpretare e ad applicare il diritto dell'Unione»³¹, sicché esso ha efficacia diretta³².

Nelle sue più recenti sentenze la Corte ha ulteriormente precisato che l'art. 4, par. 2, TUE deve essere letto «tenendo conto delle disposizioni, di pari rango, sancite da detti articoli 2 e 19, paragrafo 1, secondo comma» e pertanto «non può dispensare gli Stati membri dal rispetto dei requisiti derivanti dalle stesse». E ha dunque chiarito che anche se «l'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, così che essi dispongono di una certa discrezionalità per garantire l'attuazione dei principi dello Stato di diritto, ciò non comporta in alcun modo che tale obbligo di risultato possa variare da uno Stato membro all'altro». Secondo la Corte, infatti, «pur disponendo di identità nazionali distinte, insite nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, che l'Unione rispetta, gli Stati membri aderiscono a una nozione di "Stato di diritto" che condividono, quale valore comune alle loro proprie tradizioni costituzionali, e che si sono impegnati a rispettare in modo continuativo»³³.

Posto dunque che l'Unione non impone «agli Stati membri un modello costituzionale preciso che disciplini le relazioni e l'interazione tra i diversi poteri statali, in particolare per quanto riguarda la definizione e la delimitazione delle competenze di questi ultimi», nella scelta di tale modello costituzionale gli Stati membri sono comunque tenuti a rispettare i valori sanciti nell'art. 2 TUE³⁴. E ciò perché «l'articolo 2 TUE non costituisce una mera enunciazione di orientamenti o di intenti di natura politica, ma contiene valori che ... sono concretizzati in principi che comportano obblighi giuridicamente vincolanti per gli Stati membri»³⁵.

Pur riconoscendo, entro quei limiti, l'autonomia degli Stati membri nella definizione della loro identità nazionale, la Corte nella sentenza *RS* ha però ribadito la propria competenza esclusiva a fornire l'interpretazione definitiva del diritto dell'Unione³⁶ e quindi anche a verificare che un obbligo

³¹ *A.B. e a.*, sopra citata, punto 146.

³² *RS*, sopra citata, punto 58 e giurisprudenza ivi citata.

³³ Corte giust. 16 febbraio 2023, C-156/21, *Ungheria/Parlamento e Consiglio*, punto 233 e C-157/21, *Polonia/Parlamento e Consiglio*, punto 234; 5 giugno 2023, C-204/21, *Commissione/Polonia* (Indépendance et vie privée des juges), punti 72-74.

³⁴ *RS*, sopra citata, punto 43 e giurisprudenza ivi citata.

³⁵ *Commissione/Polonia* (Indépendance et vie privée des juges), C-204/21, sopra citata, punto 67.

³⁶ *V. RS*, sopra citata, punto 52. *V.* anche, in termini generali, Corte giust. 2 settembre

derivante da tale diritto non attenti all'identità nazionale di uno Stato membro, ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE. Pertanto, qualora la Corte costituzionale di uno Stato membro ritenga che una disposizione del diritto derivato dell'Unione, come interpretata dalla Corte di giustizia, violi l'obbligo di rispettare l'identità nazionale di detto Stato membro, tale Corte costituzionale deve sospendere la decisione e investire la Corte di giustizia di una domanda di pronuncia pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE³⁷, al fine di accertare la validità di tale disposizione alla luce dell'art. 4, par. 2, TUE. Quest'ultima disposizione, infatti, «non ha né come scopo né come effetto di autorizzare la Corte costituzionale di uno Stato membro... a disapplicare una norma di diritto dell'Unione, con la motivazione che tale norma non rispetti l'identità nazionale»³⁸. Come ulteriore conseguenza, nella sentenza *RS* viene precisato che una Corte costituzionale nazionale non può legittimamente dichiarare che la Corte di giustizia ha pronunciato una sentenza che viola la sua sfera di

2021, C741/19, *Repubblica di Moldova*, punto 45: «...Conformemente all'articolo 19 TUE, spetta ai giudici nazionali e alla Corte garantire la piena applicazione di tale diritto nell'insieme degli Stati membri nonché la tutela giurisdizionale effettiva spettante ai singoli in forza di detto diritto; la Corte detiene una competenza esclusiva a fornire l'interpretazione definitiva di detto diritto». Con riferimento al principio del primato del diritto dell'Unione, v. *Euro Box Promotion e a.*, sopra citata, punto 254 «spetta in ultima istanza alla Corte precisare la portata del principio del primato del diritto dell'Unione alla luce delle disposizioni pertinenti di tale diritto, poiché tale portata non può dipendere dall'interpretazione di disposizioni del diritto nazionale né dall'interpretazione di disposizioni del diritto dell'Unione adottata da un giudice nazionale che non corrisponda a quella della Corte».

³⁷ «Chiave di volta del sistema giurisdizionale» istituito dai Trattati (Corte giust. parere 18 dicembre 2014, 2/13, punto 176), l'art. 267 TFUE «osta a qualsiasi normativa o prassi nazionale idonea a impedire ai giudici nazionali, a seconda del caso, di avvalersi della facoltà o di conformarsi all'obbligo, di cui a tale articolo 267, di rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte». Inoltre, «il fatto che i giudici nazionali non siano esposti a procedimenti o a sanzioni disciplinari per aver esercitato la facoltà, di loro esclusiva competenza, di adire la Corte ai sensi dell'articolo 267 TFUE, costituisce una garanzia inerente all'indipendenza di tali giudici. Parimenti, nell'ipotesi in cui, a seguito della risposta della Corte, un giudice ordinario nazionale dovesse ritenere che la giurisprudenza della corte costituzionale nazionale sia contraria al diritto dell'Unione, il fatto che tale giudice nazionale disapplichi detta giurisprudenza, conformemente al principio del primato di tale diritto, non può in alcun modo essere idoneo a far sorgere la sua responsabilità disciplinare», *Euro Box Promotion e a.*, sopra citata, punto 254 e punto 260 e giurisprudenza ivi citata. Sul rinvio pregiudiziale come strumento idoneo ad esprimere i principi costituzionali del sistema, v. R. ADAM, *Il rinvio pregiudiziale tra tutela dei diritti soggettivi e controllo delle inadempienze statali*, in *DUE*, n. 1, 2022, p. 1 ss.; A. ADINOLFI, *I fondamenti del diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia: il rinvio pregiudiziale*, ivi, n. 3, 2019, p. 441 ss.

³⁸ *RS*, sopra citata, punto 70.

competenza e, pertanto, rifiutare di ottemperare a una sua sentenza pronunciata in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia³⁹.

La conclusione che si può ricavare dalla giurisprudenza relativa all'indipendenza degli organi giurisdizionali nazionali è che là dove tali organi operano come parte del sistema dell'Unione, agendo nei «settori disciplinati» dal diritto di questa, e dunque come chiarito già nella sentenza sui giudici portoghesi⁴⁰, in un ambito più ampio di quello delineato dall'art. 51, par. 1, della CDFUE, i principi e i valori comuni di cui all'art. 2 TUE assumono portata conformativa. Ciò significa che pur restando libera la scelta di quello che la Corte ha definito “modello costituzionale” degli Stati membri, la struttura e le regole di funzionamento di quel modello, devono essere coerenti con i principi e i valori fondamentali comuni di cui all'art. 2 TUE.

Ne consegue che il principio dell'autonomia procedurale secondo cui, in mancanza di una specifica disciplina dell'Unione, è l'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro a definire, nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività, le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela delle posizioni soggettive derivanti dal diritto dell'Unione⁴¹, trova un limite penetrante nei principi di indipendenza della magistratura e nel rispetto dei diritti fondamentali. In realtà e più in generale, non sembra azzardato ritenere che, in considerazione dell'estensione delle competenze dell'Unione, è l'intero ordinamento statale a subire significativi condizionamenti.

³⁹ *Ibidem*, punto 72.

⁴⁰ Corte giust. 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, ove la Corte ha affermato che l'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE, «riguarda “i settori disciplinati dal diritto dell'Unione”, indipendentemente dalla situazione in cui gli Stati membri attuano tale diritto, ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta» (punto 29). Sul punto v. M. E. BARTOLONI, *La natura poliedrica del principio della tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell'art. 19, par. 1, TUE*, in *DUE*, n. 2, 2019, p. 245 ss.; G. CAGGIANO, *La Corte di giustizia sulla tutela dell'indipendenza della magistratura nei confronti di sanzioni disciplinari lesive dello Stato di diritto*, in *SIE*, n. 2, 2020, p. 254 ss.

⁴¹ Corte giust. 16 dicembre 1976, 33/76, *Rewe*, punto 5. In argomento v. P. DE PASQUALE, B. NASCIBENE, *Il diritto dell'Unione europea e il sistema giurisdizionale. La Corte di giustizia e il giudice nazionale*, in *EJ*, n. 4, 2023, p. 5 ss.

4. *I valori sanciti nell'art. 2 TUE come identità dell'Unione quale ordinamento giuridico comune*

Il quadro che ne emerge sembra porsi in una linea di continuità evolutiva con la precedente giurisprudenza, in particolare il parere 2/13⁴², nella quale si erano delineate le caratteristiche specifiche dell'ordinamento dell'Unione come costruzione giuridica, dotata di una propria struttura costituzionale, autonoma dal diritto degli Stati membri e dal diritto internazionale, ma comunque fondata sulla condivisione tra tutti gli Stati membri dei valori contenuti nell'art. 2 TUE.

Sotto questo profilo, è particolarmente rilevante l'affermazione della Corte, eccezionalmente riunita in Seduta plenaria per giudicare della legittimità del regolamento sulla condizionalità finanziaria⁴³, secondo la quale quei valori «definiscono l'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune»⁴⁴.

In quanto tali, i valori comuni, da un lato, esprimono innanzitutto il fondamento ideale, culturale e politico su cui si sono costituite le democrazie europee a partire dal secondo dopoguerra e contestualmente si è sviluppato il processo di integrazione europea in un continuo percorso osmotico⁴⁵. Dall'altro lato, essi costituiscono un elemento funzionale che condiziona, non solo l'appartenenza all'Unione⁴⁶, ma la stessa operatività del sistema: come infatti da tempo ripetuto dalla Corte, l'Unione è stata costruita sulla condivisione tra tutti gli Stati membri dei valori comuni contenuti nell'articolo 2 TUE. E la condivisione di tali valori «implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, pertanto, al rispetto del diritto dell'Unione che li attua»⁴⁷. La fidu-

⁴² Corte giust. parere 2/13, sopra citato, punto 166 ss.; nonché parere 30 aprile 2019, 1/17, punto 109 ss.; 6 marzo 2018, C-284/16, *Achmea*, punto 33.

⁴³ Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, su cui v., *infra*, par. 5.

⁴⁴ *Ungheria/Parlamento e Consiglio*, C-156/21, sopra citata, punti 127 e 232; e *Polonia/Parlamento e Consiglio*, C-157/21, sopra citata, punti 145 e 264.

⁴⁵ A questo proposito si ricorda che già nel 1949 gli Stati fondatori del Consiglio d'Europa enunciarono il loro credo nei «valori spirituali e morali, che sono patrimonio comune dei loro popoli e fondamento dei principi di libertà personale, libertà politica e preminenza del Diritto, dai quali dipende ogni vera democrazia».

⁴⁶ Il riferimento è alle condizioni di adesione poste dall'art. 48 TFUE e al principio di non regressione enunciato dalla Corte di giustizia, 20 aprile 2021, C-896/19.

⁴⁷ V. *Ungheria/Parlamento e Consiglio*, C-156/21, sopra citata, punto 125 e *Polonia/*

cia reciproca è la base su cui si articola il funzionamento dell'ordinamento dell'Unione: le politiche dell'UE, comprese quelle relative al mercato interno e allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, si basano infatti sul presupposto che ciascun ordinamento giuridico nazionale sia fedele a quei valori, ovvero che vi venga rispettato il principio di separazione dei poteri e l'indipendenza della magistratura, che l'utilizzo del bilancio e dei fondi europei non sia contaminato da amministrazioni nazionali corrotte, che vengano garantito il pluralismo e le funzioni di controllo fondamentali come le organizzazioni della società civile e i media indipendenti.

E proprio la constatazione che i valori contenuti nell'art. 2 TUE «definiscono l'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune» ha portato la Corte di giustizia ad affermare, nelle due sentenze citate da ultimo, che l'Unione debba «essere in grado, nei limiti delle sue attribuzioni previste dai trattati, di difendere detti valori»⁴⁸. La Corte ha così rivendicato un vero e proprio ruolo di giudice costituzionale, competente a vigilare sul rispetto, da parte sia delle istituzioni europee, sia degli Stati membri, dei valori comuni sanciti nell'art. 2 TUE⁴⁹.

5. *La difesa dei valori fondamentali comuni tra diritto, politica e condizionalità finanziaria*

A questo punto, ovviamente, l'interrogativo investe il tema degli strumenti di cui dispone l'Unione per difendere i valori contenuti nell'art. 2 TUE, ma soprattutto quello della loro idoneità allo scopo o, in altri termini, della loro capacità di condizionare gli ordinamenti nazionali.

Parlamento e Consiglio, C-157/21, sopra citata, punto 143. Sul legame tra fiducia reciproca e Stato di diritto, da ultimo, v. F. CASOLARI, *Lo Stato di diritto preso sul serio*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione europea 2020*, Milano, 2021, p. 302 ss.; M. P. MADURO, *General Report*, in *Mutual Trust, Mutual Recognition and the Rule of Law*, The XXX Fide Congress in Sofia, vol. 1, 2023, p. 23 ss. Sulla natura costituzionale del principio della fiducia reciproca si rinvia a P. MORI, *Quelques réflexions sur la confiance réciproque entre les États membres: un principe essentiel de l'Union européenne*, in AA.VV., *Liber amicorum Antonio Tizzano*, cit., p. 654.

⁴⁸ V. *Ungheria/Parlamento e Consiglio*, C-156/21, sopra citata, punto 127 e *Polonia/Parlamento e Consiglio*, C-157/21, punto. 145.

⁴⁹ Sul ruolo costituzionale della Corte di giustizia, v. E. CANNIZZARO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori dell'Unione europea*, in AA.VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, cit., p. 158 ss.; P. DE PASQUALE, *I formanti del processo di integrazione europea: il ruolo della Corte di giustizia*, in *DPCE online*, p. 449 ss.; P. MORI, *Il primato dei valori comuni dell'Unione europea*, in *DUE*, n. 1, 2021, p. 73 ss.

Tra gli strumenti previsti dai Trattati, la mitica opzione nucleare che sarebbe rappresentata dall'art. 7 TUE, nella realtà ha dimostrato di possedere scarsissima, se non addirittura nulla, capacità di deterrenza⁵⁰. Le due procedure aperte nei confronti della Polonia⁵¹ e dell'Ungheria⁵², a ormai distanza di parecchi anni dalla proposta e nonostante i richiami del Parlamento europeo⁵³, non sono, infatti, finora mai andate oltre le fasi iniziali di audizione dei governi interessati davanti al Consiglio⁵⁴. Nel caso specifico, poi, le difficoltà procedurali e le soglie di voto – quattro quinti dei membri del Consiglio nella prima fase, l'unanimità del Consiglio europeo nella seconda – già di per sé non facilmente raggiungibili, di fatto hanno finito per consentire, almeno finora, ai due Stati membri censurati di usare il loro diritto di voto in modo interdittivo, l'uno in sostegno dell'altro, privando di qualsiasi prospettiva di successo la procedura.

Anche le sentenze rese dalla Corte di giustizia in via pregiudiziale o

⁵⁰ Si vedano, in proposito, le considerazioni di R. MASTROIANNI, *Stato di diritto o ragion di Stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell'Unione negli Stati membri*, in AA.VV., *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017 p. 605 ss.; B. NASCIBENE, *La violation grave des obligations découlant du traité UE. Le limites de l'application de l'article 7*, in AA.VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, cit., p. 672 ss.; U. VILLANI, *Sul controllo dello Stato di diritto nell'Unione europea*, in FSJ, n. 1, 2020, p. 14 ss.

⁵¹ Proposta di decisione del Consiglio, del 20 dicembre 2017, sulla constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia (COM (2017) 835final); la Commissione ha espresso preoccupazioni sull'assenza di un controllo di costituzionalità legittimo e indipendente e sulle riforme del sistema giudiziario polacco che ne minano gravemente l'indipendenza.

⁵² Risoluzione del Parlamento europeo, del 12 settembre 2018, su una proposta recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'art. 7, par. 1, TUE, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione. In particolare il Parlamento europeo ha espresso preoccupazioni sull'indipendenza della magistratura e di altre istituzioni e i diritti dei giudici; sul funzionamento del sistema costituzionale e del sistema elettorale; sulla corruzione e i conflitti di interesse; sulla tutela della vita privata e la protezione dei dati; sulla libertà di espressione; sulla libertà accademica; sulla libertà di religione; sulla libertà di associazione; sul diritto alla parità di trattamento; sui diritti appartenenti alle minoranze, compresi i rom e gli ebrei, e sulla protezione dalle dichiarazioni di odio contro tali minoranze; sui diritti fondamentali dei migranti, dei richiedenti asilo e dei rifugiati; sui diritti economici e sociali.

⁵³ Risoluzione del Parlamento europeo, del 16 gennaio 2020, sulle audizioni in corso a norma dell'art. 7, paragrafo 1, TUE, concernenti la Polonia e l'Ungheria, P9_TA (2020) 0014.

⁵⁴ V. P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *federalismi.it*, n. 8, 2020; V. L. PECH, *From "Nuclear Option" to Damp Squib? A Critical Assessment of the Four Article 7(1) TEU Hearings to Date*, in *verfassungsblog.de*, 13 November 2019, [verfassungsblog.de/from-nuclear-option-to-damp-squib](https://www.verfassungsblog.de/from-nuclear-option-to-damp-squib).

all'esito di procedure di infrazione non sempre sono state eseguite adeguatamente, se non addirittura non lo sono state affatto. Occorrerà aspettare per vedere se nei casi di mancata esecuzione delle sentenze di inadempimento la Commissione deciderà di introdurre ricorsi *ex art.* 260 TFUE e se questi porteranno alla condanna a sanzioni pecuniarie⁵⁵.

L'assenza nei Trattati di un sistema di reazione realmente efficace alla violazione dei valori comuni da parte di uno Stato membro ha progressivamente portato le istituzioni alla ricerca, a Trattati invariati, di nuovi strumenti in chiave tanto preventiva che reattiva⁵⁶.

In primo luogo, le istituzioni politiche hanno promosso una serie di meccanismi più *soft* e meno formali, perché basati più esplicitamente sul "potere leggero della persuasione politica"⁵⁷, con l'obiettivo di prevenire e monitorare il rispetto dello Stato di diritto e a guidare gli Stati membri nella correzione delle carenze in materia.

A questo scopo, nel 2014 la Commissione, nel quadro dei poteri conferiti dall'art. 17 TUE, ha istituito il Nuovo quadro sullo Stato di diritto⁵⁸,

⁵⁵ In proposito si può osservare come la richiesta della Polonia di revocare o ridurre l'ammontare della sanzione di 1 milione di euro al giorno stabilita dal Vice Presidente della Corte per la mancata sospensione dell'applicazione della c.d. legge di modifica (della legge sull'organizzazione degli organi giurisdizionali ordinari, della legge sulla Corte suprema nonché di altre leggi) nel corso della procedura *ex art.* 258 TFUE, (*Commissione/Polonia*, C-204/21, sopra citata) sia significativa della deterrenza che producono le sanzioni finanziarie.

⁵⁶ V. P. MORI, *Strumenti giuridici e strumenti politici di controllo del rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Verso i 60 anni dai Trattati di Roma: Stato e prospettive dell'Unione europea*, Torino, 2016, p. 199-209; O. PORCHIA, *Le respect de l'État de droit dans les États membres: la complémentarité des initiatives politiques et le rôle de la Cour de justice*, in AA.VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, cit., p. 769 ss.; nonché, per un quadro complessivo della tematica, A. CIRCOLO, *Il valore dello Stato di diritto nell'Unione europea. Violazioni sistemiche e soluzioni di tutela*, Napoli, 2023, p. 230 ss.

⁵⁷ Cfr. il discorso sullo stato dell'Unione per il 2013 pronunciato il 12 settembre 2012 al Parlamento europeo dal Presidente della Commissione, www.europa.eu/rapid/press-releaseSPEECH-1-596.

⁵⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, COM/2014/0158 final. In argomento, v. C. CURTI GIALDINO, *La Commissione europea dinanzi alla crisi costituzionale polacca*, in *federalismi.it*, n. 12, 2016; N. LAZZERINI, *Le recenti iniziative delle istituzioni europee nel contesto della crisi dello Stato di diritto in Polonia: prove di potenziamento degli "anticorpi" dei Trattati?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2018, p. 1 ss.; A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, M. H. TABOROWSKI, M. SCHMIDT, *A Constitutional Moment for the European Rule of Law – Upcoming Landmark Decisions Concerning the Polish Judiciary*, in *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law*, Research Paper n. 10, 2018; P. MORI, *Il rispetto dello Stato di diritto: "affari interni" o questione europea?*, cit.

ovvero una procedura per mezzo della quale ricercare una soluzione in via informale con lo Stato membro interessato, prima di proporre formalmente l'apertura della procedura di cui all'art. 7 TUE o quella dell'art. 258 TUE. Utilizzato con la Polonia, il meccanismo ha consentito di aprire una fase dialogica tra la Commissione e le autorità polacche, che, nel persistere della situazione di violazioni del principio dello Stato di diritto ha poi portato alla proposta di cui all'art. 7 TUE⁵⁹ e all'apertura di numerose procedure di infrazione⁶⁰.

Anche il Consiglio, insieme agli Stati membri riuniti in sede di Consiglio, ha deciso di sperimentare strade ulteriori di esercizio del suo controllo sul rispetto dello Stato di diritto all'interno dell'Unione. Con le Conclusioni approvate il 16 dicembre 2014, esso ha infatti attivato un meccanismo di Dialogo politico sullo Stato di diritto da condursi fra tutti gli Stati membri nell'ambito del Consiglio Affari generali⁶¹. Si tratta di tutta evidenza di un

⁵⁹ V. sopra, nota 46.

⁶⁰ V., in particolare, v., *Commissione/Polonia* (Indipendenza della Corte suprema), C-619/18, sopra citata; Corte giust. 5 novembre 2019, C192/18, *Commissione/Polonia* (Indipendenza dei tribunali ordinari); 15 luglio 2021, C-791/19, *Commissione/Polonia* (Régime disciplinaire des juges); *Commissione/Polonia* (Indépendance et vie privée des juges), C-204/21, sopra citata. Con riferimento all'Ungheria, v., in particolare, Corte giust. 18 giugno 2020, C-78/18, *Commissione/Ungheria* (Trasparenza associativa); 6 ottobre 2020, C-66/18, *Commissione/Ungheria* (Enseignement supérieur); 17 dicembre 2020, C-808/18, *Commissione/Ungheria* (Accueil des demandeurs de protection internationale); a cui ha fatto seguito la sentenza, resa ai sensi dell'art. 260 TFUE, dell'13 giugno 2024, C-123/22, con cui la Corte, in considerazione «dell'eccezionale gravità delle infrazioni di cui trattasi e della mancanza di leale cooperazione dell'Ungheria al fine di porvi fine», ha condannato l'Ungheria al pagamento di una somma forfettaria di 200 000 000 euro e di una penalità di 900 000 euro al giorno; 16 novembre 2021, C-821/19, *Commissione/Ungheria* (Incrimination de l'aide aux demandeurs d'asile); causa C-769/22, *Commissione/Ungheria*, ancora pendente, riguardante la c.d. legge sulla protezione dell'infanzia in quanto violerebbe le regole del mercato interno, i diritti fondamentali degli individui (in particolare delle persone LGBTIQ); inoltre, a causa della gravità di queste violazioni, la Commissione ha anche esplicitamente contestato la violazione i valori comuni stabiliti dall'art. 2 TUE.

⁶¹ Doc. 17014714. Attualmente «il dialogo annuale sullo Stato di diritto è stato sviluppato come esercizio politico dal Consiglio “Affari generali” e strutturato, nella pratica, nel primo semestre di ogni anno, in una sessione dedicata a cicli successivi di analisi specifiche per paese relative alla situazione dello Stato di diritto in cinque Stati membri e, nel secondo semestre di ogni anno, in due sessioni: una dedicata alla situazione generale dello Stato di diritto nell'Unione e l'altra a un'analisi specifica per paese, utilizzando sempre la relazione annuale della Commissione sullo Stato di diritto. Inoltre, il Consiglio “Giustizia e affari interni” ha sviluppato una serie di dibattiti tematici specifici su questioni relative allo Stato di diritto», conclusioni della Presidenza, 12 dicembre 2023, 16547/23.

“esercizio politico” che comporta tanto discussioni orizzontali di carattere generale quanto discussioni specifiche per Paese. Il Dialogo politico in seno al Consiglio si basa, tra l’altro, sulla relazione annuale sullo Stato di diritto adottata dalla Commissione nel quadro del Meccanismo europeo per lo Stato di diritto⁶².

Introdotta nel 2019, il Meccanismo è, infatti, finalizzato all’adozione della Relazione annuale sullo Stato di diritto. All’esito del dialogo che si svolge a vari livelli – sia negli Stati membri, coinvolgendo i parlamenti nazionali e la società civile, sia in ambito istituzionale europeo, nel Parlamento europeo e nel Consiglio – la relazione si conclude con l’adozione da parte della Commissione di raccomandazioni specifiche per ogni Stato membro, allo scopo di indirizzarli verso l’adozione delle misure e delle riforme necessarie a risolvere le criticità rilevate al suo interno.

La valutazione della Commissione si concentra su quattro aspetti fondamentali: l’indipendenza, la qualità e l’efficienza dei sistemi giudiziari degli Stati membri⁶³; la disciplina anticorruzione, ambito che evidentemente assume particolare rilevanza ai fini dell’applicazione del regolamento sulla condizionalità finanziaria, del quale parleremo a breve; la libertà e il pluralismo dei media⁶⁴; le questioni istituzionali relative al bilanciamento dei poteri statali: qualità e inclusività del processo legislativo nazionale, ruolo delle corti costituzionali e delle autorità indipendenti nazionali e, infine, ruolo delle istituzioni nazionali per i diritti umani e delle organizzazioni della società civile.

Sebbene non vincolanti, tali raccomandazioni hanno riflesso diretto su altri strumenti maggiormente impegnativi sotto il profilo finanziario, ai quali

⁶² Cfr. COM (2019) 163final, *Rafforzare lo Stato di diritto nell’Unione: il contesto attuale e possibili nuove iniziative*, e COM (2019) 343final, *Rafforzare lo Stato di diritto nell’Unione: Programma d’azione*.

⁶³ Su questi aspetti interviene anche un altro meccanismo specifico, cioè lo *European Justice Scoreboard*, che consiste in un quadro di valutazione annuale della giustizia per ciascuno Stato membro, v. comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Quadro di valutazione UE della giustizia Uno strumento per promuovere una giustizia effettiva e la crescita*, COM (2013) 160final.

⁶⁴ Allo scopo di introdurre misure per proteggere i giornalisti e i fornitori di servizi di media da ingerenze politiche, la Commissione ha presentato la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro comune per i servizi di media nell’ambito del mercato interno (legge europea per la libertà dei media) e modifica la direttiva 2010/13/UE, COM (2022) 457final.

forniscono gli elementi di valutazione della situazione nazionale⁶⁵.

Negli ultimi anni si è infatti andata affermando l'idea di subordinare il godimento da parte degli Stati membri dei benefici economici derivanti dalla partecipazione all'Unione alla condizionalità del rispetto da parte degli stessi Stati dei valori comuni sanciti nell'art. 2 TUE, in particolare dello Stato di diritto, e dei principi tutelati nella Carta dei diritti fondamentali ma anche, e più in generale, dei grandi obiettivi dell'Unione. Da qui l'idea di ricorrere in questi casi, in chiave tanto preventiva che reattiva, alla leva finanziaria: di condizionare, cioè, l'erogazione dei fondi dell'Unione al rispetto di quei valori e di quei diritti⁶⁶.

Nel quadro della governance economica, il Ciclo del Semestre europeo può infatti portare all'adozione di raccomandazioni specifiche per paese su questioni macroeconomiche e strutturali rispetto alle quali si rendono necessarie riforme riguardanti i sistemi giudiziari, la lotta alla corruzione, e la qualità e l'inclusività del processo legislativo. Anche il dispositivo per la ripresa e resilienza (*Recovery and Resilience Facility*)⁶⁷ comporta che, per garantire la tutela degli interessi finanziari dell'Unione e l'istituzione di sistemi di controllo adeguati, i piani nazionali per la ripresa e la resilienza prevedano misure direttamente connesse a questioni relative allo Stato di diritto (traguardi e obiettivi), il cui conseguimento soddisfacente è necessario per sbloccare i pagamenti a titolo del dispositivo stesso⁶⁸.

⁶⁵ Da ultimo v., comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Relazione sullo Stato di diritto 2023*, COM (2023) 800final.

⁶⁶ In argomento v. M. FISICARO, *Beyond the Rule of Law Conditionality: Exploiting the EU Spending Power to Foster the Union's Values*, in EP, vol. 7, n. 2, 2022, p. 697 ss.; C. LADENBURGER, Y. MARINOVA, J. TOMKIN, *Institutional Report*, in *Mutual Trust, Mutual Recognition and the Rule of Law*, The XXX Fide Congress in Sofia, vol. 1, 2023, p. 95 ss.

⁶⁷ Regolamento (EU) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza. V., inoltre, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Due anni di dispositivo per la ripresa e la resilienza uno strumento peculiare al centro della trasformazione verde e digitale dell'UE*, COM (2023) 99final.

⁶⁸ Con la decisione di esecuzione (UE) (ST 9728/22 INIT; ST 9728/22 ADD 1), del 17 giugno 2022, il Consiglio ha approvato la valutazione positiva da parte della Commissione del piano per la ripresa e la resilienza della Polonia. Tra i traguardi da raggiungere prima dell'erogazione dei pagamenti nell'ambito del dispositivo la decisione indica una riforma del sistema giudiziario che rafforzi l'indipendenza e l'imparzialità degli organi giurisdizionali, specificando che «la Polonia dovrebbe rispettare tali traguardi prima della presentazione della prima richiesta di pagamento e nessun pagamento nell'ambito del dispositivo può essere effettuato prima di averli conseguiti». Il Parlamento europeo, considerato che «in Polonia la

Inoltre, all'esito del negoziato sul piano finanziario pluriennale 2021-2027 sono stati previsti ulteriori, più specifici, strumenti di condizionalità finanziaria.

Per la protezione del bilancio europeo in caso di violazioni dei principi dello Stato di diritto negli Stati membri è stato infatti adottato il regolamento 2020/2092⁶⁹, il quale introduce un regime generale di condizionalità allo

situazione dello Stato di diritto è peggiorata e l'indipendenza della magistratura continua a destare serie preoccupazioni, come risulta anche da diverse sentenze della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo», ha però criticato, ad ampia maggioranza, la decisione (v. risoluzione del Parlamento europeo, del 9 giugno 2022, sullo Stato di diritto e la potenziale approvazione del piano nazionale di ripresa (PNR) polacco (2022/2703(RSP)). Il 29 febbraio 2024, a seguito delle riforme che il nuovo Governo polacco ha cominciato ad apportare, la Commissione ha deciso di sbloccare i fondi del RRF (v. European Commission – Press release, IP/24/1222) e quelli a valere sui fondi di coesione sospesi in forza del regolamento (UE) 2021/1060 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 giugno 2021, recante le disposizioni comuni applicabili al Fondo europeo di sviluppo regionale, al Fondo sociale europeo Plus, al Fondo di coesione, al Fondo per una transizione giusta, al Fondo europeo per gli affari marittimi, la pesca e l'acquacoltura, e le regole finanziarie applicabili a tali fondi e al Fondo Asilo, migrazione e integrazione, al Fondo Sicurezza interna e allo Strumento di sostegno finanziario per la gestione delle frontiere e la politica dei visti, su cui v. *infra* p. 277 nota 72.

Nonostante la situazione dello Stato di diritto in Ungheria presenti forti criticità, anche il PNRR ungherese è stato approvato (decisione di esecuzione (UE) (ST 15447/22 INIT; ST 15447/22 ADD 1) del Consiglio, del 15 dicembre 2022, relativa all'approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza dell'Ungheria) con l'impegno di raggiungere 27 super-obiettivi per garantire la tutela degli interessi finanziari dell'Unione contro abusi sullo Stato di diritto.

⁶⁹ Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092, cit. Come è noto l'adozione del regolamento ha avuto un percorso accidentato a causa, prima, dell'opposizione della Polonia e dell'Ungheria le quali, allo scopo di impedirne l'approvazione, hanno boicottato l'intero negoziato finanziario, e poi, finalmente sbloccata l'impasse con le conclusioni del Consiglio europeo del dicembre 2020 ed entrato in vigore il regolamento, ne hanno contestato la validità davanti alla Corte di giustizia. Con le sentenze *Ungheria/Parlamento e Consiglio*, C-156/21, sopra citata e *Polonia/Parlamento e Consiglio*, C-157/21, sopra citata rese in seduta plenaria, la Corte ha ritenuto il regolamento pienamente legittimo, respingendo tutti i motivi di ricorso. Sulla vicenda v., P. MORI, *La Corte di giustizia conferma la legittimità del regolamento sulla condizionalità finanziaria. L'Italia, unico tra gli Stati fondatori, non interviene*, in AA.VV., *Quaderni AISDUE*, n. 1, Napoli, 2022, p. 391 ss.; B. NASCIBENE, *Stato di diritto, bilancio e Corte di giustizia*, in *EJ*, n. 2, 2022; L. PECH, *No More Excuses. The Court of Justice greenlights the rule of law conditionality mechanism*, in *verfassungsblog.de*, 16 February 2022; F. PERILLO, *Il rispetto dello "Stato di diritto europeo" alla luce delle sentenze Ungheria e Polonia sulla clausola di condizionalità finanziaria. Quali prospettive?*, in AA.VV., *Quaderni AISDUE*, n. 1, Napoli, 2022, p. 407 ss.

scopo di assicurare una reazione efficace contro violazioni sistemiche dello Stato di diritto⁷⁰. Adottato sulla base dell'art. 322 TFUE, il regolamento presuppone, per la sua applicazione, che tali violazioni «compromett[ano] o rischi[X]no seriamente di compromettere in modo sufficientemente diretto la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o la tutela dei suoi interessi finanziari» (art. 4, par. 1). Ciò può ad esempio verificarsi quando, nello Stato membro interessato, manchi o venga impedito un effettivo controllo giurisdizionale da parte di organi giurisdizionali indipendenti sull'uso non fraudolento di fondi europei attribuitigli. In queste eventualità la Commissione e il Consiglio possono arrivare alla sospensione parziale o totale dell'erogazione dei contributi a valere sullo Stato responsabile.

Il regolamento sulla condizionalità finanziaria è stato poi affiancato, nel 2021, dal regolamento sulle disposizioni comuni (CPR) che si applica agli otto Fondi europei sottoposti a regime di gestione concorrente⁷¹. Il regolamento sostituisce il sistema della condizionalità *ex ante* prevista dal precedente regime con un sistema di tipo proattivo, per cui la concessione dei fondi delle politiche di coesione è condizionata al rispetto di una serie di prerequisiti normativi e strutturali che devono essere posseduti dagli Stati membri beneficiari prima della programmazione e durante tutta la fase dell'attuazione. A questo scopo il regolamento prevede condizioni abilitanti tematiche e condizioni abilitanti orizzontali applicabili in via generale. Tra queste ultime assume un rilievo particolare la clausola prevista nell'art. 9, ai sensi della quale «in sede di attuazione dei fondi, gli Stati membri e la Commissione garantiscono il rispetto dei diritti fondamentali e la conformità alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»⁷².

⁷⁰ Il regolamento prevede che le misure sono adottate dal Consiglio a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, alla quale spetta la vigilanza preventiva sui comportamenti degli Stati membri (art. 6), e possono portare alla sospensione totale o parziale dell'erogazione dei versamenti previsti allo Stato responsabile (art. 5). Il regolamento è stato applicato per la prima volta nei confronti dell'Ungheria; il 18 settembre 2022 la Commissione ha infatti adottato una proposta di decisione che è poi stata adottata dal Consiglio (decisione di esecuzione (UE) 2022/2506 del Consiglio, del 15 dicembre 2022, relativa a misure di protezione del bilancio dell'Unione da violazioni dei principi dello Stato di diritto in Ungheria). La decisione sospende il 55% degli impegni di bilancio nell'ambito dei fondi di coesione (6,3 miliardi), richiede numerose riforme nei settori degli appalti pubblici, dell'azione penale, del conflitto di interessi, della lotta alla corruzione e dei trust di interesse pubblico.

⁷¹ Regolamento (UE) 2021/1060, cit.

⁷² Il regolamento ha finora avuto applicazione nei confronti di Polonia, Ungheria e Cipro, v. F. BACCINI, *La Commissione Ue ha sospeso i pagamenti a Polonia, Ungheria e Cipro per possibili violazioni dei diritti umani*, in www.eunews.it/2023/02/06/fondi-ue-congelati-polo

6. *Brevi considerazioni conclusive*

Gli strumenti passati brevemente in rassegna hanno evidentemente ambiti di applicazione, modalità di funzionamento e producono effetti diversi, ma sono tutti accomunati dall'obiettivo, diretto o indiretto, di promuovere e tutelare il rispetto dei valori fondamentali sanciti nell'art. 2 TUE.

Così mentre il regolamento generale del 2020 presuppone l'esistenza di una situazione che configura una violazione dello Stato di diritto tale da compromettere la sana gestione del bilancio dell'Unione, gli altri atti menzionati hanno la funzione di promuovere e garantire i diritti fondamentali e i grandi obiettivi della stessa Unione, come la politica sociale e l'ambiente⁷³, i quali, pur non essendo espressamente elencati tra i valori contenuti nell'art. 2, sono collocati dall'art. 3, par. 3, TUE tra le componenti dello sviluppo sostenibile. E del resto la Carta dei diritti fondamentali contiene un Titolo IV, dedicato alla Solidarietà, in cui sono enunciati i diritti sociali e il principio di tutela dell'ambiente.

In conclusione, l'insieme delle procedure di controllo delle politiche di bilancio nazionali e degli strumenti finanziari dell'Unione mette a disposizione delle istituzioni europee mezzi di pressione incisivi e in grado di orientare gli Stati membri a realizzare le riforme necessarie e funzionali al rispetto dei valori comuni e all'effettività delle politiche dell'Unione. Basti pensare che la Commissione è stata in grado di bloccare più di 28 miliardi di fondi europei destinati all'Ungheria seguendo le tre strade del PNRR, del regolamento sulla condizionalità finanziaria e di quello sulle disposizioni comuni. E anche nei confronti della Polonia sono stati congelati i fondi del PNRR in attesa delle necessarie riforme della giustizia, mentre la Commissione ha sospeso l'erogazione dei rimborsi delle richieste di pagamento di vari pro-

nia-ungheria-cipro/.

⁷³ Si vedano, a questo proposito, anche le clausole di condizionalità ambientale e di condizionalità sociale (condizioni di lavoro e sicurezza dei lavoratori agricoli) previste, nel quadro della Politica agricola comune, dal regolamento (UE) 2021/2115 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 2 dicembre 2021, recante norme sul sostegno ai piani strategici che gli Stati membri devono redigere nell'ambito della politica agricola comune (piani strategici della PAC) e finanziati dal Fondo europeo agricolo di garanzia (FEAGA) e dal Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR) e che abroga i regolamenti (UE) n. 1305/2013 e (UE) n. 1307/2013 (articoli 12 ss.).

grammi operativi nazionali di alcuni Fondi europei in quanto non è soddisfatta la condizione abilitante generale sull'effettiva applicazione della Carta dei diritti fondamentali.

E tuttavia, non ci si può nascondere che, ancora una volta, anche la gestione di questi strumenti finanziari resta sempre e in ultima analisi condizionata dalle circostanze politiche e dalle valutazioni degli Stati membri⁷⁴.

⁷⁴ Allo scopo di convincere il Governo ungherese a non opporsi all'apertura dei negoziati di adesione dell'Ucraina, la Commissione ha deciso di sbloccare i fondi che erano stati congelati, ai sensi del citato regolamento 2021/1060, a causa del mancato raggiungimento degli standard di indipendenza della magistratura, v. decisione, del 13 dicembre 2023, C(2023) 9014final/2. S. TECZÁR, *Why the EU silence on why Orban's 10bn was unblocked?*, in *euobserver*, 26 February 2024, www.euobserver.com/opinion/158136. Il Parlamento europeo ha deciso di ricorrere alla Corte di giustizia per l'annullamento della decisione, v. www.euractiv.it/section/capitali/news/il-controllo-democratico-dellue-e-sotto-esame-il-parlamento-fa-causa-alla-commissione-per-lungheria.

Abstract (ita)

Il lavoro affronta la questione della funzione e della portata della clausola identitaria sancita nell'art. 4, par. 2, TUE alla luce delle tensioni tra le rivendicazioni delle giurisdizioni nazionali, supreme o costituzionali, e il ruolo della Corte di giustizia come giudice ultimo del diritto dell'Unione. Viene esaminata l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia sui valori fondamentali comuni, tra cui in particolare il principio dello Stato di diritto, alla luce della clausola identitaria e del principio di leale cooperazione, valori che la Corte ha stabilito costituire l'identità dell'Unione quale ordinamento giuridico comune. Infine, il lavoro esamina il quadro degli strumenti giuridici, politici e finanziari, posti a difesa dei valori fondamentali comuni.

Abstract (eng)

The paper deals with the question of the nature and scope of the identity clause provided for in Article 4, (2), TEU in the light of the tensions between the national higher or constitutional Courts and the Court of Justice. The analysis of the ECJ case law highlights that the common values provided for in Article 2 TUE constitute the identity of the Union as a common legal order and that they are closely linked to the identity clause and the principle of sincere cooperation. Finally, the framework of legal, political and financial instruments put in place to defend common fundamental values is examined.

I VALORI DELL'UNIONE NEI GIUDIZI NAZIONALI: STATO DI DIRITTO E RINVIO PREGIUDIZIALE

Luigi Daniele*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Primo gruppo: rinvii pregiudiziali in cui gli attori del giudizio principale non appartengono alla magistratura. – 3. Secondo gruppo: rinvii pregiudiziali in cui gli attori del giudizio principale sono membri della magistratura. – 4. Terzo gruppo: rinvii pregiudiziali in cui gli attori del giudizio principale non hanno interesse al rinvio. – 5. *Segue*: i casi romeni. – 6. I ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU. – 7. I rinvii pregiudiziali la cui ricevibilità è stata contestata. – 8. Osservazioni conclusive.

1. *Introduzione*

È noto che un numero molto elevato delle cause che hanno chiamato la Corte di giustizia a pronunciarsi sul rispetto dello Stato di diritto da parte degli Stati membri è giunto attraverso rinvii pregiudiziali ai sensi dell'art. 267 TFUE. La maggior parte di questi, se non tutti, hanno riguardato quel particolare profilo rappresentato dal diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo, in particolare, il diritto di accedere ad un giudice indipendente, imparziale e precostituito per legge oltre che ad un processo equo.

Limitandoci alle cause che finora sono state decise dalla Corte, si tratta di una ventina di decisioni, adottate in un periodo abbastanza breve. Infatti, la prima sentenza che si è riferita al problema, aprendo la strada all'ampia utilizzazione dell'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE, è stata la ben nota sentenza *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (nota anche come *ASJP*), che è dell'inizio del 2018¹.

Successivamente, in parallelo con le varie iniziative intraprese dalla Commissione contro la Polonia in relazione alla riforma del sistema giudiziario introdotta in quel Paese², sono seguite numerose sentenze emesse a titolo

* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata".

¹ Corte giust. 27 febbraio 2018, C-64/16.

² Per uno sguardo generale sulle riforme illiberali approvate in Polonia v., tra i molti, A. WÓJCIK, *Memory Laws, Rule of Law, and Democratic Backsliding: The Case of Poland*, in *The*

pregiudiziale, partendo dalla *A.K.* (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema) del 2019³, arrivando alla *Krajowa Rada Sądownictwa* (Mantenimento in servizio di un giudice), che è appena del dicembre del 2023⁴.

Tra queste, se ne annoverano alcune che riguardano sempre la contestata riforma in Polonia ma sotto lo specifico profilo dell'esecuzione di un mandato di arresto europeo emesso in quello Stato, cominciando dalla *Minister for Justice and Equality* (Carenze del sistema giudiziario), che è del 2018⁵.

In questo stesso periodo e nella stessa ottica, la giurisprudenza ha cominciato ad occuparsi, sempre a titolo pregiudiziale, della legislazione di altri Stati membri. In particolare, molti rinvii pregiudiziali hanno avuto ad oggetto alcune modifiche del sistema giudiziario introdotte in Romania⁶, dando vita ad una mezza dozzina di sentenze: da quelle *Asociația «Forumul»*⁷ e *Eurobox Promotion*⁸, entrambe del 2021, alla seconda sentenza *Asociația «Forumul»* che è appena del settembre dell'anno scorso⁹.

A queste vanno aggiunte la sentenza *Repubblika*¹⁰, che riguarda la normativa di Malta sulla nomina dei giudici, la sentenza *IS* (Illégalité de l'ordonnance de renvoi)¹¹ che ha ad oggetto diversi profili della disciplina in vigore in Ungheria in materia di ordinamento giudiziario¹² e, infine, la sentenza

Journal of Illiberalism Studies, vol. 3, n. 3, 2023, p. 71 ss.; P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *federalismi.it*, n. 8, 2020, p. 165 ss.; T. DRINÓCZI, A. BIEŃ KACAŁA, *Illiberal Constitutionalism: the case of Hungary and Poland*, in *GLJ*, vol. 20, n. 8, 2019, p. 1140 ss. Sulle varie iniziative intraprese dalle istituzioni v. N. LAZZERINI, *Le recenti iniziative delle istituzioni europee nel contesto della crisi dello Stato di diritto in Polonia: prove di potenziamento degli "anticorpi" dei Trattati?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2018, p. 1 ss.

³ Corte giust. 19 novembre 2019, C-585/18, C-624/18 e C-625/18.

⁴ Corte giust. 21 dicembre 2023, C-718/21.

⁵ Corte giust. 25 luglio 2018, C-216/18 PPU.

⁶ Per uno sguardo generale sulle riforme illiberali in Romania v. N. HOGIC, *Supremacy of EU law and judicial independence in Romania*, in *Diritti Comparati*, 7 marzo 2022; E. TĂNĂȘESCU, B. SELEJAN-GUTAN, 'A Tale of Primacy: The ECJ Ruling on Judicial Independence in Romania', in *verfassungsblog.de*, 2 June 2021, disponibile online.

⁷ Corte giust. 18 maggio 2021, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19.

⁸ Corte giust. 21 dicembre 2021, C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 e C-840/19.

⁹ Corte giust. 7 settembre 2023, C-216/21.

¹⁰ Corte giust. 20 aprile 2021, C-896/19.

¹¹ Corte giust. 23 novembre 2021, C-564/19.

¹² Sul confronto della situazione in Ungheria rispetto a quella polacca v. i richiami *supra*, nota 2.

*Land Hessen*¹³ che esamina, sotto l'angolo della indipendenza, la normativa di quel Land tedesco riguardante i giudici amministrativi.

In termini numerici, pertanto, l'utilizzo del rinvio pregiudiziale come via "giurisdizionale" percorribile per assicurare il rispetto dello Stato di diritto da parte degli Stati membri, è stato molto ampio. Confrontandolo al ricorso di inadempimento, anch'esso utilizzato allo stesso fine ma solo in un numero ristretto di occasioni¹⁴, l'art. 267 TFUE ha dato frutti ben maggiori.

Certo, ciò è dipeso dalla "durata" dei due procedimenti, che è molto diversa. Gli inevitabili passaggi previsti dall'art. 258 o, ancora peggio, dall'art. 259 TFUE, consentono un dialogo precontenzioso con lo Stato membro in questione, dialogo che, tuttavia, "consuma" mesi e mesi, fino al momento in cui viene presentato il ricorso alla Corte di giustizia e, ancora più tardi, a quello in cui viene emessa, finalmente, la sentenza.

Alla naturale lentezza del procedimento previsto dai Trattati, va poi aggiunto che, proprio in materia di rispetto dello Stato di diritto, le istituzioni hanno via via definito ulteriori strumenti di dialogo con lo Stato membro interessato. Ci si riferisce, soprattutto, al meccanismo previsto dal "Nuovo quadro dell'UE per lo Stato di diritto", meccanismo che precede e vorrebbe evitare l'eventuale avvio del vero e proprio ricorso d'inadempimento, ma che causa inevitabilmente ulteriori tempi "morti"¹⁵.

Tenendo infine conto del fatto che l'avvio del procedimento di inadempimento, la tempistica del suo svolgimento e la stessa presentazione del ricorso alla Corte di giustizia dipendono dalle scelte discrezionali del-

¹³ Corte giust. 9 luglio 2020, C-272/19.

¹⁴ Senza contare le numerose ordinanze cautelari, al momento la Corte ha emesso soltanto le seguenti sentenze: 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione/Polonia* (Indépendance de la Cour suprême); 5 novembre 2019, C-192/18, *Commissione/Polonia* (Indépendance des juridictions de droit commun); 15 luglio 2021, C-719/19, *Commissione/Polonia* (Régime disciplinaire des juges).

¹⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, dell'11 marzo 2014, COM (2014) 158final. Sulla comunicazione v. M. PARODI, *L'Unione europea nel ruolo di garante dello Stato di diritto. Prime riflessioni sul nuovo quadro giuridico introdotto dalla Commissione europea*, in *federalismi.it*, n. 19, 2014, p. 1 ss.; R. PALLADINO, *Il "nuovo quadro" dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto: un contrappeso ai limiti di applicazione della Carta ex art. 51?*, in *SIDIBlog*, maggio 2014. In generale sul Nuovo quadro nonché sugli strumenti "alternativi" a quelli previsti dai Trattati, v. A. FESTA, *Lo Stato di diritto nello spazio europeo. Il ruolo dell'Unione europea e delle altre organizzazioni internazionali*, Napoli, 2021, p. 138 ss.; A. CIRCOLO, *Il valore dello Stato di diritto nell'Unione europea. Violazioni sistemiche e soluzioni di tutela*, Napoli, 2023, p. 145 ss.

la Commissione, si comprende come il ricorso per inadempimento sia uno strumento che non è in grado di pervenire in tempi rapidi ad una pronuncia, nonostante si tratti di questioni che invece lo richiederebbero.

Lo strumento del rinvio pregiudiziale, invece, presenta il vantaggio, come tutti sanno, di permettere al giudice nazionale, il quale, nell'ambito di una causa rientrante nelle sue competenze, sospetti di essere in presenza di una lesione del diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo, di rivolgersi direttamente alla Corte di giustizia e di chiedere ad essa se i suoi sospetti siano fondati o meno. La disponibilità di un tale meccanismo a favore dei giudici nazionali consente pertanto di ottenere, in tempi abbastanza rapidi¹⁶, una risposta che, come sappiamo, vincola, in primo luogo, il giudice del rinvio, ma assume un valore generale, vista la natura puramente interpretativa delle sentenze pregiudiziali emesse in tale contesto¹⁷.

Ciò spiega come mai le pronunce di questo tipo non soltanto siano molto più numerose di quelle di inadempimento ma anche riguardino aspetti e addirittura Stati membri nei cui confronti ancora manca una sentenza del secondo tipo. Per di più, le sentenze pregiudiziali anticipano, talvolta, le conclusioni alle quali arrivano, in un secondo momento, anche le sentenze di inadempimento. È questo il caso della sentenza *A.K.*, in cui la Corte prende posizione sulla Sezione disciplinare della Suprema Corte polacca, tacciandola di organo non indipendente, posizione poi confermata nella sentenza sul secondo caso *Commissione/Polonia* (*Régime disciplinaire des juges*).

Considerato l'ampio utilizzo del rinvio pregiudiziale come via, potrem-

¹⁶ Va ricordato in proposito che molte volte il giudice di rinvio ha presentato istanza perché la Corte si pronunci con procedimento accelerato ai sensi dell'articolo 105, del regolamento di procedura, istanza una sola volta accolta dalla Corte (*A.K.*, sopra citata, punto 54), ma più spesso respinta (v., ad es., Corte giust. 6 ottobre 2021, C-487/19, *W.Ż.*, punto 52 ss.; 22 marzo 2022, C-508/19, *Prokurator Generalny*, punto 35 ss., e, talvolta, "sostituita" con il trattamento della causa in via prioritaria ai sensi dell'art. 53 del regolamento di procedura (v., ad es., Corte giust. 2 marzo 2021, C-824/18, *A.B. e a.*, punto 53 ss.; 13 luglio 2023, C-615/20 e C-671/20, *YP e a.*, punto 31 ss.). Caso a parte costituiscono le sentenze relative all'esecuzione di mandati di arresto europei, in cui la Corte, in ragione del fatto che la persona ricercata si trovava in stato di detenzione, ha concesso il procedimento pregiudiziale d'urgenza ai sensi dell'art. 107 del regolamento di procedura: es. Corte giust. 22 febbraio 2022, C-562/21 PPU e C-563/21 PPU, *Openbaar Ministerie* (Tribunal établi par la loi dans l'Etat d'émission), punto 32 ss.

¹⁷ Sulla "portata" delle sentenze pregiudiziali in generale, v., le due recenti monografie sull'argomento: A. CORRERA, *Natura ed effetti delle sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia*, Napoli, 2023; E. CIMIOTTA, *L'ambito soggettivo di efficacia delle sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia dell'Unione europea*, Torino, 2023.

mo dire, privilegiata per ottenere una pronuncia da parte della Corte di giustizia a tutela dello Stato di diritto e dell'indipendenza dei giudici, diventa interessante esaminare "come" tali rinvii pregiudiziali siano arrivati alla Corte. Si tratta di interrogarsi sul tipo di azioni proposte dinanzi ai giudici nazionali, in maniera da indurli a rivolgersi alla Corte in questa materia e, soprattutto, chi fossero le parti che hanno promosso tali azioni e quali interessi fossero perseguiti dalle parti e dallo stesso giudice del rinvio.

Come si vedrà, nelle cause pregiudiziali riguardanti lo Stato di diritto e l'indipendenza dei giudici sono stati coinvolti soggetti e interessi di tipo diverso.

In alcuni casi le persone, i cui diritti il rinvio mira a tutelare, sono estranei all'apparato giudiziario dello Stato membro in discussione ("primo gruppo") (v. *infra*, par. 2).

La maggior parte dei rinvii pregiudiziali, invece, a partire dal caso *A.K.*, sono originati da azioni proposte da giudici o pubblici ministeri che, rivolgendosi ad altri giudici dello stesso apparato giudiziario, mirano a contestare alcuni aspetti delle riforme del sistema giudiziario nazionale introdotte, negli ultimi anni, nello stesso Stato membro cui appartengono ("secondo gruppo") (v. *infra*, par. 3).

In un ultimo tipo di casi, addirittura, è lo stesso giudice che, adito da un soggetto estraneo al sistema giudiziario statale in discussione, mette in dubbio, attraverso il rinvio pregiudiziale, la propria rispondenza ai requisiti imposti dal diritto in questione o quella di altri giudici che, però, sono intervenuti sulla stessa vicenda ("terzo gruppo") (v. *infra*, parr. 4 e 5).

Alcune di queste situazioni, come si vedrà, si riscontrano anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. In particolare, numerosi sono infatti i ricorsi individuali che presentano una certa analogia rispetto ai casi del secondo gruppo. Essi sono stati, infatti, proposti da giudici polacchi per denunciare una violazione dell'art. 6 CEDU causata dalla applicazione, nei loro confronti, di taluni aspetti delle stesse riforme dell'ordinamento giudiziario nazionale esaminate anche dalla Corte di giustizia. L'allineamento delle due Corti in merito a tali questioni è dimostrato dai numerosi riferimenti "incrociati" che si trovano nelle sentenze dell'una rispetto alle pronunce dell'altra e viceversa (v. *infra*, par. 6).

È interessante, in questo contesto, rilevare come le numerose e quasi "rituali" eccezioni di ricevibilità e di incompetenza sollevate dai Governi coinvolti ovvero dagli organi ad essi legati, siano state, per lo più, respinte. Le decisioni di accoglimento di eccezioni del genere riguardano casi molto particolari e di numero limitato, il che dimostra come la Corte abbia assunto

un atteggiamento “aperto” rispetto all'utilizzazione del rinvio pregiudiziale nei contesti appena descritti. In questa prospettiva, rientra anche l'ultimo dei casi sinora registrati di sentenza pregiudiziale che affronta problemi legati alla riforma polacca¹⁸, in cui l'irricevibilità è il frutto di una iniziativa della Corte stessa (v. *infra*, par. 7).

Dopo aver descritto le varie tipologie di rinvio pregiudiziale che riguardano il problema dell'indipendenza del giudice e dell'equità del giudizio, sarà possibile svolgere alcune considerazioni conclusive per mettere in luce le particolarità e anche i dubbi che l'utilizzazione della competenza pregiudiziale nei casi descritti solleva (v. *infra*, par. 8).

2. *Primo gruppo: rinvii pregiudiziali in cui gli attori del giudizio principale non appartengono alla magistratura*

Nel presente paragrafo, esamineremo casi di rinvii pregiudiziali in materia di indipendenza e imparzialità dei giudici che appaiono come diretti unicamente o principalmente a tutelare i diritti di persone coinvolte nei giudizi principali ma che non rivestono esse stesse la qualifica di giudici.

Tale caratteristica si riscontra senz'altro nei tre casi che hanno interessato l'esecuzione di mandati d'arresto europei emessi in Polonia, in relazione alle carenze sistemiche e generalizzate, da più parti denunciate, circa l'indipendenza dei giudici di quello Stato membro¹⁹.

In effetti, i rinvii pregiudiziali sono stati decisi, in tutti e tre i casi, da giudici di un diverso Stato membro (rispettivamente, l'Irlanda e i Paesi Bassi). A questi giudici, le autorità polacche si erano rivolte, chiedendo di dare esecuzione ai mandati d'arresto europei emessi nei confronti di soggetti ricercati per l'esercizio dell'azione penale e, in un unico caso, ai fini dell'esecuzione di una pena privativa della libertà²⁰.

I giudici del rinvio erano pertanto del tutto estranei alle vicende che avevano riguardato la magistratura polacca e si erano rivolti alla Corte di giustizia soltanto nell'ottica di salvaguardare il diritto fondamentale delle persone ricercate ad un rimedio giurisdizionale effettivo, in particolare,

¹⁸ *Krajowa Rada Sądownicwa*, sopra citata.

¹⁹ Si tratta delle seguenti sentenze: *Minister for Justice and Equality*, sopra citata; Corte giust. 17 dicembre 2020, C-354/20 PPU e C-412/20 PPU, *Openbaar Ministerie* (Indépendance de l'autorité judiciaire d'émission); *Openbaar Ministerie* (Tribunal établi par la loi dans l'Etat d'émission), sopra citata.

²⁰ *Openbaar Ministerie* (Tribunal établi par la loi dans l'Etat d'émission), sopra citata.

ad essere giudicate da un giudice indipendente e precostituito per legge e nell'ambito di un giudizio equo.

Presenta alcuni tratti comuni con i casi appena descritti, il caso esaminato dalla sentenza *Repubblika*.

Dinanzi alla Prima Sezione del Tribunale civile, in veste di giudice costituzionale, viene proposta da *Repubblika*, associazione il cui oggetto è promuovere la tutela della giustizia e dello Stato di diritto a Malta, un'azione popolare contro il Primo ministro avente ad oggetto la conformità, in particolare, rispetto all'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE e all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, del vigente sistema di nomina dei giudici e dei pubblici ministeri. Tale sistema conferisce il potere di nomina al Primo ministro, che, però, deve ora consultare un Comitato per le nomine in magistratura. Secondo *Repubblika*, il sistema non offre sufficienti garanzie quanto alla indipendenza e all'imparzialità dei giudici così nominati.

Come nei casi relativi al mandato d'arresto europeo, anche nel caso ora descritto il diritto che, con il rinvio pregiudiziale, il giudice del rinvio intende tutelare è essenzialmente quello dei cittadini rappresentati da *Repubblika* ad essere giudicati da un giudice indipendente e imparziale. Tuttavia, a differenza dei casi relativi al mandato d'arresto europeo, il giudice del rinvio appartiene allo stesso sistema giudiziario messo in discussione. Ciò nonostante, a differenza dei casi che saranno esaminati in seguito, è difficile vedere nel rinvio nel caso *Repubblika* anche un "interesse di categoria". In effetti, qualora la risposta della Corte fosse stata nel senso auspicato da *Repubblika*²¹, l'intero sistema della magistratura maltese sarebbe entrato in crisi, con possibili conseguenze negative anche per i componenti del giudice del rinvio.

La presenza di un qualche "interesse di categoria" è invece rinvenibile nel caso romeno esaminato nella sentenza *Inspeçtia Judiciară*²².

In questo caso, *RI* presenta all'Ispettorato giudiziario alcuni esposti disciplinari contro i giudici e i pubblici ministeri che appartengono agli organi giudiziari interessati ai numerosi procedimenti penali di cui *RI* è stato oggetto. Gli esposti disciplinari vengono ripetutamente archiviati e i reclami contro tali decisioni respinti, in particolare da *NS*, ispettore capo dell'Ispet-

²¹ La risposta della Corte di giustizia è invece che l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE deve essere interpretato nel senso che esso «non osta a disposizioni nazionali che conferiscono al Primo ministro dello Stato membro interessato un potere decisivo nel processo di nomina dei giudici, prevedendo al contempo l'intervento, in tale processo, di un organo indipendente incaricato, segnatamente, di valutare i candidati ad un posto di giudice e di fornire un parere a tale Primo ministro» (punto 73, dispositivo 2).

²² Corte giust. 11 maggio 2023, C-817/21.

torato giudiziario. Dopo varie vicende, *RI* propone un'azione dinanzi alla Corte d'appello di Bucarest, giudice del rinvio, chiedendo l'annullamento di una ennesima archiviazione dei suoi esposti e il risarcimento dei danni subiti. Il giudice del rinvio chiede alla Corte di giustizia se il funzionamento dell'Ispettorato giudiziario e, in particolare, gli ampi poteri riconosciuti all'ispettore capo siano compatibili, tra l'altro, con gli artt. 2 e 19, par. 1, secondo comma, TUE.

In questo caso, il rinvio pregiudiziale ha l'obiettivo principale di tutelare il diritto di *RI* ad un giudice indipendente, essendo il sistema di indagini disciplinari, a sua volta, non indipendente e quindi incapace di esercitare il debito controllo per impedire abusi da parte dei giudici. Tuttavia, a differenza dei casi sul mandato di arresto europeo, il giudice del rinvio nel caso *Inspekția Judiciară* appartiene allo stesso apparato giudiziario in discussione. D'altra parte, in questo caso, a differenza del caso *Repubblika*, si può intravedere nel rinvio anche un interesse dell'intera categoria dei magistrati romeni. È questa intera categoria che avrebbe interesse a che il sistema delle sanzioni disciplinari loro applicabili sia indipendente, imparziale ed efficace.

Mette conto infine citare il caso *Getin Noble Bank*²³.

La causa riguarda il carattere abusivo di alcune clausole contenute in contratti di finanziamento conclusi da consumatori con una banca. Il giudice del rinvio, la Suprema Corte polacca in composizione di giudice monocratico, è chiamata a conoscere di un ricorso contro una sentenza della Corte d'appello. Riformando la sentenza di primo grado, la sentenza d'appello era stata sfavorevole ai consumatori. La Corte suprema, però, solleva d'ufficio il dubbio che la composizione della Corte d'appello non fosse conforme al diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo perché vi figuravano: *a*) una persona nominata giudice all'epoca del regime comunista e successivamente mantenuta in funzione sotto l'attuale regime e *b*) due persone che erano state nominate giudici su parere del Consiglio nazionale della magistratura (in seguito *KRS*), organo la cui mancanza di indipendenza era stata già accertata dalla Corte di giustizia.

Pur ammettendo che il rinvio pregiudiziale mirasse a tutelare il diritto dei consumatori a che il loro caso venisse esaminato da un giudice indipendente, la Corte suprema, tuttavia, persegue soprattutto un "interesse di categoria". Attraverso le sue questioni pregiudiziali, il giudice del rinvio intende, infatti, mettere in discussione l'appartenenza alla magistratura dei giudici nominati sotto il regime comunista e di quelli nominati su parere del

²³ Corte giust. 29 marzo 2022, C-132/20.

KRS “deviato”, sollevando così una questione che interessa l'intero apparato giudiziario polacco.

In conclusione, mentre in alcuni dei casi esaminati nel primo gruppo il rinvio ha l'obiettivo di assicurare la tutela del diritto individuale ad un rimedio giurisdizionale effettivo delle parti in causa, in altri è presente anche un interesse dell'intera categoria dei magistrati che, attraverso il rinvio alla Corte di giustizia, si intende proteggere.

3. *Secondo gruppo: rinvii pregiudiziali in cui gli attori del giudizio principale sono membri della magistratura*

Il secondo gruppo di rinvii si compone di quei casi in cui l'azione pendente dinanzi al giudice del rinvio viene proposta da persone che sono anche esse magistrati. Gli attori-giudici contestano determinati aspetti delle riforme del sistema giudiziario polacco o romeno che, affidando ad organi non indipendenti la competenza a decidere questioni riguardanti la carriera dei giudici, violerebbero il diritto di questi ultimi ad un rimedio giurisdizionale effettivo.

In questi casi, il diritto violato *in primis* è quello dello specifico giudice che propone l'azione dinanzi ad altro giudice, il quale poi effettua il rinvio pregiudiziale. Tuttavia, essendo l'azione avviata innanzi a organi che molto probabilmente non condividono la linea governativa e, anzi, vi si oppongono, i rinvii pregiudiziali sono rivolti anche a tutelare il diritto all'indipendenza dell'intero sistema giudiziario e quindi anche quello degli organi che effettuano il rinvio.

Il primo esempio di questo filone è costituito dal caso *A.K.*

A.K. e i suoi due colleghi, tutti giudici, contestano il provvedimento del Presidente della Repubblica che rigetta la loro domanda di permanere in servizio dopo il raggiungimento del 65° anno d'età. Il provvedimento impugnato dà seguito al parere negativo emesso al loro riguardo dal *KRS*, organo di cui *A.K.* e i suoi colleghi mettono in dubbio l'indipendenza, perché composto da membri nominati interamente dalla Camera bassa del Parlamento.

L'azione dei tre giudici è proposta dinanzi alla Sezione per il lavoro e la previdenza sociale della Suprema Corte, organo che, prima della riforma contestata, sarebbe stato competente per cause del genere, e non dinanzi alla Sezione disciplinare della stessa Suprema Corte, che, in base alla nuova normativa, avrebbe competenza esclusiva su cause simili. Infatti, secondo i giudici che hanno dato origine al giudizio principale, nemmeno la Sezione

disciplinare, essendo costituita da giudici nominati anch'essi dal Presidente della Repubblica su proposta del *KRS*, sarebbe un organo indipendente.

Non c'è dubbio che il rinvio pregiudiziale miri a tutelare il diritto fondamentale dei tre giudici ricorrenti ad un giudice indipendente. Nondimeno è evidente come anche il giudice del rinvio, la Sezione per il lavoro e la previdenza sociale, persegua un interesse generale della categoria dei magistrati: mettere in discussione tanto lo status del *KRS*, quanto quello della nuova Sezione disciplinare, ottenendo di ripristinare la competenza che, in passato, il giudice del rinvio aveva su cause del genere.

Uno schema analogo si ritrova nella sentenza sulla causa *A.B. e a.* (Nomina dei giudici alla Corte suprema – Ricorso)²⁴ e, con qualche variante, anche in quella sulla causa *W.Ž.* (Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche della Corte suprema – Nomina)²⁵. In entrambi i casi, si tratta di giudici che ricorrono dinanzi ad altri giudici, lamentando la violazione del proprio diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo.

Nel primo caso, il giudice del rinvio è la Corte suprema amministrativa, chiamata a pronunciarsi sul ricorso di numerosi ricorrenti (presumibilmente, giudici a loro volta) che impugnano la delibera del *KRS* perché non li ha proposti al Presidente della Repubblica per essere nominati alle funzioni di giudice della Suprema Corte. Il rinvio riguarda il fatto che, secondo la nuova normativa, la Corte suprema amministrativa non dispone più del potere di sospendere quel tipo di delibera e, quindi, non può impedire che diventi definitiva la nomina degli altri soggetti proposti dal *KRS* e successivamente, nominati dal Presidente della Repubblica come giudici della Suprema Corte. Pertanto, il ricorso al giudice amministrativo non costituirebbe, per i giudici esclusi dalla nomina, un rimedio giurisdizionale effettivo.

Anche in questo caso, il rinvio pregiudiziale mira, *in primis*, alla tutela dei ricorrenti ma, allo stesso tempo, ha un obiettivo comune alla categoria dei magistrati: estendere nuovamente il potere del giudice amministrativo, consentendogli di sospendere simili delibere.

Nel secondo caso, *W.Ž.*, giudice del Tribunale regionale di *K.*, trasferi-

²⁴ Nel caso *A.B.*, è il giudice del rinvio che, di fronte all'impugnazione da parte di un giudice la cui candidatura a giudice della Suprema Corte non è stata accolta dal Consiglio nazionale della magistratura, lamenta la non effettività dei propri poteri perché, secondo la nuova normativa, non dispone più del potere di sospendere le nomine nel frattempo deliberate.

²⁵ La Sezione civile della Corte Suprema è adita di un'azione di ricasazione presentata da un giudice di altro organo, contro i componenti della nuova Sezione del controllo straordinario e delle questioni pubbliche, che avrebbe dovuto esaminare il suo reclamo contro un trasferimento ad altra sezione deciso senza il suo consenso.

to, senza suo consenso, a sezione diversa da quella a cui apparteneva, impugnata dinanzi alla (anch'essa nuova) Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche della Suprema Corte (in seguito, la nuova Sezione), la delibera con cui il *KRS* aveva rigettato il reclamo contro il suo trasferimento. Parallelamente, *W.Ż.* presenta dinanzi alla Sezione civile della Suprema Corte istanza di ricusazione a carico di tutti i componenti della citata nuova Sezione, perché nominati con una procedura che non rispetta le disposizioni del diritto polacco e non garantisce la loro indipendenza. Infatti, la delibera del *KRS*, con cui sono stati nominati gli attuali giudici della nuova Sezione, era stata sospesa dalla Corte suprema amministrativa. Mentre il ricorso dinanzi alla Corte suprema amministrativa era ancora pendente, la nuova Sezione, in persona di un giudice nominato successivamente secondo la solita procedura, ha adottato un'ordinanza di rigetto dell'istanza di ricusazione di *W.Ż.* La Sezione civile della Suprema Corte, giudice del rinvio, interroga la Corte sul se deve considerare inesistente il rigetto dell'istanza di ricusazione. Qui, come nel caso *A.K.* esaminato precedentemente, è in gioco non solo il diritto individuale dell'attore-giudice ad un rimedio giurisdizionale effettivo contro il suo trasferimento ma anche il potere del giudice di rinvio a non considerarsi vincolato dalla decisione emessa da un altro giudice perché considerato non indipendente.

La stessa doppia funzione è presente, per quanto riguarda la Romania, in uno dei procedimenti riuniti ed esaminati congiuntamente nella sentenza *Euro Box Promotion*. Si tratta della causa C-547/19, in cui un giudice propone dinanzi alla Alta Corte di cassazione e di giustizia un ricorso per ottenere l'annullamento di una sanzione disciplinare adottata nei suoi confronti da un collegio costituito irregolarmente. L'irregolarità dipenderebbe dall'essere stato il collegio che ha deciso la sanzione composto in conformità alla sentenza della Corte costituzionale n. 685/18²⁶, sentenza che, a sua volta, sarebbe contraria al diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo.

In questo gruppo possiamo far rientrare anche la sentenza *ASJP* e le due sentenze *Asociația «Forumul»*. Nei casi affrontati nelle tre sentenze si trovano come parti ricorrenti associazioni rappresentative di giudici o di pubblici ministeri che agiscono dinanzi ai giudici competenti a nome dei loro aderenti. Esse lamentano che determinati aspetti delle rispettive normative nazionali violano il diritto ad un giudice indipendente²⁷. Ancora più che nei casi

²⁶ Curtea Constituțională (Corte costituzionale, Romania) sent. 7 novembre 2018.

²⁷ Nel caso *ASJP* si contesta l'assoggettamento dei giudici (nella specie, della Corte dei conti portoghese) alla riduzione dei trattamenti salariali decisi, nel quadro delle misure di austerità, dal Governo. Alcuni dei casi esaminati congiuntamente in *Asociația «Forumul» I*, sopra citata, riguardano ricorsi proposti da associazioni dei giudici e di pubblici ministeri

promossi da giudici in quanto individui, le azioni sindacali promuovono, pertanto, interessi di categoria e quindi anche dei componenti degli organi che effettuano il rinvio.

4. *Terzo gruppo: rinvii pregiudiziali in cui gli attori del giudizio principale non hanno interesse al rinvio*

Come si è già intuito, il terzo gruppo di casi che resta da esaminare è quello più problematico. Esso è composto da fattispecie in cui il rinvio pregiudiziale per violazione del diritto ad un giudice indipendente e a un processo equo mira a verificare se lo “stesso giudice del rinvio” o altro giudice che ha esaminato lo stesso caso nei gradi precedenti risponda ai requisiti che impone l’art. 19, par. 1, secondo comma, TUE, letto alla luce dell’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali. E questo senza che le parti private nel giudizio principale abbiano sollevato il problema o, addirittura, abbiano interesse a che il problema sia sollevato.

Il primo esempio di questo tipo di rinvii, in ordine di tempo, è dato dal caso esaminato dalla sentenza *Land Hessen*. Il giudice del rinvio, il Verwaltungsgericht Wiesbaden, oltre a interrogare la Corte di giustizia sulla questione che era effettivamente dibattuta dinanzi ad esso, solleva d’ufficio una seconda questione, chiedendo «se il giudice del rinvio sia un giudice indipendente e imparziale ai sensi dell’articolo 267 TFUE, in combinato disposto con l’articolo 47 [secondo comma della Carta]». Lamenta la dipendenza dei giudici amministrativi per molti aspetti della loro carriera e del loro trattamento, compresi, in particolare, la nomina, la valutazione e la promozione, dal Ministro della Giustizia in quello Stato.

Un secondo esempio è dato dal caso oggetto della sentenza *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim*²⁸.

contro varie misure adottate in Romania con riguardo *a*) al regime disciplinare della magistratura affidato all’Ispettorato giudiziario (C-83/19) nonché *b*) contro il regime applicabile ai casi di reati commessi da giudici o pubblici ministeri, affidato alla Sezione per le indagini sui reati commessi all’interno del sistema giudiziario (SIRG), presso la Procura generale della Alta corte di cassazione di giustizia (C-127/19, C-355/19). Entrambi i regimi metterebbero in discussione l’indipendenza dei giudici perché affidati ad organi non indipendenti. Infine, in *Asociația «Forumul» II*, sopra citata, si verte su un ricorso della stessa associazione del caso precedente, con il quale viene contestato il nuovo sistema di valutazione dei giudici ai fini del loro avanzamento di carriera. Il nuovo sistema si fonderebbe su valutazioni discrezionali e soggettive e conferirebbe un potere preponderante ai presidenti delle Corti d’appello, assoggettando i giudici ad un rapporto di tipo gerarchico e pregiudicando così la loro indipendenza.

²⁸ Corte giust. 16 novembre 2021, C-748/19 e C-754/19.

Il giudice del rinvio (Corte d'appello penale di Varsavia) è chiamato a pronunciarsi su sette cause penali ma dubita della *propria* indipendenza in ragione della presenza, nel collegio giudicante, di un giudice "distaccato" dal Ministro della Giustizia (che è anche, secondo la riforma, Procuratore generale). La presenza del giudice "distaccato" comprometterebbe l'indipendenza dell'intero collegio.

È difficile stabilire se il rinvio pregiudiziale, in questo caso, sia inteso a tutelare anche il diritto degli imputati nei giudizi principali ad essere giudicati da un giudice realmente indipendente. Dal testo della sentenza non risulta che gli imputati abbiano sollevato obiezioni contro la composizione del collegio giudicante. D'altronde, leggendo la sentenza, non sembra abbiano nemmeno partecipato al giudizio dinanzi alla Corte di giustizia.

Quel che è certo è che, col rinvio pregiudiziale, il giudice del rinvio intende difendere il suo diritto a che sia garantita la *propria* indipendenza dalle interferenze del potere esecutivo. Il rinvio pregiudiziale viene dunque utilizzato anche e, forse, soprattutto come arma per opporsi ad uno dei tanti aspetti contestati delle riforme introdotte in Polonia. In questo caso, si trattava del potere del Ministro della giustizia di modificare la composizione dei collegi giudicanti mediante l'inserimento di giudici "distaccati" di propria scelta, potere effettivamente esercitato nel caso di specie.

Uno schema simile si presenta nel primo dei due casi esaminati nella sentenza *Prokuratura Okręgowa w Warszawie* (Indipendenza dei giudici).

Il rinvio pregiudiziale è originato da un'azione penale a carico di 13 persone, istruita dal giudice *IT*, come organo monocratico. Il processo, molto vicino alla conclusione, dopo una lunghissima istruttoria, rischia di dover ricominciare da capo perché, nei confronti del giudice *IT*, viene aperta, su iniziativa del Procuratore generale/Ministro della giustizia, un'azione penale che porta alla sospensione di *IT*. Occorre precisare che il reato di cui *IT* è accusato consiste nell'aver autorizzato la presenza in aula degli organi di informazione.

Il rinvio pregiudiziale è giustificato dal dubbio che l'apertura da parte di un organo non indipendente come il Procuratore generale/Ministro della giustizia di un'azione penale nei confronti del giudice *IT* e la condanna dello stesso pronunciata da un organo anch'esso non indipendente come la Sezione disciplinare, pregiudichino l'indipendenza del giudice del rinvio, di cui *IT* fa parte come giudice unico, e violino il diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo.

Diversamente dal caso *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim*, nel caso ora esaminato il rinvio pregiudiziale sembra servire soltanto a tute-

lare l'indipendenza del giudice del rinvio. È probabile che, invece, gli imputati nel processo istruito dal giudice *IT*, il quale, probabilmente, aveva già mostrato un atteggiamento sfavorevole nei loro confronti, avessero interesse a che il loro caso venisse deciso da un giudice più "malleabile" e che il processo ricominciasse da capo, con il vantaggio che, nel frattempo, avrebbe potuto maturare la prescrizione.

5. Segue: *i casi romeni*

Alla stessa tipologia descritta nel paragrafo precedente rispondono alcuni casi di rinvio pregiudiziale provenienti da giudici della Romania.

Alcuni dei casi esaminati nella sentenza *Euro Box Promotion* riguardano ricorsi straordinari presentati dinanzi alla Alta Corte di cassazione e di giustizia da persone condannate per reati collegati con l'impiego di risorse europee, tra cui persone che, all'epoca dei fatti, ricoprivano cariche istituzionali (sindaci, membri del parlamento o ministri). I ricorrenti invocano *a*) l'illegittimità della composizione del collegio che li ha condannati, perché solo quattro giudici sono stati estratti a sorte e non l'intera composizione, come stabilito dalla Corte costituzionale in una precedente pronuncia²⁹ (C-357/19, C-840/19); *b*) l'utilizzazione di verbali di intercettazioni e la cui legittimità è stata negata da varie sentenze della Corte costituzionale³⁰ (C-379/19); *c*) la mancata specializzazione in casi di corruzione del collegio giudicante, contrariamente a quanto stabilito dalla legge e dalla Corte costituzionale³¹ (C-811/19, C-840/19). I ricorrenti chiedono, pertanto, la ripetizione dell'intero processo, probabilmente sperando che, nel frattempo, scatti la prescrizione.

In tutti questi casi, con l'eccezione dell'ultimo³², il rinvio pregiudiziale, contestando i *diktat* della Corte costituzionale, mira a proteggere l'indipendenza dei giudici del rinvio, non certo gli interessi delle persone oggetto delle condanne penali. Queste, infatti, con i ricorsi straordinari all'Alta Corte

²⁹ Curtea Constituțională n. 685/2018, sopra citata.

³⁰ Curtea Constituțională sent. 16 febbraio 2016, n. 51; 4 maggio 2017, n. 302 e 16 gennaio 2019, n. 26.

³¹ Curtea Constituțională sent. 3 luglio 2019, n. 417.

³² A differenza degli altri casi riuniti, il caso C-547/19 riguarda un giudice condannato per illecito disciplinare, il quale, se fosse accolta la sua richiesta che il collegio dell'Alta Corte di cassazione e di giustizia doveva essere composto da cinque giudici estratti a sorte e non solo quattro, come stabiliva la Corte costituzionale, potrebbe sperare in una maggiore imparzialità del collegio e quindi l'annullamento della condanna.

di cassazione e di giustizia, contrariamente a quanto auspicato dai giudici del rinvio, avrebbero voluto che le condanne venissero annullate e non confermate, cosa che sarebbe potuta avvenire, qualora la Corte avesse messo in discussione le varie sentenze della Corte costituzionale citate³³.

Anche nella sentenza *R.S.* (*Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle*)³⁴ si è in presenza di un rinvio pregiudiziale che non mira a tutelare i diritti della parte privata ma quelli del giudice del rinvio.

Il caso riguarda una denuncia proposta contro i giudici e i procuratori responsabili della condanna penale comminata a *R.S.*, marito della denunciante, accusandoli di abuso dello strumento giudiziario e di abuso d'ufficio. L'esame della denuncia veniva attribuita alla Sezione per le indagini sui reati commessi all'interno del sistema giudiziario (SIRG), presso la Procura generale della Alta Corte di cassazione e di giustizia, sezione speciale che dispone della competenza esclusiva per istruire i casi di illeciti penali a carico dei membri della magistratura.

Il procedimento principale, tuttavia, ha ad oggetto l'azione proposta da *R.S.* dinanzi la Corte d'appello di Craiova, lamentando la durata eccessiva dell'esame della denuncia proposta da sua moglie e chiedendo la fissazione di un termine «entro il quale il pubblico ministero investito della stessa denuncia debba pronunciarsi». Il giudice del rinvio ritiene che, per decidere su questa domanda, debba prima accertare che l'istituzione della Sezione speciale, con competenza esclusiva ad istruire azioni penali contro i membri della magistratura, sia conforme a quanto stabilito dalla Corte di giustizia nella prima sentenza *Asociația «Forumul»* circa le condizioni cui dovrebbe rispondere il sistema delle azioni disciplinari contro i giudici, per assicurare la loro indipendenza. Inoltre, fa presente che i giudici romeni sarebbero obbligati a seguire la sentenza n. 390/2021 della Corte costituzionale. Come è noto, in questa sentenza, la Corte costituzionale, ha indirettamente giudicato che la normativa sulla Sezione speciale non violerebbe il diritto dell'Unione, affermando che i giudici romeni non potrebbero disapplicare tale normativa né rivolgersi alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE, per valutarne la conformità con il diritto dell'Unione, pena il rischio di essere oggetto di un'azione disciplinare.

Il rinvio pregiudiziale nel caso *R.S.* ha chiaramente l'obiettivo di otte-

³³ In questo, il caso *Euro Box Promotion* presenta qualche analogia con il famoso caso *Taricco* (Corte giust. 8 settembre 2015, C-105/14, *Taricco e a.*). Come nel caso *Taricco*, anche nel caso *Euro Box Promotion*, il rinvio pregiudiziale ha l'obiettivo di ottenere un'interpretazione da parte del Corte di giustizia *in malam partem*.

³⁴ Corte giust. 22 febbraio 2022, C-430/21, *R.S.*

nere una sentenza della Corte di giustizia che giudichi la normativa sulla Sezione speciale come incompatibile con il diritto UE e imponga ai giudici romeni di disapplicarla. Un tale risultato sarebbe del tutto contrario agli interessi di *R.S.*, il quale, invece, avrebbe voluto che l'azione disciplinare contro i giudici e i procuratori che lo hanno condannato procedesse.

6. *I ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU*

Una volta mostrato come i rinvii pregiudiziali che hanno avuto ad oggetto il diritto ad un giudice indipendente non mirino soltanto alla protezione di un diritto individuale ma piuttosto alla contestazione da parte della magistratura di iniziative legislative che ne minino l'indipendenza, accenniamo ad un parallelo con quanto è successo sugli stessi temi nel sistema della CEDU.

Di fronte alla Corte di Strasburgo, sono stati infatti proposti ricorsi molto simili ai rinvii pregiudiziali da noi esaminati in precedenza, invocando la violazione dell'art. 6, par. 1, della CEDU. Tra questi può riscontrarsi una distinzione simile a quella che abbiamo tracciato per i rinvii pregiudiziali.

Alcuni di questi ricorsi erano opera di soggetti "privati", nel senso di soggetti non appartenenti al sistema giudiziario, e quindi riconducibili al primo gruppo esaminato nel par. 2.

Il più noto è il caso *Xero Flor/Polonia*³⁵, in cui veniva contestata una decisione del Tribunale costituzionale polacco sfavorevole al ricorrente. Il ricorrente faceva valere che la composizione del Tribunale stesso era illegittima alla luce della Costituzione polacca. Si riferiva, in particolare, alla presenza nel collegio di un giudice, il quale era stato eletto, insieme ad altri due, dalla Camera bassa del Parlamento durante l'Ottava legislatura, allorché i corrispondenti seggi erano già stati coperti da altri giudici, eletti dalla stessa Camera ma durante la Settima legislatura. L'elezione dei tre nuovi giudici era stata giudicata incostituzionale dallo stesso Tribunale costituzionale.

Altri ricorsi, invece, presentano una marcata analogia con quelli esaminati nel secondo gruppo (v. *supra*, par. 3). Essi sono stati promossi da giudici che lamentavano l'adozione nei loro confronti di provvedimenti che

³⁵ Corte EDU 7 maggio 2021, ric. n. 4907/18, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o./Polonia*. La Corte fa applicazione del precedente costituito da Corte EDU 1° dicembre 2020, ric. n. 26374/18, *Guðmundur Andri Ástráðsson/Islanda*, in merito ai criteri per stabilire se sussiste violazione del principio del giudice stabilito per legge.

violavano l'art. 6, par. 1, CEDU. Tra questi possono citarsi il caso *Dolińska – Ficek e Ozimek/Polonia* della prima sezione³⁶ e quello *Grzęda/Polonia* della Grande Camera³⁷.

Nel primo caso, giudici che aspiravano a essere nominati a cariche superiori erano stati “scartati” dal KRS. Il reclamo contro il provvedimento del Consiglio era stato respinto dalla nuova Sezione del controllo straordinario e sulle questioni pubbliche, nonostante che la nomina dei componenti della Sezione stessa fosse stata impugnata dinanzi alla Corte suprema amministrativa, che l'aveva sospesa.

Il caso è molto simile a quelli esaminati dalla Corte di giustizia a proposito dei casi *A.B.* e *W. Ż.* La differenza è che nel caso dinanzi alla Corte EDU era intervenuta una decisione della nuova Sezione, contro la quale non era prevista alcuna possibilità di impugnazione.

Nel secondo caso, invece, era un giudice, eletto come componente del KRS. In seguito alla riforma di tale organo, i componenti, tra cui la ricorrente, vengono dichiarati decaduti, nonostante che il loro mandato non fosse ancora scaduto. Anche in questo caso, il diritto polacco non prevedeva alcuna possibilità di impugnazione.

Come osservato in apertura, le pronunce della Corte EDU fanno ampio riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia descritta nei paragrafi precedenti. Particolarmente significativa è la rassegna di tale giurisprudenza contenuta nella sentenza sul caso *Grzęda/Polonia*³⁸.

Naturalmente anche la Corte di giustizia si è molto spesso richiamata alle sentenze della Corte di Strasburgo sull'art. 6 CEDU³⁹.

Non meraviglia, perciò, che le due Corti pervengano, nel merito, a conclusioni del tutto coincidenti. Si pensi alla Sezione disciplinare della Corte

³⁶ Corte EDU 8 novembre 2021, ric. nn. 49868/19 e 57511/19, *Dolińska-Ficek e Ozimek/Polonia*.

³⁷ Corte EDU 15 marzo 2022, ric. n. 43572/1815, *Grzęda/Polonia*. V. anche Corte EDU 22 luglio 2021, ric. n. 43447/19, *Reczkowicz/Polonia*, che riguardava un provvedimento disciplinare adottato dalla Sezione disciplinare della Suprema Corte a carico di un avvocato.

³⁸ Punto 148 ss. V. anche punto 100 ss., dove la Corte EDU si occupa della sentenza della Suprema Corte polacca che aveva dato seguito alla sentenza della Corte di giustizia nel caso *A.K.* Anche in *Reczkowicz/Polonia*, sopra citata, punto 161 ss., figura una rassegna della giurisprudenza della Corte di giustizia.

³⁹ V., ad esempio, i dettagliati riferimenti alla giurisprudenza della Corte EDU contenuti in *A.K.*, sopra citata, punto 126 ss.; in *W.Ż.*, sopra citata, punto 123 ss., in particolare punto 129, dove è citata Corte EDU sul caso *Guðmundur Andri Ástráðsson/Islanda*, e soprattutto in *Krajowa Rada Sądownictwa*, sopra citata, nel cui punto 45 la Corte di giustizia svolge un attento esame della sentenza della Corte EDU nel caso *Dolińska-Ficek e Ozimek*.

suprema polacca e alla successiva Sezione del controllo straordinario e delle questioni pubbliche, che vengono entrambe esaminate dalle due Corti. La Sezione disciplinare è censurata nella sentenza della Corte di giustizia sul caso *A.K.* e in quella della Corte EDU sul caso *Reczkowicz/Polonia*. La Sezione del controllo straordinario e delle questioni pubbliche subisce la stessa sorte nella sentenza della Corte di giustizia sul caso *W.Ż.* e nella sentenza dalla Corte EDU sul caso *Dolińska-Ficek e Ozimek*.

7. *I rinvii pregiudiziali la cui ricevibilità è stata contestata*

Gli Stati membri coinvolti nei casi esaminati nei paragrafi precedenti, come anche gli organi statali che avevano un diretto interesse nel caso, hanno cercato strenuamente di evitare che la Corte di giustizia si pronunciasse, contestando la competenza della Corte o la ricevibilità delle questioni pregiudiziali⁴⁰.

Considerato l'oggetto dello studio, ci soffermeremo, come per quelli esaminati nei paragrafi precedenti, solo sulla descrizione di come i casi siano giunti alla Corte di giustizia.

In genere, tali eccezioni sono state respinte e la Corte ha, così, potuto rispondere. Tra questi, vanno segnalati il già citato caso *Getin Noble Bank*⁴¹ e i casi *Gmina Wieliszew*⁴² e *Perfumesco*⁴³.

In tutti tre i casi, le eccezioni di ricevibilità riguardavano la Suprema Corte polacca. Si sosteneva che, tenuto conto delle numerose prese di posizione da parte della Corte sulla mancanza di indipendenza dei magistrati nominati con l'intervento del *KRS* "deviato" e sulla conseguente violazione dell'art. 19, paragrafo 1, secondo comma TUE, la Suprema Corte, nel suo complesso, non sarebbe una "giurisdizione" ai sensi dell'art. 267 TFUE e, pertanto, non sarebbe autorizzata a presentare questioni pregiudiziali.

Tuttavia, va sottolineato che l'eccezione veniva sollevata, non dal giudice del rinvio e nemmeno dalle parti nel giudizio principale ma dal *Rzecznik Praw Obywatelskich* (Mediatore).

Nel caso *Getin Noble Bank*, come si ricorderà, gli attori nel giudizio

⁴⁰ V., ad esempio, l'eccezione di incompetenza della Corte sollevata dal procuratore generale nella causa *A.K.*, sopra citata, punto 70 ss.; le eccezioni di incompetenza e di ricevibilità sollevate dal procuratore generale e dal Governo polacco nella causa *A.B.*, sopra citata, punto 67 ss. e 72 ss.

⁴¹ Punto 61 ss.

⁴² Corte giust. 13 ottobre 2022, C-698/20, punto 52 ss.

⁴³ Corte giust. 13 ottobre 2022, C-355/21, punto 25 ss.

principale erano dei consumatori i quali non avevano alcun interesse a sollevare il problema della mancanza di indipendenza della Suprema Corte, tanto più che la stessa sembrava orientata ad accogliere il loro ricorso. L'eccezione di ricevibilità del Mediatore perseguiva, verosimilmente, un interesse generale rivolto ad assicurare l'indipendenza della magistratura polacca, ma non certo l'interesse individuale delle parti.

Lo stesso può dirsi dei casi *Gmina Wieliszew* e *Perfumesco*. In entrambi i casi, le parti attrici, in un caso un Comune, nell'altro, una società, sostenevano l'incompatibilità con il diritto dell'Unione di determinate norme del diritto polacco la cui applicazione le avrebbe danneggiate. Pertanto, l'iniziativa del Mediatore polacco, che, se accolta, avrebbe impedito alla Corte di pronunciarsi sulle questioni pregiudiziali, mirava, anche qui, a proteggere l'interesse generale di salvaguardare l'indipendenza della magistratura ma non un diritto individuale delle parti.

Fortunatamente per queste ultime, la Corte, in tutti e tre i casi, dichiara infondata l'eccezione di ricevibilità, cosa che le consente di pronunciarsi sulle questioni pregiudiziali.

In altri casi, invece, la Corte ha deciso diversamente. Tra questi, si trovano casi appartenenti al secondo e al terzo gruppo di quelli definiti in precedenza: si tratta, da un lato, di casi in cui il giudizio principale è stato introdotto da un membro della magistratura per difendere la propria indipendenza; dall'altro, di casi in cui le questioni pregiudiziali, dichiarate irricevibili, sono state sollevate d'ufficio dal giudice del rinvio per tutelare la propria indipendenza e non, in particolare, i diritti della parte "privata" oggetto del giudizio principale.

Risponde al modello del secondo gruppo la sentenza sul caso *Prokurator Generalny*⁴⁴. Il giudice del rinvio è infatti la Sezione del lavoro e della previdenza sociale della Suprema Corte, designata dal Primo presidente di questa Corte, per esaminare l'istanza di *M.F.*, giudice presso una Corte circondariale. Con tale istanza *M.F.* chiede la dichiarazione di invalidità della nomina di *J.M.*, Presidente della Sezione disciplinare della Corte suprema. *J.M.* aveva assegnato alla Sezione disciplinare di una Corte d'appello l'esame di un'azione disciplinare a carico di *M.F.* L'invalidità della nomina di *J.M.* deriverebbe dal fatto che il Presidente della Repubblica avrebbe provveduto in questo senso nonostante che la proposta del *KRS* di nominare *J.M.* fosse, all'epoca, impugnata dinanzi alla Corte suprema amministrativa⁴⁵.

⁴⁴ *Prokurator Generalny*, sopra citata.

⁴⁵ Le questioni pregiudiziali sono dichiarate irricevibili in base a più motivi. In primo luogo, perché le questioni riguarderebbero una causa (la nomina di *J.M.*) diversa da quella

Appartengono, invece, al terzo gruppo, il caso esaminato nella sentenza *Miasto Łowicz*⁴⁶ e quello oggetto del caso *IS* (Illégalité de l'ordonnance de renvoi)⁴⁷. In entrambi i casi, infatti, le questioni pregiudiziali che ipotizzano il mancato rispetto del diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo sembrano essere state sollevate d'ufficio dal giudice del rinvio e, soprattutto, non sono, in modo specifico, rivolte alla protezione dei diritti della parte "privata", quanto piuttosto a quella dello stesso giudice del rinvio e, indirettamente, dell'intera categoria dei magistrati.

Nel primo, i due giudici del rinvio, chiamati a pronunciarsi, rispettivamente, su una causa civile e su una penale, temono che, adottando una sentenza non conforme ai desiderata del Governo polacco, sarebbero esposti al rischio che venga aperto nei loro confronti un procedimento disciplinare in applicazione del nuovo regime introdotto recentemente in Polonia. Essi invocano l'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE perché il nuovo regime, per come è configurato, non garantirebbe il diritto ad un giudice indipendente. Inoltre, nei confronti dei due giudici del rinvio, sussisterebbe il rischio che, per il solo fatto di aver posto alla Corte di giustizia delle questioni pregiudiziali ai sensi dell'art. 267 TFUE, essi siano esposti a procedimento disciplinare. Tale rischio non era solo ipotetico ma concreto, perché entrambi i giudici erano stati convocati dal sostituto delegato ai procedimenti disciplinari, al fine di giustificare il rinvio pregiudiziale⁴⁸.

Come è noto, la Corte di giustizia ha dichiarato irricevibili le questioni pregiudiziali, con la motivazione che le stesse non verterebbero «su un'interpretazione del diritto dell'Unione rispondente ad una necessità oggettiva ai fini della soluzione di tali controversie, ma hanno carattere generale»⁴⁹.

oggetto del giudizio principale (punto 71). In secondo luogo, perché *M.F.* avrebbe potuto portare le sue rivendicazioni dinanzi alla Sezione disciplinare designata da *J.M.* In proposito la Corte richiama la propria sentenza del 15 luglio 2021, C-792/19, *Commissione/Polonia* (Regime disciplinare dei giudici), che dichiara incompatibile con il diritto ad un giudice indipendente il potere discrezionale del Presidente della Sezione disciplinare della Suprema Corte per la designazione della Sezione disciplinare competente ad esaminare ciascun caso (punto 73 ss.). In terzo luogo, perché «un'azione come quella di cui al procedimento principale mirerebbe, in sostanza, a ottenere una forma di annullamento erga omnes della nomina del resistente nel procedimento principale alle funzioni di giudice del Sąd Najwyższy (Corte suprema), sebbene il diritto nazionale non autorizzi e non abbia mai autorizzato la generalità dei soggetti dell'ordinamento a contestare la nomina dei giudici attraverso un'azione diretta di nullità o di annullamento di una siffatta nomina Polonia, della possibilità che la generalità dei soggetti possano impugnare la nomina di un giudice della Corte Suprema» (punto 81).

⁴⁶ Corte giust. 26 marzo 2020, C-558/18 e C-563/18.

⁴⁷ *IS*, sopra citata.

⁴⁸ *Miasto Łowicz*, sopra citata, punto 20.

⁴⁹ *Ibidem*, punto 53.

La stessa motivazione è stata adottata per dichiarare irricevibili due delle questioni pregiudiziali sollevate nell'unico caso ungherese esaminato in questo studio: la sentenza sul caso *IS*⁵⁰.

Il Tribunale centrale distrettuale di Pest è chiamato a conoscere di un'azione penale contro un cittadino svedese d'origine turca, il quale, apparentemente, non avrebbe ricevuto l'assistenza di una corretta interpretazione nella sua lingua, conformemente a quanto richiesto dalla direttiva 2010/64. A parte la prima questione pregiudiziale che riguarda l'interpretazione della direttiva, e la quarta e la quinta, che hanno ad oggetto i tentativi dei giudici superiori di interferire con la facoltà di un giudice di sollevare questioni pregiudiziali ai sensi dell'art. 267 TFUE, il giudice del rinvio, con la seconda e la terza questione, fa valere: *a*) l'irregolarità del sistema delle nomine a giudice temporaneo affidate al presidente dell'*Országos Bírósági Hivatal* (Ufficio giudiziario nazionale), di cui lo stesso abuserebbe, anche a giudizio del Consiglio Nazionale della Magistratura, e *b*) l'insufficienza delle retribuzioni dei giudici, che è ferma dal 2003 ed è inferiore a quella dei pubblici ministeri⁵¹. Entrambi questi aspetti violerebbero, infatti, il diritto ad un giudice indipendente e ad un processo equo.

L'ultimo e più recente caso in cui le questioni pregiudiziali sono state dichiarate irricevibili è rappresentato da quello oggetto della sentenza sul caso *Krajowa Rada Sądowictwa*⁵².

In *Krajowa Rada Sądowictwa*, in realtà, la parte che aveva preso l'iniziativa del giudizio principale era anch'egli un giudice. Pertanto, il caso dovrebbe essere inquadrato nel secondo gruppo, cioè accanto alla sentenza *Prokurator Generalny*. Tuttavia, la motivazione in base alla quale la Corte decide per l'irricevibilità delle questioni pregiudiziali è del tutto diversa rispetto a quella adottata in quella occasione e, in una certa misura, evoca, piuttosto, il terzo gruppo.

⁵⁰ *IS*, sopra citata, punto 142 ss.

⁵¹ Le due questioni pregiudiziali vengono dichiarate irricevibili perché la controversia principale «non riguarda in alcun modo il sistema giudiziario ungherese considerato nella sua globalità, del quale taluni aspetti avrebbero carattere tale da pregiudicare l'indipendenza dei giudici e, più specificamente, del giudice del rinvio nella sua attività di attuazione del diritto dell'Unione». L'interpretazione dell'articolo 47 della Carta e dell'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE, dovrebbe rispondere «a una necessità oggettiva ai fini della soluzione, quanto al merito, della controversia principale, circostanza che non si verifica nel caso di specie» (punto 144). V., in senso diverso, la Corte di giustizia sul caso *Land Hessen*, sopra citata.

⁵² Sulla sentenza v. M. FISCARO, *La sentenza Krajowa Rada Sądowictwa e i diversi volti dell'indipendenza giudiziaria nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Quaderni AISDUE*, n. 1, 2024, p. 1 ss.

Il caso riguarda *L.G.*, giudice presso il *Sąd Okręgowy w K.* (Tribunale regionale di K., Polonia). *L.G.* aveva chiesto di rimanere in servizio oltre il sessantacinquesimo anno d'età. La domanda era stata respinta dal *KRS* perché tardiva. *L.G.* aveva impugnato il rigetto dinanzi alla Sezione del controllo straordinario e delle questioni pubbliche della Suprema Corte, la quale aveva sollevato due questioni pregiudiziali, chiedendo se l'art. 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, osti ad una disposizione come quella polacca che permette il rigetto di una domanda di permanenza in servizio di un giudice solo perché presentata in ritardo.

La questione del se la Sezione del controllo straordinario e delle questioni pubbliche della Corte suprema sia un giudice indipendente tanto da potere essere considerato un organo giurisdizionale di uno Stato membro ai sensi dell'art. 267 TFUE non è sollevata dalla parte "privata" nel giudizio principale, cioè *L.G.*, né tantomeno dal giudice del rinvio. I dubbi, espressi dalla Commissione, richiamandosi alla sentenza sul caso *W.Ż.*, che aveva ad oggetto la stessa Sezione, sono stati fatti propri dalla Corte di giustizia. Essa ha inviato le parti a discuterne all'udienza e ha, infine, concluso per l'irricevibilità delle questioni pregiudiziali in ragione della mancanza di indipendenza del giudice del rinvio.

È dubbio che una tale conclusione risponda all'interesse di *L.G.* Verosimilmente, *L.G.* avrebbe piuttosto preferito ottenere dalla Corte una sentenza interpretativa che confermasse l'apparente orientamento della stessa Sezione quanto all'incompatibilità della disposizione polacca in discussione rispetto all'art. 19, par. 1, secondo comma TUE. La decisione di dichiarare l'irricevibilità delle questioni pregiudiziali per mancanza di indipendenza della Sezione non lo avvantaggia affatto e rischia invece di portare ad una sentenza a lui contraria.

Certo, dopo la sentenza *W.Ż.*, sarebbe stato contraddittorio "legittimare" la Sezione del controllo straordinario e delle questioni pubbliche, accettando di rispondere a questioni pregiudiziali sollevate proprio da un organo così squalificato⁵³. Nondimeno, la vicenda mette in luce gli aspetti paradossali e non sempre favorevoli agli interessi delle parti "private" che l'utilizzazione del rinvio pregiudiziale in questi contesti può portare con sé.

⁵³ Va ricordato che, nelle sue conclusioni in questa stessa causa, del 2 marzo 2023, l'Avv. gen. Rantos aveva proposto di accogliere, ai fini dell'applicazione dell'art. 267 TFUE, una nozione diversa e meno severa di "giudice indipendente" quale invece era stata definita dalla Corte nel contesto dell'applicazione dell'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE e dell'art. 47 della Carta: v. punto 16 ss. Sulla questione, anche per ulteriori richiami, v. A. CIRCOLO, *op. cit.*, p. 291 ss.

8. Osservazioni conclusive

I casi sottoposti alla Corte di giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale che sono stati fin qui esaminati sono prova di un'utilizzazione molto particolare di tale meccanismo.

Come dimostrato, non sempre si tiene davvero presente la finalità "normale" del rinvio pregiudiziale, che dovrebbe essere quella di consentire al giudice del rinvio di proteggere in maniera efficace i diritti delle parti del giudizio principale. In molti dei casi in rassegna, soprattutto, ma non soltanto, quelli del terzo gruppo, il rinvio pregiudiziale persegue anche o esclusivamente una finalità "generale" o di sistema, rivolta a proteggere interessi dell'intero apparato giudiziario e la sua indipendenza.

Questa diversa finalità è perseguita con particolare perspicacia anche nei casi appartenenti al secondo gruppo, dove attori-giudici scelgono di proporre azioni non già dinanzi ad organi che, in forza delle riforme, sarebbero stati competenti, ma dinanzi a quelli che lo erano prima delle riforme. Proprio per questo, si trattava di giudici presumibilmente favorevoli alla "causa" e pertanto disponibili ad interrogare la Corte di giustizia e ad ottenerne la "condanna" delle riforme contestate.

Che la Corte si sia prestata, salvo i rari casi dichiarati irricevibili, ad una utilizzazione *extra ordinem* del meccanismo del rinvio pregiudiziale si spiega agevolmente e si giustifica pienamente.

L'eccezionalità dei problemi sollevati dalle riforme degli ordinamenti giudiziari introdotte dagli Stati membri coinvolti e il carattere fondamentale del diritto ad un giudice indipendente imparziale e precostituito per legge, anche nell'ottica della tutela del meccanismo del rinvio pregiudiziale, richiedono il ricorso a tutti gli strumenti che l'ordinamento dell'Unione prevede. E, da questo punto di vista, il rinvio pregiudiziale non può essere da meno.

Questa modalità di utilizzare l'art. 267 TFUE, tuttavia, non è scevra di pericoli per la Corte di giustizia. Essa, infatti, la ha portata ad inserirsi in profondità in questioni che attengono ad un conflitto tra poteri all'interno di un determinato Stato membro. Con l'inevitabile necessità di prendere una posizione dura, senza precedenti, nei confronti di almeno una Corte costituzionale⁵⁴.

⁵⁴ Si tratta, in particolare, della Corte costituzionale romena, per la quale v. *R.S.*, sopra citata, punto 79 ss., in particolare, punto 89. V. la presa di posizione contenuta nel comunicato stampa della Corte costituzionale romena, del 23 dicembre 2021, in risposta alla sentenza *Euro Box Promotion*, sopra citata: www.ccr.ro/comunicat-de-presa-23-decembrie-2021/. V. anche, per analogia, il comunicato stampa della Corte di giustizia dell'8 maggio 2020, in

Pertanto, occorre considerare la giurisprudenza che abbiamo descritto con grande cautela, evitando, in futuro, di invocarla come un precedente applicabile in circostanze non così gravi ed eccezionali come la crisi dello Stato di diritto si è assistito in alcuni Stati membri.

risposta alla sentenza del Bundesverfassungsgericht, del 5 maggio precedente, sul caso *Weiss*:
curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-05/cp200058it.pdf.

Abstract (ita)

È noto che un numero molto elevato delle cause che hanno chiamato la Corte di giustizia a pronunciarsi sul rispetto dell'indipendenza e dell'imparzialità dei giudici o della giustezza del processo sono giunte attraverso rinvii pregiudiziali ai sensi dell'art. 267 TFUE. Si tratta, limitandoci alle cause che finora sono state decise dalla Corte, di oltre una ventina di decisioni, adottate in un periodo compreso tra il 2019 e il 2023. Il meccanismo del rinvio pregiudiziale, "chiave di volta" dell'intero sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione, ha dato così un contributo molto importante allo sviluppo della giurisprudenza sul tema. Ha offerto inoltre alla Corte l'occasione di pronunciarsi su aspetti che difficilmente sarebbero stati toccati nell'ambito di un ricorso di inadempimento ai sensi dell'art. 258 ss. TFUE. È pertanto interessante esaminare come le tanto numerose e complesse questioni pregiudiziali siano giunte alla Corte di giustizia e, soprattutto, quali soggetti siano dietro la decisione di ricorrere al rinvio pregiudiziale e attraverso quali azioni siano riusciti ad ottenere una pronuncia della Corte di giustizia. Dopo la descrizione della diverse tipologie dei casi di rinvii pregiudiziali, nonché il confronto con l'esperienza sviluppata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo a proposito di questioni simili, lo scritto vuole riflettere sul se questa giurisprudenza della Corte di giustizia segni l'individuazione di una nuova modalità di utilizzazione del procedimento di rinvio pregiudiziale, nella misura in cui viene chiesto l'intervento della Corte di giustizia in questioni che attengono ad un conflitto tra poteri all'interno di un determinato Stato membro.

Abstract (eng)

It is well known that quite a number of the cases which have called upon the Court of Justice to rule on the respect of the judges' independence and impartiality have come to the Court through references for a preliminary ruling pursuant Article 267 TFEU. If we only refer to the cases which have been decided by the Court up until now, we are talking of more than 20 cases on which the Court ruled in an interval between 2019 and 2023. One is allowed to remark that the preliminary ruling mechanism, the "keystone" of the whole system of the judicial protection within the European Union, offered a very important contribution for the evolution of the case law in this area. It also made it possible for the Court to rule on issues which

would have hardly been raised in the context of an action for infringement under Article 258 and following TFEU. It is therefore worth asking how the so numerous and intricate preliminary questions have reached the Court, particularly who those persons behind the reference of such questions were and which course of action they took so that they could obtain a ruling by the Court of Justice. First, we will show how different are the cases of preliminary references and will endeavour classifying them in distinct classes. Secondly, we will compare those different classes with the cases which have been reaching the European Court of Human rights in the same area and in the same period of time. Finally, we will try and understand whether this case law of the Court of justice is leading to a new way of making use of the mechanism of the preliminary ruling in so far as it forces the Court to be directly involved in issues which belong to a conflict of powers within a Member State.

MILITANT RULE OF LAW VERSUS DEMOCRATIC BACKSLIDING

András Sajó*

SUMMARY: 1. Democratic Backsliding and Rule of Law Backlash. – 2. Rule of Law in Name Only: Legal Cheating in Illiberal Democracies. – 3. The Idea of Militant Rule of Law. – 4. Natural Law or Legal Positivism? – 5. Conceptual Tools of a Militant Rule of Law Approach. – 6. The Approach Followed by CFEU and ECtHR to Protect the Rule of Law. – 7. Restoring the Rule of Law in Poland. – 8. Conclusions.

1. *Democratic Backsliding and Rule of Law Backlash*

Today, in Europe and elsewhere, democracies struggle with their deficiencies. At times, in an increasing number of systems, deficiencies evolve in such a profound way into structural features, so that we speak of *democratic backsliding*. The political response to the current democratic backsliding in the European Union is, however, itself deficient, as the primary culprit for democratic backsliding has been misidentified. Essentially, the European Union tries to neutralize such inherently political problems by construing them as rule of law deficits, so countering democratic backsliding with a rule of law answer, or backlash. This is, however, a wrong approach, incapable of addressing the roots of the issue. As a matter of fact, law cannot solve socio-political problems on its own: democratic institutions should deal with them. However, the Union was built as a legal community without proper democratic institutions, so that we are essentially left with the courts entrusted with the answer to democratic backsliding and erosion problems leading to the rise of what we could call illiberal democracies¹. As a result, courts in the European Union are overburdened with this daunting task of handling such issues. There is therefore, in the Union, an undeniable need to boost

* Central European University PU. This contribution is a lightly re-elaborated version of the speech pronounced by the Author at the V annual congress of the Italian Society of EU Law Scholars, AISDUE, held in Padova on 2 and 3 November 2023 and is now published as part of the volume collecting the contributions to that congress. The Author is thankful to Joshua Edward Haynes-Mannering for editorial support. Further editorial changes were introduced by the editor of the volume.

¹ F. ZAKARIA, *The Rise of Illiberal Democracy*, in *Foreign Affairs*, vol. 76, n. 6, 1997, p. 22-43.

the resilience of the legal community to make this *rule of law backlash* a viable answer. The following remarks concern the doctrinal possibilities for trying to do this.

2. *Rule of Law in Name Only: Legal Cheating in Illiberal Democracies*

The rule of law deficit is particularly troubling in the illiberal democracies of the European Union.

In these countries, the rule of law remains the name of the game, and indeed authorities continue to claim that they observe the rule of law, at least a rule of law of their liking and making.

The servants of the law observe the basic principles of legality and follow the letter of the law. Legal enactments are formally carried out through procedures determined by the constitution, and officials cannot act without legal authorization. Courts continue to exercise control to ensure that the authorities remain within the four corners of the law. Moreover, many of these countries formally adhere to an organizational model under which the judiciary is managed by a judicial self-governing body, in charge of promoting judicial independence, as is proposed by rule of law “promoters” such as the Venice Commission.

So far, so good.

In reality, though, the legal systems of illiberal democracies lack the full range of self-correcting capabilities offered by the rule of law and its institutions. Their systems follow rather an abusive concept of legality, reflecting the aphorism attributed to Giolitti² as “modernized” by modern days autocrats: to my friends everything, and the law to my enemies.

In illiberal democracies, in fact, the laws are written according to the material interests of a single power group and serve their perpetuation of power. A system of disguised privileges results from the *de facto* violation of equality before and under the law. Those who are called to apply the law are carefully selected to be faithful to power. Laws are formulated as general and neutral rules, but the general conditions help or hinder predetermined people, leading to a situation that *de facto* borders on *ad hominem* legislation. As Kelsen once demonstrated, despotism has a fully legal character³.

² The Italian statesman of the pre-fascist period is said to have affirmed that the law has to be applied to (political) enemies, while it can just be “interpreted” when it comes to “friends”.

³ H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, p. 335.

In the legal system of illiberal democracies, the ruler dutifully plays according to the rules of the legal poker game, but he always wins by keeping an extra card up his sleeve. In such systems, the constitutional identity could be thus defined as ...legal cheating.

3. *The Idea of Militant Rule of Law*

The basic features of a rule of law system in a healthy and robust democracy require that legislation be enacted in good faith, respecting the principles of equality and proportionality. It is on the basis of the assumption that such features are present in Member States' systems, that mutual trust is justified. In a system of legal cheating, this presumption of good faith and the idea that the law produced by elected bodies is inherently legitimate are not sustainable.

While no legal system is impeccable, legal systems of robust democratic countries show a self-corrective capacity. However, illiberal democracies' systems, despite maintaining most of the rule of law's formal elements, replace the rule of law's corrective mechanisms with mechanisms that continually and systematically reproduce vicious law.

A militant understanding of the rule of law is needed to counter these self-destructive tendencies. Only a militant understanding of the rule of law would enable the legal community to overcome the legal paralysis created by illiberal democracies via a narrow form of legalism. Such an understanding of the rule of law would enable the restoration of the rule of law without violating its very foundational values. Moreover, even inside consolidated democracies, where the growing rule of law and democracy deficit is either not perceived or not taken sufficiently seriously, a militant understanding of the rule of law would enable resistance to any potential rule of law erosion.

By militant rule of law, I mean the "aggressive" use of recognized rule of law standards and rules. Militant rule of law may rely on exceptions to rule of law principles which are already recognized in rule of law standards.

Militancy applies both to preventive and restorative situations. Preventive militant rule of law presupposes, first of all, a systematic revision of the existing institutional and doctrinal arrangements relating to the rule of law as well as the application of extant rule of law doctrines in a more proactive way.

A similar proactive approach has been followed by the ECtHR and the CJEU in the last few years, through the limited paradigm of judicial

independence. These attempts, however, would benefit from an overarching background theory, and the theory of militant rule of law offers such a background.

Militant rule of law is to some extent comparable to militant democracy. In a militant democracy approach the need might arise to limit certain fundamental rights in order to preserve democracy against forces that would like to obtain control through democracy only to then permanently destroy democracy's foundations. A militant rule of law approach might lead to the declaration of invalidity of enactments adopted by bodies with formal democratic legitimacy, but in doing so it would always remain within the boundaries of accepted rule of law standards. In other words, militant rule of law cannot be contrary to the recognized principles of the rule of law.

4. *Natural Law or Legal Positivism?*

Gustav Radbruch, a first-class positivist, concluded in response to the atrocities of Nazi Germany that some Nazi laws were so unjust that they can and indeed must be disregarded; he considered such statutes as void for being contrary to supra-statutory justice (*ius*)⁴.

However, we need not follow Radbruch's desperate resort to natural law, even if this position has ultimately been adopted in the positive constitutional law in some states governed by law, such as Germany. In the *Streletz* case, which concerned the very late conviction for border shootings in the former East Germany DDR, the ECtHR demonstrated that the perpetrators – including the leaders of the DDR Communist Party – could be punished retrospectively within the four corners of the rule of law, without relying on the *Radbruch formula* or any other such modern redressing of natural law theory⁵.

It is claimed that the legal enactments of cheating regimes are valid because their laws are enacted by constitutionally legitimate authorities according to the relevant rules of enactment. But this is not enough for validity, not even according to positivist theories of law which purport to follow H.L.A.

⁴ G. RADBRUCH, *Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law* (1946), translated into English by B. Litschewski Paulson and S. L. Paulson and reprinted in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n. 1, 2006, p. 1-11, at p. 7.

⁵ ECtHR 22 March 2001, Appl. nos. 34044/96 and 2 others, *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*.

Hart⁶. Indeed, many “soft” legal positivists admit that a formal observation of the rules of law-making is not necessarily sufficient for the creation of valid law. As Marmor observes, “Legal powers are invariably constrained and there is nothing special about them being constrained by all sorts of merit based considerations”⁷. He further points out that moral considerations may have a role “in determining the legal validity of norms”, as long as it is the case in social fact “that people, particularly judges and other legal officials, believe them to be true and treat them as constraints on legal validity [...]”⁸.

5. *Conceptual Tools of a Militant Rule of Law Approach*

The rule of law’s internal values, i.e. legality, generality, clarity, reasonableness, equality, fairness and legal maxims like *nullum crimen, audiatur et altera pars, nemo in suam...*, etc. are the requirements of legal morality that can be resorted to as the bases of a militant rule of law approach. They express what Fuller called the morality of the law⁹. They are moral in the sense that they diminish arbitrariness and improve legal subjects’ freedom. This consideration is often explicit in legal texts, and many constitutions expressly require that the legal order conforms to the standards of a law-governed state. Now, given that the rule of law requirement is present in the consti-

⁶ H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961. The voiding of statutes by judges as an act which accords with legal positivism (and constitutional review in general) was not what Hart had in mind. His theory was articulated with reference to the operations of the English constitutional system, which abhors constitutional review of acts of Parliament. Hart assumed that “rules of recognition” conditioning the validity of legal system do exist within a legal community. Arguably, the relevant UK political elite shared Hart’s assumptions, being at the same time taught to be faithful to fairness and other tenets of natural justice. But this ethos is long gone, as demonstrated by the 2019 parliamentary prorogation case. Upon an allegedly false representation made to the Queen by the Prime Minister, Parliament was prorogued (a kind of suspension) to prevent parliamentary scrutiny of the terms under which Brexit would be finalized. The Supreme Court declared the prorogation void, though its reasoning circumvented the issue of the Prime Minister’s dubious intent. Note, however, that this intervention concerned an Order in Council, a decision by the executive and not a parliamentary act (though it was about “proceedings in Parliament”). See *R (Miller) v The Prime Minister and Cherry v Advocate General for Scotland*, [2019] UKSC.

⁷ A. MARMOR, *What is Law and What Counts as Law? The Separation Thesis in Context*, in T. SPAAK, P. MINDUS (eds.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge, 2021, p. 465-486, at p. 485.

⁸ MARMOR, *op. cit.*, p. 486.

⁹ L. L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, 1964.

tutions of illiberal democracies, the legally “immoral” orders of such States can be challenged as invalid on the basis that they violate the legal morality prescribed by law. According to the logic of legal positivism, if the rule of law is a constitutional requirement of the legal order and if the legal community and even statutory law accept that the rule of law entails a minimal adherence to the rule of law’s internal legal morality, then laws which disregard this constitutional requirement are consequently void.

One of the most fundamental requirements of legal morality is reasonableness. Where a legal system is based on cheating, law comes into conflict not only with elementary morality – which is not a legal consideration – but with legal reasonableness, too. Law without reasonableness violates legal morality. A decision based on lies is unreasonable. Reasonableness is seldom mentioned as a fundamental characteristic of the rule of law in rule of law checklists, but it is part of a legal tradition shared in the legal community and is a basic assumption of interaction in any rational society. In the common law, reasonableness is clearly articulated in the *Wednesbury* test. In legal systems where proportionality is the standard of review, a reasonable or rational connection between the law’s purported goals and the means used to achieve them is required. Unreasonable is here defined as excluding from consideration matters which are relevant and considering matters which are irrelevant to the matter at hand. The standard example is a red-haired teacher dismissed because of her red hair. Furthermore, logical fallacies in the interpretation of the law – or false deductions derived therefrom – are unreasonable in law too.

However, outside the sphere of fundamental rights, these considerations are seldom invoked in most jurisdictions. The proportionality analysis is superficial insofar as it concerns rationality, as the German Constitutional Court has stated in its criticism of the Court of Justice¹⁰. But nothing in positive law precludes the robust application of reasonableness considerations, even in matters that do not touch upon fundamental rights. This is what militant rule of law stands for. Furthermore, given that the assumption that the legislature acts in good faith is unsustainable in systems characterized by pervasive legal cheating, the review of legislative intention is also appropriate. Where the values referred to or the presented ends of legislation are not “grounded in some objective measure of basic truth or rationality” or are based on “alternative facts” this suffices for a finding of unconstitutionality¹¹.

¹⁰ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 5 May 2020 – 2 BvR 859/15 [PSPP].

¹¹ Cf. J. LANDAU, *Broken Records: Reconceptualizing Rational Basis Review to Address “Alternative Facts” in the Legislative Process*, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 73, 2020, p. 425 ff., p. 430.

6. *The Approach Followed by CFEU and ECtHR to Protect the Rule of Law*

After decades of hesitation, the ECtHR applied a serious intent analysis in *Merabishvili v. Georgia*¹² by relying on the express prohibition of disingenuously justified rights restrictions in Article 18 of the Convention. Article 18 states that restrictions of rights, if applied for any purpose other than those for which they have been prescribed, are impermissible.

The judgments of the ECtHR and CJEU in recent years point towards a militant reinterpretation of the meaning of judicial independence, caveated by important self-correcting exceptions. Judicial irremovability remains a cornerstone of judicial independence, but the concept of improper appointment as a ground for dismissal successfully attenuated (for many situations) the difficulties created by the irremovability dogma.

Another important step towards a restorative and militant form of the rule of law emerged in the CJEU case law on systemic rule of law deficiencies, and dealing with FSJ tools as the European Arrest Warrant. The approach there consists in somehow shifting the burden of proof to the requiring State, who now must prove good faith in order to have the arrest warrant executed by other Member States courts¹³. If this approach is generalized, it will enable legislative intent review wherever the good faith of legislation can no longer be presumed.

Furthermore, a principle of non-regression was accepted by the CJEU in *Repubblika*¹⁴, with the potential consequence that all backsliding in rule of law and human rights matters since accession will now be subject to validity review. While this principle is currently rather limited in scope, the principled character of the decision potentially opens doors for its application in other areas of democratic backsliding.

The CJEU's strong approach to judicial independence is not limited to cases stemming from Member States where a democratic backsliding is under way. As a matter of fact, the CJEU clarified that also the dependence of the German and Lithuanian prosecutorial services on their respective executive branches might constitute a problem¹⁵. It is unfortunate, however that notwithstanding militancy, certain deformations in the organization of justice have gone unchallenged due to deference, and such deference un-

¹² ECtHR 14 June 2016, Appl. no. 72508/13, *Merabishvili v. Georgia*.

¹³ CJEU 25 July 2018, case C-216/18 PPU, *LM*.

¹⁴ CJEU 20 April 2021, case C-896/19, *Repubblika*.

¹⁵ CJEU 27 May 2019, joined cases C-508/18 and C-82/19 PPU, *OG and PI*; 27 May 2019, case C-509/18, *PF*; 9 July 2020, case C-272/19, *VQ*.

dermines crucial possibilities for rule of law restoration. In *Repubblika* – an otherwise potentially landmark judgement – and in *VQ v Land Hessen*¹⁶, the role of the executive in judicial appointments was accepted, and the decision in the German case approved an executive-influenced court management. Likewise, in *Asociația “Forumul Judecătorilor din România”*¹⁷, a new system of judicial promotion was found to be in conformity with judicial independence despite the fact that the CJEU could not exclude the possibility “that the new procedure is likely to lead to power being concentrated in the hands of certain members of that assessment board, and, in particular, the presidents of the courts of appeal”.

So far, moreover, both the CJEU and the ECtHR chose not to venture into a *holistic* review of the state of affairs when it comes to the media, to elections – to the extent these courts have jurisdiction over European election matters – and to other issues central to upholding democracy. It is particularly striking to note that the ECtHR has failed to identify systemic violations of the rule of law in the context of political repression, as it is shown by a good part of Turkish post-failed-putsch cases¹⁸.

7. *Restoring the Rule of Law in Poland*

The new Polish government, formed in 2023, will likely attempt to restore the rule of law. But what will happen if a presidential veto or a judgement of the constitutional tribunal precludes the revocation of the laws which have been – at least in some instances – held to violate international conventions and treaties? Is Poland going to pay the daily fine for failing to repeal the muzzle law? What about the validity of the law that enabled the appointment of bodies which have since turned public media into a propaganda tool? A militant understanding of and approach to the rule of law would render such legislation void by taking its intent into account. It would be most unfortunate if supranational and international authorities decide to tolerate these kinds of presidential or legislative abuses in the name of a rigid and formal concept of legality.

It is paradoxical and ironic that the restoration of the rule of law may end up being promoted by the extant defective institutions. In Poland, the

¹⁶ Case C-272/19, cit.

¹⁷ CJEU 7 September 2023, case C-216/21, *Asociația “Forumul Judecătorilor din România”*.

¹⁸ See ECtHR 31 January 2023, Appl. No. 43949/17, *Abdullah Kılıç v. Türkiye*.

prosecutor is subordinated to the executive (namely, the Minister of Justice) which makes an administrative reorganization possible. As part of this reorganization, the influence of those who under the previous government supported policies that undermined the rule of law can be diminished. On the other hand, however, those resisting the restoration of the rule of law will probably invoke the very rule of law standards that the European authorities have endorsed. To oppose such attempts of (legal morality and) rule of law restoration, they could in particular try to rely on the ECtHR approach, according to which the removal of any judicial managerial function held by an individual before the end of their term – e.g. stripping court presidents or vice-presidents of any powers during their terms of office – constitutes an act which undermines the principle of judicial independence¹⁹. However, these Polish court presidents – even if arguably lawfully appointed, from a legalistic perspective – are merely the long arm of an abusive former minister of justice. Can't these judicial managers be removed from their managerial positions, as the surviving partisans of the previous government's anti-rule of law policies? The restoration of the rule of law will be hampered by the rule of law, unless it is recognized that where the rule of law is structurally abused, its restoration requires a proper and reflexive consideration of the circumstances. The classical, formal rule of law standards ought to apply only to the extent that they serve rule of law values. A restoration situation should have its own rule of law standards. The conceptual tools exist already, e. g. in the flexible application of a statute of limitations or in a robust and extended application of the non-regression principle. To respect the rule of law, the observance of procedural guarantees relating to appointments to judicial positions will be of particular importance.

¹⁹ ECtHR 29 June 2021, Appl. nos. 26691/18 and 27367/18, *Broda and Bojara v. Poland*, para. 121. The violation identified in this case was a failure to provide reasons for dismissal and the absence of domestic judicial remedies in a case concerning the dismissals of a court president and vice president by the Justice Minister. A “smarter” legislative approach would have required the Minister to give reasons for the dismissal (the reasons given would have been a general reorganization of the administration of justice) and would have given the dismissed judges the right to apply for a pro forma judicial review of the decision. Under the current standards, such an approach would be considered valid but would have been powerless to stop the abuses, thus demonstrating the necessity of applying legislative intent analysis in accordance with militant rule of law standards.

8. *Conclusions*

A *Rechtsstaat* reduced to naked formal legality will turn against the rule of law. It will serve legalized despotism. Instead of preventing and reducing the arbitrariness of power, it will become the transmission belt of power aggrandizement. But the rule of law and law in general are not intended to undo the very essence of law as a tool for tempering arbitrariness. The rule of law, a little bit like living organisms, has internal mechanisms of self-defense against self-poisoning. It is said that the rule of law is to be preferred over the rule of man, but the rule of law still requires men, primarily lawyers and judges, who accept and support that rule in a sensible and courageous way.

IL PROCESSO DI EUROPEIZZAZIONE DELLE IDENTITÀ NAZIONALI DEGLI STATI MEMBRI: RIFLESSIONI SULLE TRAIETTORIE DEL COSTITUZIONALISMO EUROPEO

Federico Casolari*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il processo di europeizzazione delle identità nazionali degli Stati membri e l’affermazione di una identità sovranazionale. – 3. Identità sovranazionale e identità di Stato membro. – 4. L’europeizzazione delle identità nazionali e gli Stati terzi vicini. – 5. Primo scenario: gli Stati limitrofi che hanno intrapreso il processo di adesione. – 6. Secondo scenario: gli Stati limitrofi che non hanno intrapreso (o che non possono intraprendere) il processo di adesione. – 7. Terzo scenario: gli Stati che recedono dall’Unione. – 8. Conclusioni: ciò che sembrava irrimediabile è stato riconciliato?

1. *Introduzione*

Il presente contributo contiene alcune riflessioni sull’impatto che il processo di integrazione europea ha determinato dal punto di vista delle identità degli Stati che vi hanno sin qui preso parte. La tesi principale che si intende sostenere è che l’integrazione giuridica promossa dai Trattati ha prodotto anche una integrazione identitaria, portando all’affermazione di una vera e propria identità sovranazionale. Tale processo, come si vedrà (v. *infra*, par. 2), si è sviluppato secondo una logica *bottom-up*, mediante la valorizzazione di elementi comuni agli Stati membri: è questa la ragione per la quale ci si riferisce ad esso in questo contributo in termini di “europeizzazione delle identità nazionali degli Stati membri”.

Come può facilmente intuirsi, l’affermazione di una identità sovranazionale contribuisce anzitutto al rafforzamento del «quadro costituzionale»¹ dell’Unione europea. Non mancano, però, rilevanti implicazioni per gli Stati che la compongono. Lo evidenziano molto chiaramente Lenaerts e Gutiérrez-Fons in un loro recente lavoro, segnalando come si incida in tal modo

* Professore ordinario di diritto dell’Unione europea, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna. Si ringraziano Giacomo Di Federico e Corrado Caruso per i preziosi consigli dati nell’ideazione e finalizzazione del presente contributo. Errori e imprecisioni sono da attribuirsi esclusivamente a chi scrive.

¹ Corte giust. parere 18 dicembre 2014, 2/13, punto 158.

anche sull'identità di questi ultimi: diversamente, spiegano i due Autori, l'Unione non potrebbe operare, la realizzazione dei suoi obiettivi rimanendo «an empty promise»². Ed invero, come si avrà modo di sottolineare nel prosieguo (v. *infra*, par. 3), tale fenomeno finisce col determinare l'emergere di una ulteriore dimensione identitaria, che caratterizza la posizione degli Stati UE in quanto “Stati membri”, prefigurando in capo ad essi vincoli giuridici di matrice sovranazionale che esprimono l'essenza stessa della loro partecipazione al processo di integrazione. In questo senso, si può sostenere che l'uropeizzazione delle identità nazionali comporti anche lo sviluppo di un processo *top-down*, in grado di (ri)definire la partecipazione degli Stati all'Unione.

D'altra parte, alcuni recenti sviluppi che hanno interessato l'integrazione europea – si pensi, in particolare, alla *Brexit* e all'aggressione russa dell'Ucraina, cui sono seguiti l'avvio del processo di adesione dello Stato terzo all'Unione e la costituzione della Comunità politica europea – dimostrano chiaramente come l'uropeizzazione delle identità nazionali ben possa proiettarsi anche al di fuori della cerchia degli Stati membri, favorendo lo sviluppo di nuovi profili identitari che interessano specialmente gli Stati facenti parte del vicinato europeo (v. *infra*, parr. 4-7).

2. *Il processo di europeizzazione delle identità nazionali degli Stati membri e l'affermazione di una identità sovranazionale*

Come noto, il riconoscimento delle identità nazionali degli Stati membri nell'ordinamento dell'Unione europea si rinviene per la prima volta nel testo originario del Trattato sull'Unione europea (1992), il cui art. F, par. 1, prevedeva espressamente il rispetto, da parte dell'Unione, della «identità nazionale dei suoi Stati membri, i cui sistemi di governo si fondano sui prin-

² K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZ-FONS, *Epilogue. High Hopes: Autonomy and the Identity of the EU*, in *EP*, vol. 8, n. 3, 2023, p. 1495 ss., spec. p. 1506. Gli Autori deducono da ciò una diretta interazione tra identità dell'Unione ed autonomia del suo ordinamento giuridico.

cipi democratici»³. Come correttamente segnalato in dottrina⁴, ad aver allora spinto i redattori dei Trattati ad inserire nel diritto primario dell'Unione un riferimento esplicito alla necessità di proteggere le identità nazionali dei suoi membri era stata la preoccupazione che il loro modello democratico (quello, cioè, di una democrazia liberale fondata sul rispetto dello Stato di diritto) potesse essere in qualche modo “ridimensionato” dall'approfondimento del processo di integrazione. Ciò anche – se non soprattutto – nella prospettiva di un allargamento senza precedenti a favore dei Paesi dell'Europa centro-orientale che in quegli anni muoveva i primi passi. Tale circostanza ben spiega per quale ragione la disposizione introdotta a Maastricht abbia avuto cura di precisare che i sistemi di governo degli Stati dell'Unione si fondano «sui principi democratici». La preoccupazione manifestata nel 1992 viene, per così dire, “ridimensionata” con la revisione dei Trattati operata ad Amsterdam nel 1997. La tutela delle identità nazionali degli Stati membri – ricollocata nel paragrafo 3 dell'art. 6 TUE («L'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri») – è infatti separata dal richiamo al principio della democrazia, che assurge, assieme a quelli di libertà, protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dello Stato di diritto, al rango di

³ La letteratura che ha avuto modo di occuparsi del rilievo delle identità nazionali nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea è ormai molto corposa, anche in ragione della crescente tendenza degli Stati membri ad invocare la c.d. “clausola identitaria” contenuta nell'art. 4, par. 2, TUE al fine di limitare l'efficacia del diritto sovranazionale. Tra i contributi generali più significativi si segnalano: S. W. SCHILL, A. VON BOGDANDY, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *CMLR*, vol. 48, n. 5, 2011, p. 1417 ss.; U. VILLANI, *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo d'integrazione europea*, Napoli, 2011; L. F. M. BESSELINK, *Respecting Constitutional Identity in the EU*, in *CMLR*, vol. 49, n. 2, 2012, p. 671 ss.; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *YEL*, vol. 31, n. 1, 2012, p. 263 ss.; M. CONDINANZI, *I controlimiti come sintesi ideale tra primato da affermare e identità nazionale da rispettare*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, 2015, p. 119 ss.; F.-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, Paris, 2012; E. CLOOTS, *National Identity in EU Law*, Oxford, 2015; G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, 2017; G. DI FEDERICO, *Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti interordinamentali*, in *QC*, vol. 39, n. 2, 2019, p. 333 ss.; G. MARTINICO, *Taming National Identity: A Systematic Understanding of Article 4.2 TEU*, in *EPL*, vol. 27, n. 3, 2021, p. 447 ss.; C. TIMMERMANS, *Mediating Conflicts between National Identities and EU Law: The Potential of Article 4(2) TEU*, in *CMLR*, vol. 59, Special Issue, 2022, p. 75 ss.

⁴ G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 10.

principio fondante dell'Unione (art. 6, par. 1, TUE), il cui rispetto è condizione di adesione a quest'ultima (art. 49 TUE). Il nuovo assetto è poi ribadito dal Trattato di Lisbona (2007), che, pur avendo ulteriormente valorizzato il riferimento alla tutela delle identità nazionali, inserendo una vera e propria clausola identitaria nell'art. 4 TUE, ha mantenuto la distinzione tra detta clausola e l'affermazione degli elementi fondanti dell'Unione, ora qualificati come «valori» dall'art. 2 del medesimo Trattato.

La separazione di cui si è dato conto non deve, tuttavia, essere fraintesa né, tantomeno, eccessivamente enfatizzata. Ciò per due ordini di motivi, tra loro strettamente connessi. Anzitutto, è un dato ormai consolidato che l'invocazione, da parte degli Stati membri, di identità nazionali ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE, non possa avvenire in spregio al rispetto dei valori di cui all'art. 2 del medesimo Trattato⁵. Tale circostanza, già presente – sebbene *in nuce* – nella pronuncia della Corte di giustizia nel caso *Sayn-Wittgenstein*⁶, è stata da questa ribadita in più occasioni fino alla sua definitiva consacrazione operata dalla plenaria nelle c.d. “sentenze gemelle” del febbraio 2022, aventi ad oggetto l'impugnazione, da parte di Polonia⁷ ed Ungheria⁸, del regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, istituente un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione. In esse la Corte ha precisato che, benché la clausola identitaria attribuisca agli Stati membri una certa discrezionalità nel perseguire gli obblighi giuridici comuni derivanti dal rispetto dei valori di cui all'art. 2 TUE, «ciò non comporta in alcun modo che tale obbligo di risultato possa variare da uno Stato all'altro»⁹. Questo perché, ricorda sempre la plenaria, «i valori contenuti nell'art. 2 TUE sono stati identificati e condivisi dagli Stati membri. Essi definiscono l'identità

⁵ In dottrina, la circostanza è largamente condivisa: v., per es., L. S. ROSSI, 2, 4, 6 (TUE)... *l'interpretazione dell'“Identity Clause” alla luce dei valori fondamentali dell'UE*, in AA.VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 859 ss.; G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 142; G. MARTINICO, *Contro l'uso populista dell'identità nazionale. Per una lettura “contestualizzata” dell'art. 4.2 TUE*, in *DPCE online*, vol. 44, n. 3, 2020, p. 3961 ss.; P. FARAGUNA, *On the Identity Clause and Its Abuses: Back to the Treaty*, in *EPL*, vol. 27, n. 3, 2021, p. 427 ss.

⁶ Corte giust. 22 dicembre 2010, C-208/09, punti 88-92.

⁷ Corte giust. 16 febbraio 2022, C-157/21, *Polonia/Parlamento e Consiglio*.

⁸ Corte giust. 16 febbraio 2022, C-156/21, *Ungheria/Parlamento e Consiglio*. Data la sostanziale coincidenza tra gli argomenti prospettati dalla Corte nelle due pronunce, nel prosieguo si farà riferimento esclusivamente a questo secondo caso.

⁹ *Ungheria/Parlamento e Consiglio*, sopra citata, punto 233.

stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune»¹⁰. Ancora più recentemente, celebrando il ventennale del “grande allargamento” del 2004, il Presidente della Corte di giustizia ha affermato che l'obbligo di conformità delle identità nazionali rispetto ai valori di cui all'art. 2 TUE deriva da un vero e proprio «principle of constitutional alignment»¹¹.

Ma il legame tra le identità nazionali degli Stati membri e l'identità sovranazionale dell'Unione non si manifesta solo nella necessità che le prime si conformino alla seconda. Sempre nelle sentenze gemelle del 2022, la plenaria ha chiarito anche che l'adesione, da parte degli Stati membri, ai valori comuni di cui all'art. 2 TUE deriva dalla condivisione degli stessi in quanto «valor[i] comun[i] alle loro proprie tradizioni costituzionali»¹².

La precisazione – in parte già desumibile dal fatto che l'art. 2 TUE dichiara che i valori dell'Unione «sono comuni agli Stati membri»¹³ – è tutt'altro che secondaria. Essa dà corpo, infatti, alla tesi secondo cui la consacrazione dei valori fondamentali su cui si regge l'Unione sarebbe frutto in prima battuta di un processo *bottom-up*, sostanzialmente equivalente a quello che ha condotto all'affermazione della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento sovranazionale per il tramite delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri¹⁴ – e d'altra parte il rispetto dei diritti fondamentali costituisce uno dei valori fondanti del sistema UE!

Tale ricostruzione sembra suggerire l'esistenza di una saldatura strutturale tra l'identità sovranazionale e le identità nazionali degli Stati membri. Ciò è ben evidenziato da Lenaerts e Gutiérrez-Fons, secondo i quali «the

¹⁰ *Ibidem*, punto 127.

¹¹ K. LENAERTS, *Celebrating 20 Years Together, Opening Speech of the Conference “20 Years since the Accession of 10 States to the European Union: A New Constitutional Moment for Europe”*, Court of Justice of the European Union, Luxembourg, 3 May 2024, p. 16, www.curia.europa.eu. In precedenza, egli aveva anche evidenziato il fatto che condotte degli Stati poste in essere in violazione dei valori fondanti l'Unione dovessero considerarsi *in quanto tali* estranee all'ambito di applicazione della clausola identitaria, rendendo pertanto inefficace, in questi casi, l'invocazione di quest'ultima da parte degli Stati medesimi (K. LENAERTS, *National Identity, The Equality of Member States before the Treaties and the Primacy of EU Law*, in B. CAROTTI (a cura di), *Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione europea, Stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali*, Giornata di studio, Roma, 2022, p. 1 ss., p. 12).

¹² *Ungheria/Parlamento e Consiglio*, sopra citata, punto 234.

¹³ V. U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, VI ed., Bari, 2020, p. 34.

¹⁴ V. Corte giust. 17 dicembre 1970, 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH*, punto 4. Di tale processo rimane una traccia importante nell'art. 6, par. 3, TUE: «I diritti fondamentali, [...] risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

identity of the Union is grounded in the constitutional traditions common to the Member States that draw on national identities»¹⁵. Non appare, dunque, sorprendente che, dopo le sentenze gemelle, la grande sezione della Corte, nella pronuncia resa il 5 giugno 2023 nel procedimento di infrazione contro la Polonia avente ad oggetto la riforma del sistema giudiziario del dicembre 2019, abbia ritenuto di poter affermare che «non si può validamente sostenere che i requisiti derivanti dal rispetto di valori [dell'Unione...] siano tali da incidere sull'identità nazionale di uno Stato membro»¹⁶. Detto in altri termini, le identità nazionali degli Stati membri finirebbero col riflettersi – per il tramite delle tradizioni costituzionali comuni – nei valori dell'Unione, sicché il comportamento degli attori UE mosso dall'esigenza di conformarsi al rispetto dei valori di quest'ultima risulterebbe nella sostanza funzionale alla tutela delle identità degli Stati¹⁷.

È nel senso appena prospettato che deve probabilmente leggersi un ulteriore passaggio contenuto nella sentenza da ultimo richiamata, ove la grande sezione precisa che l'art. 4, par. 2, TUE costituisce una disposizione «di pari rango» rispetto agli artt. 2 e 19, par. 1, comma 2, TUE¹⁸. Apparentemente, una simile affermazione potrebbe risultare in contrasto col primato dei valori dell'Unione rispetto alle identità nazionali degli Stati membri, primato che – lo si ricordava prima – è stato espressamente riconosciuto dai giudici di Lussemburgo. In realtà, ciò che l'affermazione intende verosimilmente valorizzare è proprio la radice comune degli elementi identitari richiamati nelle diverse disposizioni di diritto primario, dando così ulteriore forza all'idea che si sia di fatto realizzato un processo di “europeizzazione delle identità nazionali degli Stati membri”.

¹⁵ K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZ-FONS, *op. cit.*, p. 1506. Per una riflessione sulla interazione tra valori dell'Unione, tradizioni costituzionali comuni e identità nazionali, v. poi L. CORRIAS, *National Identity and European Integration: The Unbearable Lightness of Legal Tradition*, in *EP*, vol. 1, n. 2, 2016, p. 383 ss.; *Court of Justice of the European Union, EU in Diversity: Constitutional Traditions and National Identities. International Conference Riga, Latvia – 2-3 September 2021. Conference Proceedings*, Luxembourg, 2022.

¹⁶ Corte giust. 5 giugno 2023, C-204/21, *Commissione/Polonia*, punto 72. Per un primo commento sulla pronuncia, v. F. CASOLARI, *Corte di giustizia e valori dell'Unione: note a margine della sentenza 5 giugno 2023 sulla riforma della giustizia polacca*, in *QC*, vol. 43, n. 3, 2023, p. 669 ss.

¹⁷ K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZ-FONS, *op. cit.*, p. 1506: «the identity of the EU and national identities are in a mutually reinforcing relationship when it comes to protecting and promoting European values [...] the identity of the Union prevents the Member States from deviating from their constitutional traditions, thereby protecting national identities from incorporating authoritarian elements».

¹⁸ *Commissione/Polonia*, C-204/21, sopra citata, punto 72.

Prima di valutare quali implicazioni giuridiche derivano da tale processo, occorre compiere un'ultima importante precisazione, che è relativa alle caratteristiche della giurisprudenza sin qui richiamata. Si tratta, come noto, di una giurisprudenza relativa ai fenomeni di *rule of law backsliding*, espressione, quest'ultima, che rimanda, secondo la definizione fornita da Pech e Scheppele, a quelle situazioni in cui governi di Stati membri danno vita ad un sistematico smantellamento del modello di Stato democratico liberale¹⁹. Potrebbe dunque ritenersi che, in quanto focalizzata sul valore dello Stato di diritto, detta giurisprudenza sia, per così dire, speciale, non potendo, cioè, assumere una portata generale, tale da "coprire" anche gli altri valori su cui l'Unione si fonda. D'altra parte, si potrebbe anche sostenere che, in quanto emergenziale, ossia frutto di una crisi di sistema determinatasi solo in alcuni Paesi membri, essa non possa *per se* acquisire una valenza generalizzata per l'intero ordinamento UE. Entrambi gli argomenti sono, a parere di chi scrive, irricevibili.

Quanto al primo, è sufficiente ricordare il rilievo attribuito dalle istituzioni UE al valore dello Stato di diritto. Nel già citato regolamento 2020/2092, volto ad introdurre norme finalizzate alla protezione del bilancio dell'Unione in caso di violazioni dei principi dello Stato di diritto nei Paesi membri, si legge, in particolare, quanto segue: «[s]ebbene non esista una gerarchia tra i valori dell'Unione, il rispetto dello Stato di diritto è essenziale per la tutela degli altri valori fondamentali su cui si fonda l'Unione, quali la libertà, la democrazia, l'uguaglianza e il rispetto dei diritti umani. Il rispetto dello Stato di diritto è intrinsecamente connesso al rispetto della democrazia e dei diritti fondamentali. L'uno non può esistere senza gli altri, e viceversa»²⁰. Emerge chiaramente da questo passaggio l'idea che il rispetto dello Stato di diritto sia una precondizione essenziale per la tutela degli altri valori²¹. In questa prospettiva, la giurisprudenza della Corte volta a chiarire

¹⁹ L. PECH, K. L. SCHEPPELE, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, in *CYELS*, vol. 19, 2017, p. 3 ss., p. 10: «the process through which elected public authorities deliberately implement governmental blueprints which aim to systematically weaken, annihilate or capture internal checks on power with the view of dismantling the liberal democratic state and entrenching the long-term rule of the dominant party». In generale, sulla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa a tali derive patologiche, v. A. CIRCOLO, *Il valore dello Stato di diritto nell'Unione europea. Violazioni sistemiche e soluzioni di tutela*, Napoli, 2023; L. LIONELLO, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Significato, portata e resistenze alla sua applicazione*, Torino, 2024, p. 227 ss.

²⁰ Reg. 2020/2092, cit., considerando n. 6.

²¹ Ciò è confermato anche dalla definizione del valore Stato di diritto presente nel citato reg.: «[i]n ess[a] rientrano i principi di legalità, in base alla quale il processo legislativo deve

il rilievo del primo nell'ordinamento UE non può non proiettarsi anche sugli ulteriori valori su cui si fonda l'Unione, acquisendo pertanto carattere di generalità.

Rispetto al secondo argomento, volto ad evidenziare la natura emergenziale – e, dunque, asistemica – della giurisprudenza sopra richiamata, occorre rammentare anzitutto come detta giurisprudenza abbia preso le mosse da precedenti pronunce della Corte nelle quali quest'ultima ha proceduto a ricostruire in termini generali la portata dei valori per il processo di integrazione europea²². Tali pronunce hanno individuato nella condivisione dei valori UE la «premessa fondamentale» per la fiducia reciproca tra Stati membri²³ e nel collegamento strutturale tra l'art. 2 e l'art. 19 TUE la garanzia del corretto funzionamento del sistema giurisdizionale dell'Unione²⁴; e, dunque, il fondamento per la tutela «delle caratteristiche specifiche e dell'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione»²⁵.

Inoltre, la giurisprudenza in questione ha anche chiarito quale sia la portata sistemica dei valori dell'Unione rispetto alla *membership* all'Unione.

essere trasparente, responsabile, democratico e pluralistico; certezza del diritto; divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; tutela giurisdizionale effettiva, compreso l'accesso alla giustizia, da parte di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali, anche per quanto riguarda i diritti fondamentali; separazione dei poteri; non-discriminazione e uguaglianza di fronte alla legge. Lo Stato di diritto è da intendersi alla luce degli altri valori e principi dell'Unione sanciti nell'articolo 2 TUE» (art. 2, lett. a). V. anche la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, COM (2014) 158final, dell'11 marzo 2014, p. 4-5. La giurisprudenza della Corte di giustizia ha in particolare evidenziato come la tutela dei diritti fondamentali risulti subordinata all'affermazione dell'Unione nei termini di una Unione di diritto, vale a dire un ente le cui istituzioni sono soggette al controllo dalla conformità dei loro atti rispetto ai Trattati. V., per tutte, Corte giust. 25 luglio 2002, C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores/Consiglio*, punto 38. In dottrina, v., *ex multis*, M. SAFJAN, *The Rule of Law and the Future of Europe*, in *DUE*, vol. 24, n. 3, 2019, p. 425 ss., p. 430, in cui l'Autore si riferisce allo Stato di diritto come ad un «directional fundamental value of the legal system of the European Union», e A. CIRCOLO, *op. cit.*, p. 104 ss.

²² Corte giust. 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione/Polonia*, punto 42 ss.

²³ Corte giust. parere 2/13, sopra citato, punto 168; Corte giust. 6 marzo 2018, C-284/16, *Achmea*, punto 34; 10 dicembre 2018, C-621/18, *Wightman e a.*, punto 63. V. M. P. MADURO, *General Report, in Mutual Trust, Mutual Recognition and the Rule of Law*, in A. KORNEZOV (ed.), *The XXX FIDE Congress in Sofia, 2023 Congress Publications*, vol. 1, Sofia, 2023, p. 23 ss.

²⁴ Corte giust. 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, punti 32 e 33.

²⁵ *Achmea*, sopra citata, punto 35. L. LIONELLO, *op. cit.*, p. 60 ss.

Lo ha fatto ribadendo che la tutela di tali valori costituisce una condizione preliminare per l'adesione all'Unione²⁶; e precisando che essa rappresenta anche una condizione per il godimento dei diritti derivanti dall'applicazione dei Trattati da parte degli Stati membri²⁷, con la conseguenza che questi ultimi sono tenuti ad evitare qualsiasi regressione nella tutela dei valori UE²⁸.

Come si può facilmente intuire, le affermazioni della Corte sin qui richiamate ben trascendono le situazioni patologiche che hanno contribuito a determinarle, acquisendo pertanto una portata strutturale (*rectius*, costituzionale²⁹). Preciso ciò, è ora possibile valutare quali implicazioni derivino sul piano giuridico dal prefigurato processo di europeizzazione delle identità nazionali.

3. *Identità sovranazionale e identità di Stato membro*

Sostenere che si sia determinata una europeizzazione delle identità nazionali non equivale a dire che si sia proceduto a realizzare una mera sommatoria di queste ultime³⁰. Tutt'altro. L'identità sovranazionale che da tale processo deriva è "filtrata" dagli elementi di struttura dell'«ordinamento di nuovo genere» costituito attraverso i Trattati³¹ e viene da essi teleologi-

²⁶ Corte giust. 21 dicembre 2021, C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 e C-840/19, *Euro Box Promotion e a.*, punti 160 e 161.

²⁷ Corte giust. 20 aprile 2021, C-896/19, *Repubblika*, punto 63.

²⁸ *Ibidem*, punto 64.

²⁹ P. MORI, *Identità nazionale, valori comuni e condizionalità*, in questo volume, e la dottrina ivi citata.

³⁰ D'altra parte, è ben noto che, nell'applicare il metodo comparato al fine di individuare elementi comuni agli ordinamenti nazionali, la Corte di giustizia mantiene comunque una forte impronta teleologica: «[a]s applied by the Court of Justice, the comparative method is not tantamount to finding the 'lowest common denominator'. Nor is that method an arithmetical formula that automatically pinpoints the 'common denominators' between the different Member States solutions. Instead, when applying that method, the Court of Justice, and here I quote from an opinion of Advocate General Lagrange of 1962 [in Case 14/61 *Hoo-govens v High Authority*], 'chooses from each of the Member States those solutions which, having regard to the objectives of the Treat[ies], appear [to] be the best'». Cfr. K. LENAERTS, *The Constitutional Traditions Common to the Member States: The Comparative Law Method*, in *Court of Justice of the European Union, EUnited in Diversity*, op. cit., p. 35 ss., p. 39. In tema, v. anche G. MARTINICO, *General Principles of EU Law and Comparative Law*, in K. S. ZIEGLER, P. J. NEUVONEN, V. MORENO-LAX (eds.), *Research Handbook on General Principles in EU Law. Constructing Legal Orders in Europe*, Cheltenham-Northampton, 2022, p. 82 ss.

³¹ Corte giust. 5 febbraio 1963, 26/62, *Van Gend en Loos*.

camente orientata per il perseguimento degli obiettivi comuni. In questo senso, essa contribuisce altresì a meglio qualificare l'appartenenza degli Stati europei all'Unione, concorrendo in tal modo a definire un'altra identità, quella, appunto, di Stato membro³². Diverse sono le manifestazioni di questo ulteriore processo, che si sviluppa secondo una traiettoria – *top-down* – opposta a quella sin qui descritta.

Anzitutto, la giurisprudenza citata nel paragrafo precedente suggerisce una riduzione dello spazio di operatività di cui gli Stati membri dispongono nell'invocare le proprie identità nazionali ai termini dell'art. 4, par. 2, TUE. Nel momento in cui, infatti, si sostiene che i valori comuni cristallizzati nell'art. 2 TUE – e gli obblighi che ad essi danno concretizzazione – non possono *per se* confliggere con le identità nazionali degli Stati membri, sembrerebbe potersi concludere che le situazioni nelle quali questi ultimi possano invocare a giusto titolo un'esigenza di tutela delle proprie identità nazionali di fronte ad un'azione dell'Unione conforme ai suoi valori fondanti siano ridotte (non inesistenti!).

Le conseguenze strutturali di quanto appena detto sono chiaramente desumibili da una ulteriore precisazione operata dalla Corte nella sua recente giurisprudenza sulla “saga” dei giudici polacchi. Ci si riferisce, in particolare, all'affermazione resa dalla grande sezione nel 2023 secondo cui, «nella scelta del proprio modello costituzionale, gli Stati membri sono tenuti a osservare» il rispetto dei valori di cui all'art. 2 TUE³³. L'indicazione è chiara e, per certi versi, rappresenta una sorta di quadratura del cerchio rispetto al processo avviato dal Trattato di Maastricht. Come si diceva³⁴, allora l'inserimento di un riferimento relativo alle identità nazionali nel diritto primario aveva anzitutto inteso contenere il rischio che l'allargamento del processo di integrazione potesse intaccare il modello di democrazia liberale fondata sullo Stato di diritto che ispirava i dodici Paesi membri dell'Unione. Trent'anni dopo Maastricht, sembrerebbe potersi dire, almeno stando alle indicazioni fornite dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che la partecipazione al processo di integrazione, a partire dalla condivisione del suo fondamento valoriale, sia divenuta lo strumento di garanzia *par excellence* di tale modello, imponendo agli Stati membri l'obbligo di conformare le proprie scelte

³² M. CREMONA, N. NIC SHUIBHNE, *Integration, Membership, and the EU Neighbourhood*, in *CMLR*, vol. 59, Special Issue, 2022, p. 155 ss., spec. p. 176: «Compliance with the values in Article 2 is [...] entrenched as part of the legal code for sustaining *valid* membership».

³³ Corte giust. 22 febbraio 2022, C-430/21, RS, punto 43; *Commissione/Polonia*, C-204/21, sopra citata, punto 74.

³⁴ V. nota 4 e testo corrispondente.

di natura costituzionale ai valori comuni dell'Unione ed al principio di non regresso nella tutela di questi ultimi³⁵.

Vale la pena di evidenziare poi come il passaggio giurisprudenziale appena richiamato costituisca probabilmente la manifestazione più prorompente della c.d. “teoria della limitazione”, sviluppata dalla Corte UE al fine di precisare quali limiti gli Stati membri possono incontrare, in virtù della loro partecipazione al processo di integrazione, nell'esercizio di competenze esclusive e prerogative sovrane³⁶. Come noto, tale teoria valorizza l'ultima parte del paragrafo 3 dell'art. 4 TUE, ove si precisano gli obblighi negativi che ricadono in capo agli Stati membri alla luce del principio di leale cooperazione. La disposizione chiarisce, in particolare, che: «[g]li Stati membri [...] si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione». Ebbene, in diverse occasioni, la

³⁵ Già Maduro aveva acutamente preconizzato questo risultato, evidenziando la «congruenza strutturale» tra i valori costituzionali degli Stati UE e quelli dell'ordinamento giuridico comunitario. Secondo Maduro, infatti, «[t]ale identità sistemica è ricordata all'art. 6 TUE [nella sua versione precedente al Trattato di Lisbona] e garantisce che non vengano violate le costituzioni». V. conclusioni dell'Avv. gen. Maduro, del 21 maggio 2008, C-127/07, *Arcelor Atlantique e Lorraine e a.*, par. 16. Cfr. poi, in dottrina, P. MORI, *Il primato dei valori comuni dell'Unione europea*, in *DUE*, vol. 26, n. 1, 2021, p. 75: «l'enunciazione contenuta nell'art. 2 TUE sembra diretta a configurare un modello istituzionale e giuridico di Stato democratico rispetto al quale i valori comuni ivi indicati risultano sinergici. In questa prospettiva è evidente il carattere precettivo della disposizione, che pur non attribuendo una competenza materiale all'Unione, pone certamente all'ordinamento giuridico dell'Unione e, soprattutto, a quello dei suoi Stati membri un vincolo di conformità ai valori in essa sanciti, di modo che tali valori si impongono agli Stati membri come limite generale applicabile anche negli ambiti di loro competenza esclusiva». Del resto, come correttamente segnalato da E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, III ed., Torino, 2020, p. 34, la “comunanza” dei valori evidenziata anche dalla Corte rimanda all'idea che questi ultimi costituiscano un patrimonio oggetto di tutela condivisa, in quanto tale estranea al rigido riparto di competenze tra Unione e Stati membri. Sul punto v. anche K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZ-FONS, *op. cit.*, p. 1505.

³⁶ Conclusioni dell'Avv. gen. Pikamäe, dell'11 dicembre 2019, C-457/18, *Slovenia/Croazia*, par. 138. Sul fenomeno in questione v. L. AZOULAI, *The “Retained Powers” Formula in the Case Law of the European Court of Justice: EU Law as Total Law?*, in *European Journal of Legal Studies*, vol. 4, n. 2, 2011, p. 178 ss. V. anche B. DE WITTE, *Exclusive Member States Competences – Is There Such a Thing?*, in S. GARBEN, I. GOVAERE (eds.), *The Division of Competences between the EU and the Member States – Reflections on the Past, the Present and the Future*, Oxford, 2017, p. 59 ss.; L. BOUCON, *EU Law and Retained Powers of Member States*, in L. AZOULAI (ed.), *The Question of Competence in the European Union*, Oxford, 2014, p. 168 ss.; F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, Napoli, 2020, p. 88 ss.

disposizione in questione è stata richiamata dalla Corte per sostenere che anche le prerogative sovrane degli Stati UE debbono considerarsi soggette a tale limitazione, con la conseguenza che essi non sarebbero (più) completamente liberi di esercitarle a loro piacimento, dovendo tenere conto della loro partecipazione all'Unione.

Come detto, diverse sono le manifestazioni di questa teoria. Per restare nel contesto della tutela dei valori dell'Unione, può richiamarsi la prima giurisprudenza sui giudici polacchi, nella quale la Corte ha precisato 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»³⁷. Testimonianze di questo approccio si rinvennero poi, tra l'altro, nella giurisprudenza in materia di cittadinanza europea³⁸ ed in quella avente ad oggetto la tutela della sicurezza nazionale³⁹. L'applicazione della teoria della limitazione, cui ricorre la grande sezione della Corte nel ricostruire l'ambito di applicazione dell'art. 4, par. 2, TUE, è tuttavia, come detto sopra, decisamente più prorompente se si pone mente al fatto che, come correttamente evidenziato in dottrina alla luce dei lavori preparatori che hanno portato alla formulazione della disposizione⁴⁰, la clausola identitaria introdotta dal Trattato di Lisbona nasceva in realtà con lo scopo di individuare «the hard core of national sovereignty which the Union may not affect»⁴¹.

³⁷ *Commissione/Polonia*, C-619/18, sopra citata, punto 52. V. anche P. MORI, *Il rispetto dello Stato di diritto: "affari interni" o questione europea? I nuovi meccanismi di controllo dell'Unione alla prova della Polonia*, in *federalismi.it*, 28 dicembre 2016.

³⁸ È rimasta celebre in proposito la c.d. "formula Micheletti": «[L]a determinazione dei modi di acquisto e di perdita della cittadinanza rientra, in conformità al diritto internazionale, nella competenza di ciascuno Stato membro, competenza che deve essere esercitata nel rispetto del diritto comunitario». Corte giust. 7 luglio 1992, C-369/90, *Micheletti e a.*, punto 10. V. anche K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZ-FONS, *op. cit.*, p. 1505, che, nell'individuare i vincoli derivanti dalla base valoriale dell'Unione per le scelte costituzionali operate dagli Stati membri, evidenziano come l'interazione tra l'identità sovranazionale e quelle degli Stati membri richiami proprio il rapporto tra cittadinanza europea e cittadinanza nazionale: «[j]ust like EU citizenship and nationality, the identity of the EU and national identities are not in competition but they add up to each other».

³⁹ Corte giust. 6 ottobre 2020, C-511/18, C-512/18 e C-520/18, *La Quadrature du Net e a.*, punto 99; 30 aprile 2024, C-470/21, *La Quadrature du Net e a. () e lutte contre la contre-façon*, punto 66. V. pure F. CASOLARI, *Supranational Security and National Security in Light of the EU Strategic Autonomy Doctrine: The EU-Member-States Security Nexus Revisited*, in *European Foreign Affairs Review*, vol. 28, n. 4, 2023, p. 323 ss.

⁴⁰ M. BONELLI, *National Identity and European Integration Beyond 'Limited Fields'*, in *EPL*, vol. 27, n. 3, 2021, p. 537 ss., p. 544.

⁴¹ C. TIMMERMANS, *ECJ Doctrines on Competences*, in L. AZOULAI (ed.), *op. cit.*, p. 155

Evidentemente, anche per tale via si favorisce una progressiva limitazione dell'invocabilità della clausola identitaria da parte degli Stati membri. È certamente vero che la clausola mantiene la sua operatività entro lo spazio delimitato dagli artt. 2, 19 e 49 TUE. Lo ricorda molto chiaramente la grande sezione della Corte in *RS*. Qui i giudici di Lussemburgo precisano che: «né l'articolo 2 né l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, né altre disposizioni del diritto dell'Unione impongono agli Stati membri un modello costituzionale preciso che disciplini le relazioni e l'interazione tra i diversi poteri statali, in particolare per quanto riguarda la definizione e la delimitazione delle competenze di questi ultimi»⁴². E, tuttavia, vi è da domandarsi se la crescente tendenza della Corte di giustizia a pronunciarsi sulla portata giuridica dei valori dell'Unione – a cui va a sommarsi una certa propensione manifestata dal legislatore UE ad adottare, in determinati ambiti settoriali, normative di dettaglio che danno ulteriore concretizzazione a detti valori⁴³ – non possano in prospettiva comprimere ulteriormente l'«individualità politica» degli Stati membri⁴⁴, della quale l'art. 4, par. 2, dovrebbe fungere da presidio.

Ci si può pertanto domandare se gli sviluppi in atto contribuiscano anche

ss., spec. p. 160. V. anche J.-D. MOUTON, *Le respect de l'identité nationale des États membres*, in L. POTVIN-SOLIS (sous la direction de), *Le statut d'État membre de l'Union européenne*, Bruxelles, 2018, p. 451 ss., p. 453.

⁴² Segnatamente nell'ottica del dialogo cooperativo tra Corti costituzionali nazionali e Corte di giustizia UE da quest'ultimo prefigurato nei termini di un metodo strutturale: v. *RS*, sopra citata, punto 43. V. poi, in dottrina, B. CORTESE, *L'ordinamento dell'Unione europea tra autocostruzione, collaborazione e autonomia*, Torino, 2018, p. 231-232; P. MENGOZZI, *Corte di giustizia, Corte costituzionale, principio di cooperazione e la saga Taricco*, in *SIE*, vol. 15, n. 1, 2020, p. 9 ss.; L. S. ROSSI, *Il principio del primato come "regola di coesione" dell'ordinamento dell'Unione europea*, in questo fascicolo; S. SCIARRA, *I rinvii pregiudiziali proposti dalla Corte costituzionale come elementi di una relazione collaborativa*, in questo fascicolo; L. DANIELE, *I valori dell'Unione nei giudizi nazionali: Stato di diritto e rinvio pregiudiziale*, in questo fascicolo. Interessante, da questo punto di vista, la considerazione svolta da Maes in un recente studio richiesto dalla Commissione Affari Costituzionali del Parlamento europeo. L'Autore individua nell'art. 4, par. 2, TUE, «an important reference point for a "shared normativity" between European and national legal orders: the normative content of the identity clause is formed by the relationship between EU law and the national law of the Member States». Cfr. C. MAES, *The Notion of Constitutional Identity and Its Role in European Integration*, Bruxelles, 2024, p. 41.

⁴³ Ciò è particolarmente evidente nella normativa adottata per la costituzionalizzazione dello spazio digitale europeo: v. in proposito F. FERRI, *Transizione digitale e valori fondanti dell'Unione: riflessioni sulla costituzionalizzazione dello spazio digitale europeo*, in *DUE*, vol. 27, n. 2, 2022, p. 277 ss. V. anche *infra*, par. 5.

⁴⁴ Conclusioni dell'Avv. gen. Maduro, dell'8 ottobre 2008, C-213/07, *Michaniki*, par. 31.

ad avallare una ricostruzione restrittiva del significato della clausola identitaria, in linea, per esempio, con la lettura di essa recentemente offerta da parte di Bruno de Witte⁴⁵. L'Autore, muovendo da una ricostruzione del significato della clausola basata sul senso letterale dei termini che la compongono, sostiene che essa non debba essere impiegata per scopi diversi da quello di proteggere la «national *institutional diversity*» degli Stati membri, con ciò intendendosi esclusivamente «the specific institutional infrastructure of each Member State»⁴⁶, il diritto dell'Unione prevedendo già altri meccanismi e principi in grado di salvaguardare gli ulteriori interessi legittimi di questi ultimi⁴⁷. L'eccessiva frammentazione della giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 4, par. 2, TUE, non consente di fornire una risposta definitiva sulla questione qui sollevata⁴⁸. Si tratta, tuttavia, di un interessante spunto di riflessione sul quale è bene mantenere alta l'attenzione e che consentirebbe di riconciliare la giurisprudenza di cui si sta discutendo con la necessità di preservare la diversità costituzionale degli Stati membri⁴⁹.

Vi sono poi altre implicazioni sistemiche che derivano da quanto precede e che meritano un breve cenno. Anzitutto, il richiamo alla teoria della limitazione nell'identificazione dei vincoli derivanti dall'identità sovranazionale comune per i modelli costituzionali degli Stati membri contribuisce al consolidamento di una lettura sistematica delle disposizioni contenute nell'art. 4 TUE⁵⁰; e, con essa, al rafforzamento della cornice giuridica di rife-

⁴⁵ B. DE WITTE, *Article 4(2) TEU as a Protection of the Institutional Diversity of the Member States*, in *EPL*, vol. 27, n. 3, 2021, p. 559 ss.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 561.

⁴⁷ V. anche sul punto G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 202. Su tali ulteriori meccanismi e principi, v. poi M. VARJU (ed.), *Between Compliance and Particularism. Member State Interests and European Union Law*, Cham, 2019.

⁴⁸ Il limitato contributo sin qui offerto dalla Corte UE alla ricostruzione della natura della clausola identitaria è ben evidenziato da G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea*, cit. V. anche G. DI FEDERICO, G. MARTINICO, *Official Languages, National Identities and the Protection of Minorities: A Complex Legal Puzzle*, in *ECLR*, vol. 19, n. 2, 2023, p. 346 ss. Commentando la recente pronuncia della Corte di giustizia nel caso *Boriss Cilevic s* (Corte giust. 7 settembre 2022, C-391/20), gli Autori ricordano come, «[d]espite the considerable case law on the matter, the truth is that in practice the use of Article 4(2) TEU remains largely unsubstantiated» (*ibidem*, p. 369).

⁴⁹ J. N. DA CUNHA RODRIGUES, *National Identity and European Construction*, in K. LENAERTS ET AL. (eds.), *An Ever-Changing Union? Perspectives on the Future of EU Law in Honour of Allan Rosas*, Oxford, 2019, p. 35 ss., p. 49.

⁵⁰ V. F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea*, cit., p. 191 ss., e la dottrina *ivi* citata; L. S. ROSSI, *Il principio del primato come "regola di coesione" dell'ordinamento dell'Unione europea*, cit.

rimento per i diritti e i doveri di *membership* degli Stati membri.

In secondo luogo, dal momento che i giudici di Lussemburgo invocano la teoria della limitazione per vincolare la scelta, da parte degli Stati membri, del proprio modello costituzionale, si dovrebbe pure ritenere che tale teoria possa essere applicata nel senso di impedire agli Stati membri di ricorrere alle proprie norme costituzionali al fine di procedere a delle revisioni del diritto primario che non siano in linea con l'identità sovranazionale dell'Unione. Si tratta, evidentemente, di un'affermazione "forte", peraltro non individuabile nella giurisprudenza della Corte di giustizia oggetto di esame, che sottintende una compressione significativa della capacità degli Stati UE di agire come "Signori dei Trattati". A ben vedere, tuttavia, essa appare un'inevitabile conseguenza della necessità di preservare i tratti fondanti dell'Unione⁵¹. Come evidenziato in altro contesto⁵², ciò non implica, evidentemente, che si possa impedire agli Stati UE di esercitare la propria sovranità al fine di determinare revisioni dei Trattati che possono porsi in conflitto con i valori dell'Unione. Ancorché si tratti di uno scenario remoto, esso potrebbe comunque verificarsi. In questo caso, tuttavia, è altrettanto evidente che gli Stati verrebbero a porsi al di fuori dell'ordinamento dell'Unione – non agendo più in quanto Stati membri ma come Stati sovrani *tout court* – ed accettando pertanto, come sottolineato da autorevole dottrina, di «compromettere sostanzialmente le basi sulle quali si fondano il suo [dell'Unione] corretto funzionamento e in definitiva, prima ancora, la sua stessa esistenza»⁵³.

Tracce dell'affermazione della matrice identitaria di Stato membro sono poi rinvenibili, infine, nelle costituzioni dei Paesi che partecipano al processo di integrazione europea. Il riferimento va, in particolare, ad alcune delle

⁵¹ V. R. PASSCHIER, M. STREMLER, *Unconstitutional Constitutional Amendments in European Union Law: Considering the Existence of Substantive Constraints on Treaty Revision*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 5, n. 2, 2016, p. 337 ss., secondo i quali «there are good reasons to assume that the founding values of the Union, as enshrined in Article 2 TEU, constitute substantive limits of EU Treaty amendability» (*ibidem*, p. 361). Conformemente, v. A. ROSAS, L. ARMATI, *EU Constitutional Law, An Introduction.*, III ed., Oxford, 2018, p. 45: «it may be assumed that the values identified in Article 2 TEU may not be 'amended away'». Ma v. anche M. KLAMERT, *Article 48 TEU*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2019, p. 303 ss., spec. p. 309: «[t]here are no substantive limits to the scope and content of Treaty change».

⁵² F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea*, cit., p. 182 ss.

⁵³ A. DAVÌ, *Comunità europee e sanzioni economiche internazionali*, Napoli, 1993, p. 383-384.

c.d. “clausole europee” presenti nelle costituzioni nazionali⁵⁴, che contengono richiami, più o meno espliciti, alle dimensioni identitarie sovranazionali. Un richiamo esplicito si trova, per esempio, nella Costituzione croata, il cui art. 143 dispone che: «the Republic of Croatia shall, as a Member State of the European Union, participate in the creation of European unity in order to [...] attain [...] common objectives in keeping with the founding principles and values of the European Union»⁵⁵. Meno espliciti i richiami che figurano, per esempio, nelle costituzioni bulgara (art. 4), francese (art. 88-1), lussemburghese (art. 5) e tedesca (art. 23)⁵⁶. In esse si esprime l’impegno solenne degli Stati menzionati a partecipare alla costruzione e allo sviluppo dell’Unione europea. La natura costituzionale dell’impegno assunto lascia, tuttavia, presumere che l’adesione all’Unione europea possa determinare, per usare le parole di Barbera⁵⁷, una «metamorfosi» dell’ordinamento costituzionale complessivo degli Stati membri.

4. *L’europeizzazione delle identità nazionali e gli Stati terzi vicini*

La traiettoria *top-down* considerata nel paragrafo precedente si proietta anche sui rapporti che l’Unione europea ha sviluppato con i Paesi vicini. Ciò emerge chiaramente dal tenore letterale del par. 1 dell’art. 8 TUE, dedicato alle relazioni che l’Unione deve costruire con i Paesi limitrofi. In esso si specifica che tali relazioni sono finalizzate alla creazione di «uno spazio di prosperità e buon vicinato *fondato sui valori dell’Unione* e caratterizzato da

⁵⁴ Con l’espressione “clausole europee” ci si riferisce di norma alle disposizioni costituzionali concernenti la partecipazione di un determinato Stato al processo di integrazione europea e le condizioni ed i limiti relativi a detta partecipazione. Per una ricognizione delle clausole contenute nelle costituzioni degli Stati attualmente membri dell’Unione, v., in dottrina, M. CLAES, *Le “clausole europee” nelle costituzioni nazionali*, in *QC*, vol. 25, n. 2, 2005, p. 283 ss.; P. POPELIER, *“Europe Clauses” and Constitutional Strategies in the Face of Multi-Level Governance*, in *MJECL*, vol. 21, n. 2, 2014, p. 300 ss.; S. GRILLER, L. PAPADOPOULOU, R. PUFF (eds.), *National Constitutions and EU Integration*, Oxford, 2022; Y. M. CITINO, *L’Unione europea nelle costituzioni nazionali: alcune recenti tendenze*, in *Gruppo di Pisa*, n. 1, 2024, p. 70 ss.

⁵⁵ Fonte: www.sabor.hr. Corsivo aggiunto.

⁵⁶ Come noto, la Costituzione italiana non presenta una clausola europea generale ed esplicita. V., di recente, N. LUPO, *Clausole “europee” implicite ed esplicite nella Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, n. 4, 2022, p. 483 ss.

⁵⁷ A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *EdD*, vol. 8, 2016, p. 263 ss., spec. p. 350.

relazioni strette e pacifiche basate sulla cooperazione»⁵⁸. Come evidenziato in dottrina, la disposizione, strutturalmente connessa all'art. 2 TUE, costituisce una concretizzazione del più generale impegno richiamato nell'art. 3, par. 5, TUE, che richiede all'Unione, nelle relazioni con il resto del mondo, di affermare e promuovere i suoi valori ed interessi⁵⁹. È proprio in questo senso che è possibile affermare che la logica *top-down* analizzata in precedenza operi pure nei confronti dei Paesi limitrofi⁶⁰. Il fatto, tuttavia, che la logica sia la stessa non significa che medesime debbano essere anche le implicazioni che ne derivano. Anzi. Ciò che emerge dalla prassi è una spiccata differenziazione delle modalità tramite le quali le relazioni in questione sono forgiate. Di seguito sono analizzati i tre principali scenari che possono essere individuati.

5. *Primo scenario: gli Stati limitrofi che hanno intrapreso il processo di adesione*

Ora, non vi è dubbio che le implicazioni più rilevanti sul piano giuridico derivanti dall'approccio incorporato nell'art. 8 TUE valgano per gli Stati che hanno intrapreso il processo di adesione all'Unione europea. È questo, dunque, il primo scenario che merita di essere preso in considerazione. Per tali Stati, la “prospettiva europea” è tracciata, da un lato, dagli accordi di stabilizzazione/associazione conclusi con l'Unione, i più recenti dei quali considerano i valori su cui quest'ultima si fonda come elementi essenziali o centrali della cooperazione⁶¹; dall'altro, essa è definita dal criterio di

⁵⁸ Corsivo aggiunto.

⁵⁹ M. CREMONA, N. NIC SHUIBHNE, *op. cit.*, p. 158. V. anche F. CASOLARI, *Article 8 TEU*, in P. HERZOG, C. CAMPBELL, C. ZAGEL (eds.), *Smit & Herzog on the Law of the European Union. A Commentary*, Release 35 (June 2023).

⁶⁰ Imponendosi a questi ultimi in modo unilaterale: v. A. LANG, *Art. 8 TUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, II ed., Padova, 2014, p. 46 ss., spec. p. 48; P. LEINO, R. PETROV, *Between 'Common Values' and Competing Universals – The Promotion of the EU's Common Values through the European Neighbourhood Policy*, in *ELJ*, vol. 15, n. 5, 2009, p. 654 ss.

⁶¹ V., per esempio, il preambolo dell'Accordo di Associazione con l'Ucraina (2014), ove si riconosce che: «i valori comuni su cui si fonda l'Unione europea, ossia democrazia, rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali e dello Stato di diritto, sono anche elementi essenziali del presente Accordo». La previsione si integra poi con l'art. 2 dell'Accordo, che specifica ulteriormente il novero degli elementi essenziali. Analoga soluzione si rinviene nell'Accordo di Associazione con la Moldova (2014), ed in quello con la Georgia (2014). Si

adesione relativo al rispetto di detti valori, cristallizzato nell'art. 49 TUE. Entrambi i parametri normativi determinano una applicazione extraterritoriale dell'*acquis* sovranazionale relativo agli elementi identitari dell'Unione⁶², contribuendo così alla trasformazione dell'identità degli Stati in questione, che da Paesi terzi si avviano a divenire Stati membri. Questa circostanza è stata ribadita dal Consiglio UE nelle conclusioni sull'allargamento adottate nel dicembre 2023 in un modo che non dà adito ad alcun dubbio: «[i]l rispetto dei valori su cui si fonda l'UE e l'impegno a promuoverli [...] sono essenziali per tutti i partner che aspirino ad aderirvi»⁶³. A tali Stati è dunque richiesto un adattamento del proprio ordinamento giuridico (e del proprio modello costituzionale) ai valori dell'Unione che risulti pienamente in linea con quanto discusso nelle pagine che precedono⁶⁴. Non sorprende pertanto che è proprio nelle costituzioni di alcuni di questi Paesi che si rinvergono le clausole europee che maggiormente esprimono l'adesione alla matrice iden-

ricorda che, come pure rammentato dalla Corte di giustizia UE nel noto parere sull'Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e Singapore, il fatto che determinati elementi occupino un posto essenziale negli accordi menzionati autorizza, in presenza di violazioni di detti elementi, la sospensione o l'estinzione dei vincoli convenzionali. Risulta infatti invocabile, in un simile scenario, l'art. 60, par. 1, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969): Corte giust. parere 16 maggio 2017, 2/15, punti 161 e 162. G. VAN DER LOO, *The EU-Ukraine Association Agreement and Deep and Comprehensive Free Trade Area. A New Legal Instrument for EU Integration without Membership*, Leiden-Boston, 2015, p. 175 ss., evidenzia come l'aver fatto coincidere i valori dell'UE con gli elementi essenziali degli accordi di associazione conclusi con taluni Paesi limitrofi sembri ispirarsi ad una logica di «Integration without Membership».

⁶² C. HILLION, *EU Enlargement, Extra-Territorial Application of EU Law and the International Dimension*, in I. GOAVERE, S. GARBEN (eds.), *The Interface Between EU and International Law. Contemporary Reflections*, Oxford, 2019, p. 229 ss., spec. p. 236 ss.

⁶³ Segretariato generale del Consiglio, *Conclusioni del Consiglio sull'allargamento*, doc. 16707/23, 12 dicembre 2023, punto 5. Non a caso, tali valori sono anche considerati, assieme ai criteri economici, «gli elementi fondamentali del processo di adesione all'UE»: Commissione europea, *Comunicazione 2023 sulla politica di allargamento dell'UE*, doc. COM (2023) 690final, 8 novembre 2023, p. 8.

⁶⁴ K. LENAERTS, J. A. GUTÉRREZ-FONS, *op. cit.*, p. 1498: «[b]efore accession, a candidate State for EU membership must align its own constitution and national identity with those values». Secondo D. KOCHENOV, *The Acquis and Its Principles. The Enforcement of the 'Law' versus the Enforcement of 'Values' in the EU*, in A. JAKAB, D. KOCHENOV (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2017, p. 9 ss., la necessità di tutelare i valori dell'UE «resulted in the gradual articulation of EU customary law on enlargement, which would only allow democratic States adhering to the Rule of Law to accede long before these requirements made it into the text of the [EU] Treaties»: *ibidem*, p. 13-14. V. anche T. RUSSO, *Allargamento e membership dell'Unione europea*, Napoli, 2024, p. 123 ss.

titaria europea⁶⁵.

Benché caratterizzata da una forte connotazione unilaterale, l'azione di allineamento degli Stati che intendono aderire all'Unione è comunque sostenuta da quest'ultima attraverso importanti meccanismi di condizionalità finanziaria⁶⁶. Hanno portata generale il regolamento (UE) 2021/1529 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 settembre 2021, che istituisce uno strumento di preadesione (IPA III), ed il regolamento (UE) 2021/947 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 giugno 2021, che istituisce lo strumento di vicinato, cooperazione allo sviluppo e cooperazione internazionale (NDICI-Europa globale). Entrambi gli strumenti menzionano la promozione ed affermazione dei valori dell'Unione tra i propri obiettivi generali⁶⁷. Più specifica è invece la portata del regolamento (UE) 2024/792 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 febbraio 2024, che ha istituito lo strumento per l'Ucraina. Si tratta di uno strumento unico nel suo genere, che dovrebbe garantire nel medio termine la copertura generale del sostegno offerto dall'Unione europea al Paese candidato⁶⁸. E tuttavia, pur nella sua eccezionalità, anche lo strumento per l'Ucraina individua tra i suoi obiettivi generali l'allineamento del Paese ai valori dell'Unione, attraverso le necessarie riforme politiche, istituzionali, giuridiche, amministrative, sociali ed economiche⁶⁹.

Vale poi la pena rammentare il meccanismo di cooperazione e verifica

⁶⁵ V., per es., il preambolo della Costituzione del Montenegro e l'art. 78 della Costituzione della Georgia, che esprimono l'impegno di questi Paesi a cooperare per la realizzazione dell'integrazione europea (in ottica euro-atlantica). Il preambolo della Costituzione ucraina, che pure contiene l'impegno appena richiamato, afferma anche «the European identity of the Ukrainian people» (fonte: www.hcj.gov.ua/en). L'art. 1 della Costituzione serba prevede invece espressamente che la Repubblica si fondi, tra l'altro, sul «commitment to European principles and values» (fonte: www.srbija.gov.rs/). V. anche Y. M. CITINO, *op. cit.*, p. 77-80.

⁶⁶ Sul ruolo della condizionalità nella politica di allargamento, v., per tutti, K. E. SMITH, *The Evolution and Application of EU Membership Conditionality*, in M. CREMONA (ed.), *The Enlargement of the European Union*, Oxford, 2003, p. 105 ss.

⁶⁷ V., rispettivamente, art. 3, par. 2, lett. a), IPA III e art. 3, par. 1, lett. a), NDICI-Europa globale.

⁶⁸ Considerando n. 11.

⁶⁹ Art. 3, par. 1, lett. c). Si segnala poi che in data 4 aprile 2024 il Consiglio e il Parlamento europeo hanno raggiunto un accordo provvisorio sull'istituzione di uno strumento di riforma e crescita per i Balcani occidentali. Tra gli obiettivi dello strumento figura espressamente il sostegno per la convergenza dei Paesi interessati verso i valori UE: v. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on establishing the Reform and Growth Facility for the Western Balkans (first reading)*, doc. 7147/24, 6 March 2024, art. 3, par. 1, lett. a).

(MCV), istituito dalla Commissione alla luce dell'art. 49 TUE e dell'art. 4, par. 3, del Trattato di adesione di Bulgaria e Romania (2007) al fine di verificare i progressi compiuti dai due Stati per garantire il rispetto dei parametri di riferimento in materia di riforma giudiziaria e di lotta contro la corruzione⁷⁰. Anche in questo caso, siamo di fronte ad una soluzione *sui generis*, che ha di fatto introdotto un meccanismo post-adesione volto a supportare i nuovi Stati membri nell'allineamento alla base valoriale dell'Unione. Lo segnala molto chiaramente la grande sezione della Corte UE nella pronuncia nelle cause riunite *Asociația "Forumul Judecătorilor din România" e a.*, relativa ad una serie di procedimenti avviati in Romania a fronte di una vasta riforma adottata dallo Stato in materia di giustizia e contrasto alla corruzione. La Corte rammenta, in particolare, che «[l]'attuazione dell'MCV e la fissazione di parametri di riferimento [...] hanno lo scopo di completare l'adesione» dei Paesi interessati, ponendo rimedio alle carenze constatate prima dell'adesione e dando piena attuazione alla precondizione per la mutua fiducia tra Stati membri, ossia il rispetto dei valori su cui si fonda l'Unione⁷¹.

In pratica, conformemente a quanto previsto dagli artt. 37 e 38 dell'Atto relativo alle condizioni di adesione di Bulgaria e Romania, il monitoraggio istituzionalizzato nell'MCV avrebbe dovuto fornire alla Commissione europea gli elementi oggettivi necessari per valutare l'eventuale adozione di misure di salvaguardia nei confronti dei due Stati al fine di preservare il mercato interno dell'Unione ed il suo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. È vero che la possibilità di adottare misure di salvaguardia era comunque limitata temporalmente, essendo confinata, secondo quanto stabilito dai menzionati artt. 37 e 38, entro un periodo massimo di tre anni dalla data di adesione. È pure vero che l'MCV non è stato riproposto nel caso dell'adesione della Croazia, ancorché gli artt. 38 e 39 del relativo Atto di adesione ben prevedessero la possibilità di adottare misure di salvaguardia nei medesimi ambiti settoriali. E tuttavia, indipendentemente da queste considerazioni e dalla

⁷⁰ V., rispettivamente, decisione 2006/928/CE della Commissione, del 13 dicembre 2006, poi abrogata con decisione (UE) 2023/1786 della Commissione, del 15 settembre 2023, e decisione 2006/929/CE della Commissione, del 13 dicembre 2006, poi abrogata con decisione (UE) 2023/1785 della Commissione, del 15 settembre 2023. Sull'MCV in generale, cfr. A. ROSANÒ, *Not another EU report! Il meccanismo di cooperazione e verifica quale strumento di promozione dello Stato di diritto e i suoi effetti sul processo di allargamento*, in *Quaderno AISDUE serie speciale*, 2022, p. 189 ss.

⁷¹ Corte giust. 18 maggio 2021, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, *Asociația "Forumul Judecătorilor din România"*, punti 160-162 e 171.

valutazione che si può fare della sua efficacia, l'MCV ha un merito indubbio: quello di avere evidenziato come sia possibile adottare, tramite la cornice giuridica offerta dall'art. 49 TUE e dagli strumenti di adesione, meccanismi rafforzati di controllo nei confronti dei Paesi di nuova adesione aventi ad oggetto l'effettiva condivisione della matrice identitaria che caratterizza la *membership* all'Unione. Ciò rende possibile ipotizzare – a diritto primario costante – il ricorso a meccanismi di differenziazione nell'immediata fase post-allargamento, che consentano di promuovere – tramite il ricorso a strumenti di condizionalità ispirati ad una logica per certi versi simile a quella che informa il regolamento (UE, Euratom) 2020/2092⁷² – il rispetto effettivo della base valoriale dell'Unione⁷³.

6. *Secondo scenario: gli Stati limitrofi che non hanno intrapreso (o che non possono intraprendere) il processo di adesione*

Il secondo scenario che merita di essere menzionato è quello relativo ai Paesi limitrofi che non hanno avviato – o non possono avviare – il processo di adesione. Per essi, infatti, vale un discorso diverso: il rispetto della matrice identitaria dell'Unione costituisce un elemento di condizionalità volto a dare vita a forme di integrazione differenziate senza *membership*⁷⁴. Più precisamente, mentre per alcuni degli Stati limitrofi appare indiscutibile l'esistenza di una relazione privilegiata con l'Unione ed i suoi Paesi membri, fondata su di una «secolare comunanza di valori e sull'identità europea»⁷⁵, con la conseguenza che è possibile ipotizzare con essi forme di integrazione

⁷² Questo parallelismo non sorprende. In effetti, pur costituendo un tratto distintivo dell'azione esterna dell'Unione, il ricorso a meccanismi di condizionalità è sempre più frequente anche in relazione a dinamiche interne all'ordinamento sovranazionale, tanto da essere divenuto uno strumento di *policy* funzionale, come visto in precedenza (*supra*, par. 3), alla piena affermazione dell'identità di Stato membro. V. anche, sul punto, M. CREMONA, N. NIC SHUIBHNE, *op. cit.*, p. 174 ss.

⁷³ Quanto affermato in testo appare in linea con la precisazione compiuta dalla Grande sezione della Corte nei casi *Ziolkowski e Szeja*: «l'atto di adesione di un nuovo Stato membro si fonda essenzialmente sul principio generale dell'applicazione immediata e integrale delle disposizioni del diritto dell'Unione a tale Stato, mentre *deroghe sono ammesse solo e in quanto previste espressamente da disposizioni transitorie*». Corte giust. 21 dicembre 2011, C-424/10 e C-425/10, punto 56; corsivo aggiunto.

⁷⁴ M. CREMONA, N. NIC SHUIBHNE, *op. cit.*, p. 161.

⁷⁵ V. il secondo considerando del preambolo all'Accordo sullo Spazio Economico Europeo (1992), nonché Corte giust. 2 aprile 2020, C-897/19 PPU, *Ruska Federacija*.

normativa particolarmente sofisticate, per altri Stati tale comunanza appare meno evidente⁷⁶, sebbene essa rappresenti un punto fermo nei documenti strategici adottati dalla Commissione europea nel contesto della politica europea di vicinato⁷⁷.

Un tentativo recente di rafforzare la condivisione dell'identità valoriale dell'Unione con i Paesi limitrofi è stato compiuto dal Presidente della Repubblica francese, Emmanuel Macron, che, nel discorso tenuto il 9 maggio 2022 in occasione della cerimonia di chiusura della Conferenza sul Futuro dell'Europa, riprendendo una riflessione avviata nel 1989 dal suo predecessore François Mitterrand, ha promosso la costituzione di una Comunità politica europea. Secondo Macron, la Comunità dovrebbe costituire una «organisation européenne nouvelle [qui permette...] aux nations européennes démocratiques adhérant à notre socle de valeurs de trouver un nouvel espace de coopération politique, de sécurité, de coopération en matière énergétique, de transport, d'investissements, d'infrastructures, de circulation des personnes et en particulier de nos jeunesse»⁷⁸.

Sebbene mossa da un approccio fortemente integrazionista, l'iniziativa di Macron presenta al momento diverse criticità⁷⁹. Anzitutto, essa appare ec-

⁷⁶ V., ad es., N. GHAZARYAN, *The European Neighbourhood Policy and the Democratic Values of the EU: A Legal Analysis*, Oxford-Portland, Oregon, 2014; T. G. GUNN, A. LAGRESA, *The Human Rights Encounter Between the EU and Its Southern Mediterranean Partners*, in J. WOUTERS, M. NOWAK, A. L. CHANÉ, N. HACHEZ (eds.), *The European Union and Human Rights*, Oxford, 2020, p. 244 ss.; P.-C. MÜLLER-GRAF, *New Challenges for the Union's Treaty-Making Powers and Common Values in Implementing Its Agreements*, in S. LORENZMEIER, R. PETROV, C. VEDDER (eds.), *EU External Relations Law. Shared Competences and Shared Values in Agreements Between the EU and Its Eastern Neighbourhood*, Cham, 2021, p. 11 ss.

⁷⁷ A partire dal "manifesto" della politica europea di vicinato, ossia la comunicazione della Commissione europea, *Europa ampliata. – Prossimità: un nuovo contesto per le relazioni con i nostri vicini orientali e meridionali*, doc. COM (2003) 104final, dell'11 marzo 2003, p. 7. Cfr. poi, più recentemente, la comunicazione congiunta della Commissione europea e dell'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, *La politica del partenariato orientale dopo il 2020. Rafforzare la resilienza – Un partenariato orientale vantaggioso per tutti*, doc. JOIN (2020) 7final, 18 marzo 2020, p. 9; e l'ulteriore comunicazione congiunta della Commissione europea e dell'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, *Partenariato rinnovato con il vicinato meridionale. Una nuova agenda per il Mediterraneo*, doc. JOIN (2021) 2final, 9 febbraio 2021, p. 6.

⁷⁸ Cfr. *Discours du Président de la République à l'occasion de la Conférence sur l'avenir de l'Europe*, 9 May 2022, www.elysee.fr/.

⁷⁹ V. L. LONARDO, *The European Political Community: Nebulous Answer to the Strategic Question of How to Unite Europe*, in EP, *European Forum*, vol. 8, n. 2, 2023, p. 755 ss.; A. PAU, *An Analysis of the Rationales Behind the Launch of the European Political Community*

cessivamente legata alla contingenza rappresentata dal conflitto in Ucraina e risulta dunque priva di una prospettiva strutturale⁸⁰. In secondo luogo, la sua messa a terra si è sino ad ora limitata all'organizzazione di...tre *meeting*⁸¹ caratterizzati, peraltro, da una forte matrice intergovernativa. In terzo luogo, la scelta fatta, anche alla luce del contesto in cui l'iniziativa si è sviluppata, è stata quella di consentire la partecipazione alla Comunità dei soli Stati *europei* «that share a common set of democratic values, whether or not they are members of the Union and regardless of the nature of their current relationship with the European Union»⁸². Ciò aumenta, a ben vedere, la frammentazione delle forme attraverso le quali l'identità sovranazionale è promossa tra i Paesi limitrofi e determina una esclusione automatica da questa nuova iniziativa degli Stati vicini che partecipano al partenariato meridionale⁸³.

7. Terzo scenario: gli Stati che recedono dall'Unione

Il terzo (e ultimo) scenario che deve essere considerato è quello relativo all'ipotesi di uno Stato membro che recede dall'Unione. La prospettiva, in questo caso, è opposta a quella assunta dai Paesi che intendono aderire, trattandosi di abbandonare l'identità sovranazionale e, con essa, quella di Stato membro. Si tratta, come è facile intuire, di una trasformazione costituzionale complessa, che deve svilupparsi all'interno del solco tracciato dall'art. 50 TUE. Come noto, la disposizione prevede un netto *favor* per la realizzazione di un recesso ordinato dall'Unione⁸⁴, funzionale ad evitare fratture nel quadro costituzionale sovranazionale. Ciò permette di evidenziare

and Its Added Value for EU Diplomacy, in *EJ*, vol. 9, n. 2, 2023, p. 141 ss.

⁸⁰ V. *Non-paper European Political Community*, www.rijksoverheid.nl/: «the enlargement policy, because of the requirement for the reforms necessary to join the European Union and the duration that necessarily follows, does not today offer the necessary political framework to respond to the urgent historical and geopolitical needs arising from the war against Ukraine».

⁸¹ Svoltisi, rispettivamente, il 6 ottobre 2022 (Praga), il 1° giugno 2023 (Chişinău) ed il 5 ottobre 2023 (Granada).

⁸² Cfr. *Non-paper European Political Community*, cit. Sono attualmente 44 i Paesi aderenti alla Comunità. Ad essi si aggiunge anche il Kosovo. Fonte: www.consilium.europa.eu/.

⁸³ Senza contare la necessità di coordinarne l'azione con quella dell'Unione per il Mediterraneo, che oggi riunisce i Paesi dell'Unione e 16 Stati terzi, tra i quali figurano Paesi candidati all'adesione e Paesi partecipanti al partenariato meridionale.

⁸⁴ F. CASOLARI, *Il recesso dall'Unione europea: per una lettura dell'art. 50 TUE tra diritto sovranazionale e diritto internazionale*, in *RDI*, vol. 102, n. 4, p. 1006 ss., p. 1017.

un primo punto: la procedura di recesso deve realizzarsi nel rispetto della matrice identitaria dell'Unione⁸⁵. Del resto, è la stessa plenaria della Corte di giustizia, in *Wightman*, ad aver evidenziato il nesso strutturale tra recesso ed art. 2 TUE. Non solo i giudici di Lussemburgo hanno ricordato che l'art. 50 TUE deve essere interpretato alla luce dei valori di libertà e democrazia, «che rientrano tra i valori comuni menzionati all'articolo 2 di detto Trattato»⁸⁶. Essi hanno anche tenuto a chiarire che l'art. 50 TUE «corrisponde» all'art. 49 TUE⁸⁷, rafforzando in tal modo il collegamento strutturale, sul piano normativo, tra le due disposizioni (evidentemente anche in relazione al rilievo che per esse assume la base valoriale dell'Unione).

Il rispetto dei valori dell'Unione deve essere garantito anzitutto nell'esercizio del diritto sovrano a recedere, che deve avvenire «conformemente alle [...] norme costituzionali» dello Stato in questione (art. 50, par. 1, TUE). Ciò implica, in sostanza, la necessità di preservare i valori di democrazia e dello Stato di diritto⁸⁸. Lo dimostra molto chiaramente la *querelle* costituzionale apertasi nel Regno Unito all'indomani del referendum sulla *Brexit* rispetto alla possibilità che il governo potesse notificare il recesso senza autorizzazione parlamentare, *querelle* definita in ultimo dalla Corte suprema nel caso *Miller*⁸⁹. Nel riconoscere la necessità di un coinvolgimento del Parlamento rispetto alla decisione relativa all'attivazione dell'art. 50 TUE, la Corte suprema ha invero evidenziato come una siffatta decisione «will constitute as significant a constitutional change as that which occurred when EU law was first incorporated in domestic law by the 1972 Act [the European Communities Act 1972]»⁹⁰. Come in *Wightman*, dunque, il quadro giuridico che sovrintende al recesso dall'Unione viene paragonato

⁸⁵ M. EVOLA, *Comparing the Practice of Accession to and Withdrawal from the European Union: Commonalities in Principles and Procedures?*, in *EP*, vol. 7, n. 1, 2022, p. 439 ss.

⁸⁶ *Wightman e a.*, sopra citata, punto 62.

⁸⁷ *Ibidem*, punto 63. Nonostante le rilevanti differenze sul piano procedurale, il recesso potendo realizzarsi a livello unilaterale (cosa che non è invece possibile, evidentemente, per l'adesione all'Unione): M. VELLANO, *Brexit e oltre*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione europea 2020. I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Milano, 2021, p. 3 ss., spec. p. 6.

⁸⁸ *Wightman e a.*, sopra citata, punti 66 e 67. V. anche P. EECKHOUTT, E. FRANTZIOU, *Brexit and Article 50 TEU: A Constitutional Reading*, in *CMLR*, vol. 54, n. 3, 2017, p. 695 ss., spec. p. 708; P. R. POLAK, *EU Withdrawal as a Supranational Affair. The Case of Brexit*, Leiden-Boston, 2023, p. 78; K. LENAERTS, *Celebrating 20 Years Together*, cit., p. 16.

⁸⁹ *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)*, [2017] UKSC 5.

⁹⁰ *Ibidem*, punto 81.

dai supremi giudici a quello che ha consentito al Regno Unito di aderire ad essa. Non solo. Richiamando le parole pronunciate da Lord Hoffmann in *R v Secretary of State for the Home Department, Ex p Simms*⁹¹, la Corte suprema evidenzia l'importanza del rispetto dei principi di democrazia e dello Stato di diritto nel processo in corso: «the principle of legality means that Parliament must squarely confront what it is doing and accept the political cost», and so “[f]undamental rights cannot be overridden by general [...] words” in a statute, “because there is too great a risk that the full implication of their unqualified meaning may have passed unnoticed in the democratic process”»⁹².

La matrice identitaria sovranazionale è presente anche nell'ulteriore fase del procedimento ordinato di recesso, caratterizzata dalla conclusione dell'accordo di recesso⁹³. Se si guarda, infatti, al testo dell'Accordo di recesso concluso tra l'Unione europea ed il Regno Unito (2019) – a partire dal contenuto delle disposizioni comuni (artt. 1-8), che richiamano alcuni dei principi costituzionali dell'UE, per giungere poi alla parte quarta sulla transizione (artt. 126-132), che ha sottomesso il Paese al rispetto del diritto UE per un periodo transitorio terminato il 31 dicembre 2020⁹⁴, ed alle norme sulla risoluzione delle controversie che sollevano questioni di diritto UE (art. 174), ove si impone l'intervento pregiudiziale della Corte di giustizia – è evidente il permanere di un collegamento strutturale con l'ordinamento dell'Unione e, dunque, con il suo fondamento valoriale⁹⁵.

⁹¹ [2000] 2 AC 115, 131.

⁹² *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)*, sopra citata, punto 87.

⁹³ Diverso discorso varrebbe, evidentemente, nel caso di una *hard exit*, che determinerebbe una cesura immediata dei vincoli, anche identitari, tra lo Stato interessato e l'ordinamento sovranazionale.

⁹⁴ Circostanza, quest'ultima, che ha consentito alla Corte di giustizia di pronunciarsi nel marzo scorso in un procedimento di infrazione contro il Regno Unito avente ad oggetto l'esecuzione di un lodo arbitrale ritenuto incompatibile con il diritto UE (Corte giust. 14 marzo 2024, C-516/22, *Commissione/Regno Unito*). Occorre, infatti, rammentare che, in base all'art. 87, par. 2, dell'Accordo di recesso, la Corte di giustizia è competente a conoscere dei ricorsi per infrazione presentati dalla Commissione entro quattro anni dalla fine del periodo di transizione, purché essi abbiano ad oggetto presunte violazioni del diritto UE verificatesi prima della fine di detto periodo. Il caso di specie è tanto più rilevante se si tiene conto che in esso la Corte ha accertato una grave lesione dell'ordinamento giuridico UE da parte britannica, lo Stato avendo di fatto tenuto una condotta idonea «a mettere in discussione la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia del diritto dell'Unione nonché, in ultima analisi, il carattere proprio dell'ordinamento istituito dai Trattati» (*ibidem*, punto 86).

⁹⁵ M. EVOLA, *op. cit.*, p. 447: «[t]he WA fosters some of the principles of the EU legal

In teoria la terza fase – quella relativa alle c.d. “relazioni future” – dovrebbe segnare il completamento del processo di trasformazione dello Stato, e, dunque, la definitiva perdita dell’identità di Paese membro dell’Unione. Ed in effetti, già ad un primo sguardo, il contenuto dell’Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l’Unione europea ed il Regno Unito (2020) sembra confermare tale impressione⁹⁶. Benché concluso sotto la forma di accordo di associazione⁹⁷, il tenore letterale che contraddistingue l’Accordo evidenzia il distacco dal diritto UE, che diviene – nella prospettiva internazionalistica sposata dall’Accordo – «il diritto interno» di una parte (art. 4, par. 2). Ci si limita a richiamare, a questo proposito, due esempi particolarmente significativi. La prospettiva internazionalistica è confermata anzitutto dal primo punto del preambolo dell’Accordo, che, nell’individuare gli elementi essenziali della cooperazione da esso istituita, ribadisce l’impegno delle parti «a favore dei principi democratici, dello Stato di diritto, dei diritti umani, della lotta contro la proliferazione delle armi di distruzione di massa e della lotta ai cambiamenti climatici». Come si vede, il riferimento ai principi democratici, dello Stato di diritto, dei diritti umani (non dei diritti fondamentali!) stempera la dimensione identitaria dei valori sovranazionali, riconducendoli nel contesto più “rassicurante” degli impegni assunti dalle parti sulla scena internazionale per la tutela della pace e della sicurezza internazionale. Significativo è poi l’art. 1 dell’Accordo, che ne chiarisce le finalità. La disposizione prevede che l’Accordo stabilisca «le basi di ampie relazioni tra le parti, in uno spazio di prosperità e buon vicinato caratterizzato da relazioni strette e pacifiche basate sulla cooperazione, nel rispetto dell’autonomia e della sovranità delle parti». La norma richiama evidentemente il testo del par. 1 dell’art. 8 TUE. Significativamente, però, essa non menziona

system thus contributing to the enhancement of the funding values of the EU». V. anche M. GATTI, *Legal Status of the United Kingdom as a Third State: Strange Déjà Vu*, in W. TH. DOUMA ET AL. (eds.), *The Evolving Nature of EU External Relations Law*, The Hague, 2021, p. 249 ss.

⁹⁶ F. MUNARI, *Gli organi istituzionali e il sistema delle fonti*, in G. ADINOLFI, A. MALATESTA, M. VELLANO (a cura di), *L'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione europea e il Regno Unito*, Torino, 2022, p. 27 ss., p. 32.

⁹⁷ La decisione (UE) 2021/689 del Consiglio, del 29 aprile 2021, relativa alla conclusione dell’Accordo è, infatti, basata sull’art. 217 TFUE, in combinato disposto con l’art. 218 TFUE. V. M. GATTI, *La base giuridica dell’Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l’Unione europea e Regno Unito (TCA)*, in *EJ*, vol. 7, n. 4, 2021, p. 96 ss.; P. VAN ELSUWEGE, *A New Legal Framework for EU-UK Relations: Some Reflections from the Perspective of EU External Relations Law*, in *EP*, vol. 6, n. 1, 2021, p. 785 ss., spec. p. 790-793. Entrambi gli Autori evidenziano il carattere pragmatico della scelta operata dalle istituzioni UE quanto alla base giuridica utilizzata per la conclusione dell’Accordo.

i valori su cui si fonda l'Unione ed evidenzia, in un'ottica, ancora una volta, internazionalistica, l'autonomia e la sovranità delle parti contraenti.

Beninteso, quanto appena detto non implica che il Regno Unito abbia deciso di rinnegare i valori europei. Da un lato, è bene ricordare che essi sono stati certamente ispirati dalla tradizione democratica britannica, il cui fondamento costituzionale moderno poggia saldamente sul *Bill of Rights*. D'altra parte, il Paese è ancora parte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, pertanto, è certamente influenzato dallo standard di protezione dei diritti umani da questa alimentato⁹⁸; standard, come noto, che costituisce anche un punto di riferimento per la protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea e, più in generale, per l'affermazione di una matrice valoriale europea⁹⁹. I valori europei non sono, dunque, usciti di scena. Ad essere ridimensionato, a ben vedere, è l'orientamento teleologico di detti valori, il fatto, cioè, che essi siano funzionali all'affermazione di una identità comune sovranazionale e dell'identità di Stato membro.

Detto questo, come già ricordato in altra sede¹⁰⁰, non va nemmeno dimenticato che le relazioni tra l'Unione europea ed il Regno Unito sono oggi governate, in realtà, sia dall'Accordo di recesso – limitatamente al governo della fase di recesso – che dall'Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione – in relazione ai nuovi rapporti con l'Unione. Fintantoché il primo strumento pattizio resterà in vigore, dunque, il Paese manterrà un vincolo che gli impedirà di distaccarsi del tutto, sul piano giuridico, dalla matrice valoriale sovranazionale (e dalla interpretazione – teleologicamente orientata – che di essa è compiuta da parte della Corte di giustizia)¹⁰¹, con

⁹⁸ M. AMOS, *The Value of the European Court of Human Rights to the United Kingdom*, in *EJIL*, vol. 28, n. 3, 2017, p. 763 ss.

⁹⁹ Per alcune considerazioni sul contributo della Corte di Strasburgo alla individuazione di valori comuni, v. C. E. LEWIS, *The European Court of Human Rights and Its Search of Common Values*, in *European Convention on Human Rights Law Review*, vol. 4, n. 2, 2023, p. 179 ss.

¹⁰⁰ F. CASOLARI, *I principi del diritto dell'Unione europea negli accordi commerciali: una visione di insieme*, in G. ADINOLFI (a cura di), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, Torino, 2021, p. 73 ss., spec. p. 103.

¹⁰¹ Diverso ragionamento vale sul piano politico, ove emerge chiaramente la volontà di riaffermare un'identità valoriale autonoma del Paese. In effetti, se nella lettera trasmessa il 29 marzo 2017 al Presidente del Consiglio europeo per notificare l'intenzione di recedere dall'Unione il Primo ministro Theresa May rammentava che «that decision was no rejection of the values we share as fellow Europeans», in un recente *policy paper* sui vantaggi derivanti dalla *Brexit*, il Governo britannico si è limitato a ribadire il proprio impegno «[to] protect the fundamental rights and values that our democracy is based on» (HM Government, *The*

la conseguenza che, seppur terzo, il Regno Unito è davvero destinato per il momento a mantenere una posizione dal carattere «unico e eccezionale»¹⁰² nel panorama delle relazioni bilaterali dell'Unione con i Paesi limitrofi.

8. *Conclusioni: ciò che sembrava irrinconciliabile è stato riconciliato?*

In un contributo pubblicato nel 1995, Bruno de Witte, esaminando il concetto di sovranità nel contesto del processo di integrazione europea, ricordava come «[t]he relation between European legal integration and the fundamental principles and values of the constitutions of the Member States is far from settled»¹⁰³. Alla luce dell'analisi svolta nelle pagine che precedono, potrebbe forse assumersi oggi una posizione differente. Ad esempio, si potrebbe aderire a quella espressa dall'Avv. gen. Maduro nel caso *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*. Ricorda Maduro: «ciò che a prima vista sembrava irrinconciliabile è stato di fatto riconciliato. L'Unione europea e gli ordinamenti giuridici nazionali si fondano sugli stessi valori giuridici fondamentali»¹⁰⁴.

Ed in effetti, non vi è dubbio che la dimensione identitaria sovranazionale si sia affermata muovendo proprio dalle tradizioni costituzionali e dai valori comuni degli Stati membri. Ciò ha trovato chiara conferma nella recente giurisprudenza della Corte UE sugli episodi di *rule of law backsliding*. Tale giurisprudenza ha anche contribuito a definire la traiettoria discendente dell'identità sovranazionale: essa si sviluppa mediante un *constitutional alignment*¹⁰⁵, espressione (o principio ai sensi dell'art. 21, par. 1, TUE?) che rimanda anzitutto all'idea che gli Stati membri non possano invocare identità nazionali che siano in conflitto con i valori comuni. Ma il *constitutional alignment* ha, in realtà, una portata più vasta, in grado di determinare delle ricadute sull'assetto costituzionale statale che vanno ben oltre il contenuto delle classiche clausole europee introdotte nelle carte costituzionali. In par-

Benefits of Brexit. How the UK IS Taking Advantage of Leaving the EU, January 2022, p. 44; corsivo aggiunto).

¹⁰² L'espressione si rinviene nel considerando n. 3 della già citata decisione (UE) 2021/689 (v. *supra*, nota 97).

¹⁰³ B. DE WITTE, *Sovereignty and European Integration: The Weight of Legal Tradition*, in *MJEC*, vol. 2, n. 2, 1995, p. 145 ss.

¹⁰⁴ Conclusioni dell'Avv. gen. Maduro, *Arcelor Atlantique e Lorraine e a.*, sopra citate, par. 15.

¹⁰⁵ V. *supra*, nota 11 e testo corrispondente.

ticolare, risulta ormai preclusa agli Stati dell'Unione qualsiasi modifica del proprio modello costituzionale in un senso difforme rispetto alla matrice identitaria comune.

Lungi dal rappresentare esclusivamente una risposta al tentativo, in atto in alcuni Paesi, di consolidare identità incostituzionali¹⁰⁶ ispirate dal concetto di sovranismo giuridico¹⁰⁷, la giurisprudenza in parola ha di fatto contribuito in modo decisivo alla consacrazione di una ulteriore dimensione identitaria sul piano sovranazionale, quella, cioè, di Stato membro¹⁰⁸. Come visto, l'identità in questione si sviluppa – e si esaurisce – all'interno di una sorta di “quadrilatero normativo”, i cui vertici sono identificabili negli artt. 2, 4, 49 e 50 TUE. Significativamente, come pure osservato, elementi di tale ulteriore matrice identitaria si rinvencono con più decisione nelle clausole europee presenti nelle costituzioni di nuovi Stati membri o di Stati candidati all'adesione e sono in grado poi di proiettarsi anche sui Paesi terzi limitrofi, dando vita, in relazione a questi ultimi, a traiettorie di integrazione senza *membership* di diversa intensità.

Ciò detto, è però forse ancora (troppo) presto per concludere che le implicazioni derivanti dall'allineamento costituzionale sopra richiamato siano state definitivamente chiarite (o risolte). Da un lato, permane uno stato di incertezza quanto al margine di azione di cui possono godere gli Stati membri nell'invocare la clausola identitaria. In primo luogo, ciò è dovuto al

¹⁰⁶ T. DRINÓCZI, P. FARAGUNA, *The Constitutional Identity of the UE as a Counterbalance for Unconstitutional Identities of the Member States*, in J. DE POORTER ET AL. (eds.), *European Yearbook of Constitutional Law 2022. A Constitutional Identity for the EU*, vol. 4, 2023, p. 57 ss.

¹⁰⁷ Su di esso v. L. FERRAJOLI, *L'alleanza perversa fra sovranismi e liberismo*, in *Costituzionalismo.it*, vol. 17, n. 1, 2019, p. 1 ss. V. anche G. MARTINICO, L. PIERDOMINICI (a cura di), *Miserie del sovranismo giuridico. Il valore aggiunto del costituzionalismo europeo*, Roma, 2023.

¹⁰⁸ In ambito politologico, questa evoluzione identitaria è stata sostenuta in particolare da C. J. BICKERTON, *European Integration: From Nation-States to Member States*, Oxford, 2012. In ambito giuridico, una interessante e recente riflessione sullo statuto di Paese membro dell'Unione si rinviene nell'opera collettanea che raccoglie gli atti delle XIV Giornate Jean Monnet organizzate dal Centre de recherches sur les droits fondamentaux et les évolutions du Droit dell'Università Caen Normandie. Sottolinea opportunamente la curatrice: «Étudier le statut d'État membre en partant du cadre constitutionnel de l'Union invite à des réflexions renouvelées sur le concept d'intégration, bien au-delà du marché intérieur à partir duquel ce processus s'est construit, pour en prendre la mesure non seulement d'un point de vue économique mais aussi et surtout du point de vue de sa portée politique et juridique, sociale et culturelle». L. POTVIN-SOLIS, *Propos introductifs. Le statut d'État membre et le cadre constitutionnel de l'Union européenne*, in L. POTVIN-SOLIS (sous la direction de), *op. cit.*, p. 15 ss., spec. p. 20. V. anche F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea*, cit.

fatto che la giurisprudenza della Corte UE risulta ancora sostanzialmente focalizzata sul valore della *rule of law*, sicché non è ben chiara l'incidenza che gli altri valori fondanti potrebbero produrre sull'applicazione dell'art. 4, par. 2, TUE. In secondo luogo, l'incertezza deriva dall'approccio casistico della Corte e dalla limitata valorizzazione, da parte di quest'ultima, della natura mutua del principio di leale cooperazione; natura che, pur non rinnegando il fondamento della teoria della limitazione, dovrebbe essere anche in grado di garantire la necessaria flessibilità di cui debbono godere gli Stati nell'esercizio di prerogative riservate¹⁰⁹. Ciò al fine di non mettere in discussione gli elementi strutturali della loro sovranità¹¹⁰. Quanto appena detto si ricollega poi ad un ulteriore elemento, che è relativo all'affermazione, nell'attuale fase del processo di integrazione, del primato del diritto dell'Unione. Tale affermazione, evidentemente essenziale per la convergenza delle traiettorie identitarie sopra richiamate¹¹¹, necessita di un bilanciamento attento con i controlimiti nazionali e richiede un costante dialogo tra la Corte UE e le Corti costituzionali nazionali¹¹². Non sempre, tuttavia, si è assistito nel recente passato a genuini sforzi di convergenza¹¹³.

D'altro lato, è evidentemente necessario che all'importante azione sviluppata sul piano giurisprudenziale dai giudici di Lussemburgo venga ad aggiungersi una coerente impostazione delle istituzioni politiche dell'Unione. In proposito, sviluppi interessanti sembrerebbero poter venire dall'implementazione, sul piano normativo, della dottrina relativa all'autonomia strategica dell'Unione¹¹⁴. Originariamente sviluppatasi nel contesto della PESC,

¹⁰⁹ V. M. BONELLI, *op. cit.*, p. 557.

¹¹⁰ B. FASSBENDER, *Are the EU Member States Still Sovereign States? The Perspective of International Law*, in *EP*, vol. 8, n. 3, 2023, p. 1629 ss.

¹¹¹ P. MORI, *Il primato dei valori comuni dell'Unione europea*, cit.; F. WEBER, *The Identity of Union Law in Primacy: Piercing Through Euro Box Promotion and Others*, in *EP*, vol. 7, n. 2, 2022, p. 749 ss.

¹¹² Sul tema in generale v. L. S. ROSSI, C. TOVO, *Il principio del primato del diritto dell'Unione europea*, in G. AMATO, N. VEROLA (a cura di), *Europa tra presente e futuro*, Roma, 2023, p. 97 ss. V. anche, *ex multis*, M. CONDINANZI, *op. cit.*; C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della saga Taricco*, Milano, 2018; C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, in *Annali di Diritto costituzionale*, vol. 6, n. 8, 2020.

¹¹³ Per una rassegna completa, v. A. BOBIĆ, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict in the European Union*, Oxford, 2022; S. BARBIERI, *Il rinvio pregiudiziale tra giudici ordinari e Corte costituzionale. La ragione del conflitto*, Napoli, 2023.

¹¹⁴ Su di essa v., in particolare, lo *Special Focus* a cura di C. BEAUCILLON, S. POLI, in *EP*, vol. 8, n. 2, 2023, p. 411 ss.

la dottrina in questione muove dall'idea che l'azione dell'Unione debba essere in prima battuta orientata a tutelarne i valori e gli interessi¹¹⁵. Come ricordato nelle pagine che precedono, in alcuni ambiti settoriali ciò ha portato all'adozione di normative di diritto derivato che concretizzano i valori UE, ponendo obblighi specifici in capo agli Stati, e che quindi rafforzano la convergenza delle differenti matrici identitarie considerate in questo lavoro. Altre iniziative adottate dalle istituzioni politiche dell'Unione, in molti casi sulla scia della reazione all'aggressione dell'Ucraina da parte della Russia e, più in generale, nell'ottica di rafforzare la sicurezza delle società europee¹¹⁶, sembrano poi prefigurare un ulteriore potenziale integrazionista dell'autonomia strategica, da realizzarsi anche attraverso la valorizzazione della teoria della limitazione. Tale potenziale è in particolare espresso nei termini di una graduale affermazione della sovranità europea. Da questo punto di vista, assai significativa, soprattutto sul piano simbolico, appare la Dichiarazione di Versailles adottata al termine della riunione informale dei capi di Stato o di governo dei Paesi membri tenutasi il 10 e 11 marzo 2022 (pochi giorni dopo, cioè, l'invasione dell'Ucraina da parte delle forze militari russe), ove questi ultimi hanno deciso di «assumer[s]i maggiori responsabilità per la [...] sicurezza e di compiere ulteriori passi decisivi verso la costruzione della [...] sovranità europea»¹¹⁷. L'effettiva portata di tali dinamiche e, soprattutto, il contributo che esse possono offrire per una reale convergenza delle differenti matrici identitarie all'interno dell'ordinamento UE rimangono, tuttavia, ancora da decifrare¹¹⁸.

¹¹⁵ V. F. CASOLARI, *Supranational Security and National Security*, cit. e la dottrina *ivi* menzionata.

¹¹⁶ EDITORIAL COMMENTS, *The Passion for Security in European Societies*, in *CMLR*, vol. 61, n. 2, 2024, p. 283 ss.

¹¹⁷ Fonte: www.consilium.europa.eu.

¹¹⁸ Si tratta, in effetti, di capire, come ricorda Cannizzaro, se tale prefigurato processo sia in grado di svilupparsi effettivamente e quali conseguenze ne derivino per la statualità dei Paesi che compongono l'Unione. Se, cioè, «nel trasferire competenze al suo esterno, lo Stato sovrano stia scrivendo il suo epitaffio ovvero stia sublimando il suo potere; se trasferendo competenze e prerogative sovrane a un ente esterno, lo Stato stia producendo un nuovo servo ovvero si stia sottomettendo a un nuovo padrone». E. CANNIZZARO, *La sovranità oltre lo Stato*, Bologna, 2020, p. 91-92. Per alcune considerazioni di insieme sullo sfuggente concetto di “sovranità europea” v. S. BARBOU DES PLACES, *Taking the Language of “European Sovereignty” Seriously*, in *EP*, vol. 5, n. 1, 2020, p. 287 ss.; T. VERELLEN, *European Sovereignty Now? A Reflection on What It Means to Speak of “European Sovereignty”*, *ivi*, p. 307 ss.; F. RASPADORI, *La riforma dei Trattati ed il nodo gordiano della “sovranità europea”*, in *SIE*, vol. 18, n. 1, 2023, p. 35 ss.

Abstract (ita)

Il presente contributo contiene alcune riflessioni sull'impatto che il processo di integrazione europea ha determinato dal punto di vista delle identità degli Stati che vi hanno sin qui preso parte. In esso si sostiene che l'integrazione giuridica promossa dai Trattati abbia prodotto anche una integrazione identitaria, portando all'affermazione di una vera e propria identità sovranazionale. L'affermazione di una identità sovranazionale contribuisce anzitutto al rafforzamento del «quadro costituzionale» dell'Unione europea. Non mancano, però, rilevanti implicazioni per gli Stati che la compongono. Tale fenomeno finisce, infatti, col determinare l'emergere di una ulteriore dimensione identitaria, che caratterizza la posizione degli Stati UE in quanto "Stati membri", prefigurando in capo ad essi vincoli giuridici di matrice sovranazionale. D'altra parte, alcuni recenti sviluppi che hanno interessato l'integrazione europea – si pensi, in particolare, alla *Brexit* e all'aggressione russa dell'Ucraina, cui è seguito l'avvio del processo di adesione dello Stato terzo all'Unione e la costituzione della Comunità politica europea – dimostrano chiaramente come il processo in questione ben possa proiettarsi anche al di fuori della cerchia degli Stati membri, favorendo lo sviluppo di nuovi profili identitari che interessano specialmente gli Stati facenti parte del vicinato europeo.

Abstract (eng)

This contribution provides a reflection on the impact that the European integration process has determined from the point of view of the identities of the States that have taken part in it so far. It is argued that the legal integration promoted by the Treaties has also produced an identitarian integration, leading to the affirmation of a true supranational identity. This outcome contributes first of all to the strengthening of the «constitutional framework» of the European Union. However, that is also expected to produce significant implications for the States that compose it. This phenomenon ends up, in fact, determining the emergence of an additional identitarian dimension, which characterizes the position of the EU States as 'Member States' and, accordingly, implies supranational legal constraints on them. On the other hand, some recent developments that have affected the European integration – in particular, the *Brexit* and the Russian aggression of Ukraine, which was followed by the start of the accession procedure accession of the

latter, and by the launch of the European Political Community – clearly demonstrate how the process in question can also be projected outside the category of Member States, enabling the development of new identitarian profiles impacting the states that fall within the scope of the EU neighbourhood policy.

Sessione III
**Cittadinanza dell'Unione, tutela degli status personali
e identità costituzionali nazionali: quale equilibrio?**

Relazioni

IL DIRITTO DEI CITTADINI DELL'UNIONE "CIRCOLANTI"
DI CONDURRE UNA NORMALE VITA FAMILIARE:
STATO DELL'ARTE E PROSPETTIVE

Nicole Lazzerini*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il diritto di condurre una normale vita familiare: le sentenze *Lounes*, *Coman* e *Pancharevo*. – 3. Il nuovo approccio alla vita familiare del cittadino "circolante": oltre la logica dell'ostacolo? – 4. Qualche possibile (e auspicabile) implicazione: una modifica della nozione di "familiare" del cittadino dell'Unione nella direttiva 2004/38 con riguardo alla circolazione della coppia. – 5. *Segue*. La possibilità di avviare una procedura di infrazione per sanzionare l'assenza di una adeguata tutela giuridica alle coppie dello stesso sesso.

1. *Introduzione*

L'idea che l'esercizio effettivo del diritto di libera circolazione del cittadino dell'Unione sia strettamente connesso alla possibilità di proseguire o intraprendere una vita familiare ha radici antiche. Pur in assenza di riferimenti espliciti nel Trattato ai familiari, già il regolamento 15/61, relativo ai primi provvedimenti per l'attuazione della libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità¹, si occupava dell'ammissione dei membri della famiglia del lavoratore nello Stato membro di destinazione. Nel preambolo del successivo regolamento 1612/68 si leggeva che «il diritto di libera circolazione richiede, perché esso possa essere esercitato in condizioni obiettive di libertà e di dignità, [...] che siano [...] eliminati gli ostacoli che si oppongono alla mobilità dei lavoratori, specie per quanto riguarda il diritto per il

* Professoressa associata di diritto dell'Unione europea presso l'Università di Firenze. L'A. ringrazia le Professoresse Adelina Adinolfi e Chiara Favilli e la dott.ssa Alessandra Favi per i preziosi consigli durante la stesura della relazione, presentata al Convegno annuale AISDUE svoltosi a Padova il 2-3 novembre 2023, che ha costituito la base di questo contributo. Ringrazia altresì il dottor Carlo Tovo, referendario presso la Corte di giustizia, per gli utili spunti gentilmente condivisi a margine del Convegno. Valgono le usuali precisazioni quanto all'esclusiva responsabilità dell'A. sui contenuti.

¹ Regolamento (CEE) 15/61 del Consiglio, del 26 agosto 1961, relativo ai primi provvedimenti per l'attuazione della libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità. Si vedano, in particolare, gli articoli da 11 a 15.

lavoratore di farsi raggiungere dalla famiglia e le condizioni d'integrazione della famiglia nella società del paese ospitante»². La medesima esigenza veniva poi reiterata, con una diversa formulazione («l'esercizio di tale diritto può essere reale solo se è accordato anche ai familiari»), nel preambolo delle direttive relative all'estensione del diritto di libera circolazione ai lavoratori non più in attività e agli studenti³. Nel principale testo relativo alla libera circolazione dei cittadini dell'Unione, la direttiva 2004/38⁴, l'attenzione alla dimensione della vita familiare emerge sin dal titolo e nel preambolo viene ribadita la necessità di estendere i diritti di circolazione e soggiorno ai familiari affinché «ciascun cittadino dell'Unione possa [circolare] in oggettive condizioni di libertà e di dignità».

Dal canto suo, la Corte di giustizia ha “assecondato” e rafforzato questo *trend* legislativo, precisando, ad esempio, che gli Stati membri non possono subordinare il ricongiungimento del familiare cittadino di un Paese terzo alla condizione del previo soggiorno legale in uno Stato membro⁵. Ha poi consentito di invocare i diritti che la direttiva 2004/38 accorda al familiare anche nello Stato membro di origine del cittadino dell'Unione, in caso di ritorno di quest'ultimo dopo un soggiorno *effettivo* in un altro Stato membro⁶. Numerose sono, inoltre, le pronunce in cui la tutela della vita familiare – prima quale principio generale di diritto dell'Unione e poi come diritto fondamentale codificato all'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione – è stata evocata come limite all'allontanamento del cittadino dell'Unione o di un familiare⁷.

² Regolamento (CEE) 1612/68 del Consiglio, del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità.

³ Cfr., rispettivamente, la direttiva 90/365/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno dei lavoratori salariati e non salariati che hanno cessato la propria attività professionale, e la direttiva 93/96/CEE del Consiglio, del 29 ottobre 1993, relativa al diritto di soggiorno degli studenti.

⁴ Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE. Si vedano, in particolare, il considerando 5 e gli artt. 2, par. 2, e 3, par. 2.

⁵ Così Corte giust. 25 luglio 2008, C-127/08, *Metock*.

⁶ Su questa giurisprudenza si veda *infra*, sezione 2.

⁷ Cfr., *inter alia*, Corte giust. 11 luglio 2002, C-60/00, *Carpenter*, punti 39-41; 29 aprile 2004, C-482/01 e C-493/01, *Orfanopoulos e Oliveri*, punto 98; 23 novembre 2010, C-145/09, *Tsakouridis*, punto 52.

In questo quadro ormai molto consolidato, pochi anni fa la giurisprudenza della Corte di giustizia ha aggiunto un nuovo tassello, che ha arricchito la cornice giuridica di diritto *primario* della cittadinanza dell'Unione e le cui implicazioni – ad avviso di chi scrive – non sono state ancora compiutamente esplorate, sia dalla dottrina che dalla Corte stessa. Quest'ultima, riunita nella composizione della Grande sezione, nella sentenza *Lounes* ha affermato, per la prima volta, che l'art. 21, par. 1, TFUE conferisce ai cittadini dell'Unione che si avvalgono della libera circolazione il diritto di condurre una normale vita familiare nello Stato membro ospitante⁸. Nelle successive sentenze *Coman* e *Pancharevo*⁹, anch'esse pronunciate dalla Grande sezione, questa considerazione è stata estesa anche a quei cittadini che, dopo un soggiorno – effettivo, ai sensi della giurisprudenza della Corte – in un altro Stato membro, desiderano rientrare, con i propri familiari, nello Stato membro di origine (di seguito, si utilizzerà l'espressione "cittadini circolanti" per intendere sia coloro che si avvalgono della libera circolazione per spostarsi in un altro Stato membro sia coloro che se ne sono già avvalsi e pertanto risiedono nello Stato membro di destinazione ovvero intendono rientrare in quello di origine).

Questa lettura dell'art. 21, par. 1, TFUE può essere considerata il terzo episodio – certamente meno "rumoroso" dei precedenti, ma in potenza non meno denso di implicazioni – di quella dinamica di evoluzione della cittadinanza dell'Unione, emersa chiaramente nel periodo post-Lisbona, consistente nell'*ispessimento* della cornice di diritto primario attraverso l'individuazione, da parte della Corte di giustizia, di diritti che vanno oltre la lettera dei Trattati, ma che sono strettamente funzionali all'effettività dello *status* di cittadino dell'Unione e dei diritti a esso collegati, in particolare quelli di libera circolazione¹⁰. I precedenti sono, evidentemente, le linee giurispru-

⁸ Corte giust. 14 novembre 2017, C-165/16, *Lounes*, punto 52.

⁹ Corte giust. 5 giugno 2018, C-673/16, *Coman*, punto 32; 14 dicembre 2021, C-490/20, *Stolichna obshtina, rayon "Pancharevo"*, punto 47.

¹⁰ In dottrina è stato osservato che «instead of establishing previously unlisted citizenship rights, these rulings have used the classic scope-enhancing tools of *effet utile* and general principles of law to protect the existing rights where the black letter of the Treaty does not sufficiently do so»: così D. DUESTERHAUS, *EU Citizenship and Fundamental Rights: Contradictory, Converging or Complementary?*, in D. KOCHENOV (ed.), *EU Citizenship and Federalism: The Role of Rights*, Cambridge, 2017, p. 642-664, p. 643. La lettura proposta nel testo è leggermente diversa, poiché si ritiene che l'effetto di ampliamento della protezione già offerta dai Trattati avvenga tramite l'individuazione di diritti ulteriori, benché strettamente funzionali a quelli esplicitamente previsti.

denziali inaugurate dalle sentenze *Rottmann* e *Zambrano*¹¹, dalle quali sono emersi, da un lato, il diritto a mantenere lo *status* di cittadino dell'Unione (laddove la perdita della cittadinanza nazionale non rispetti il principio – di diritto dell'Unione – di proporzionalità) e, dall'altro, il diritto del cittadino dell'Unione che non si è (ancora) avvalso della libera circolazione di non essere privato «del godimento effettivo del contenuto essenziale dei diritti conferiti dal suo status di cittadino dell'Unione»¹².

Sebbene l'originalità dell'affermazione della Corte in *Lounes* non sia passata inosservata in dottrina¹³, l'attenzione ricevuta è minima rispetto a quella riservata alle sentenze *Rottmann* e *Zambrano* e alle loro rispettive progenie. Ciò è forse dovuto al fatto che il nesso funzionale tra tutela della vita familiare ed effettività della libera circolazione dei cittadini dell'Unione è tutt'altro che una novità, a livello sia giurisprudenziale che legislativo. Tuttavia, l'esame della sentenza *Lounes* (par. 2) e il confronto con la giurisprudenza precedente della Corte evidenziano un cambio di paradigma (par. 3) in virtù del quale il diritto di condurre una normale vita familiare del cittadino dell'Unione “circolante” potrebbe – o meglio, dovrebbe – aprire a due sviluppi nella delicata intersezione tra libera circolazione e competenza degli Stati membri in materia di diritto di famiglia: da un lato, una modifica in senso estensivo della nozione di “familiare” accolta dalla direttiva 2004/38 con riguardo all'ipotesi della circolazione della coppia (par. 4); dall'altro, l'avvio di una procedura di infrazione nei confronti di quegli Stati membri che allo stato attuale non prevedono alcuna forma di riconoscimento giuridico e di

¹¹ Cfr. Corte giust. 2 marzo 2010, C-135/08, *Rottmann*; 8 marzo 2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano*.

¹² Questa è la formulazione che, dopo qualche oscillazione, si è cristallizzata nella giurisprudenza della Corte: cfr., *inter alia*, Corte giust. 13 settembre 2016, C-165/14, *Rendón Marín*, punto 74 e, più recentemente, 5 maggio 2022, C-451/19 e C-532/19, *Subdelegación del Gobierno en Toledo (Séjour d'un membre de la famille – Ressources insuffisantes)*, punto 45. Secondo uno sviluppo recentissimo, la giurisprudenza *Zambrano* può fondare il diritto di soggiorno di cui sopra anche nell'ipotesi in cui il cittadino dell'Unione non abbia ancora mai vissuto nello Stato membro di nazionalità: così Corte giust. 22 giugno 2023, C-459/20, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Mère thaïlandaise d'un enfant mineur néerlandais)*, sulla quale si v. il commento di F. RISTUCCIA, *Di addii e benvenuti: l'applicazione della giurisprudenza Ruiz Zambrano alla residenza del familiare non UE di un cittadino UE che non ha mai vissuto nell'Unione*, in *BlogDUE*, 3 ottobre 2023.

¹³ Cfr. V. RÉVEILLÈRE, *Family rights for naturalized EU citizens: Lounes*, in *CMLR*, 2018, p. 1855, e E. MUIR, *EU Citizenship, Access to “Social Benefits” and Third-Country National Family Members: Reflecting on the Relationship Between Primary and Secondary Rights in Times of Brexit*, in *EP*, 2018, p. 1353.

tutela per le coppie dello stesso sesso (par. 5)¹⁴. Come si argomenterà, questi sviluppi discendono dall'interazione tra il "nuovo" diritto di condurre una normale vita familiare e il sistema di tutela dei diritti fondamentali dell'Unione, anche alla luce di alcune pronunce della Corte europea dei diritti umani che su di esso hanno un'eco inevitabile.

2. *Il diritto di condurre una normale vita familiare: le sentenze Lounes, Coman e Pancharevo*

Il rinvio pregiudiziale nel caso *Lounes*, sollevato dalla *High Court of Justice (England and Wales)*, poneva la Corte dinanzi a una fattispecie inedita: il giudice nazionale chiedeva se una cittadina spagnola, che si era trasferita nel Regno Unito per motivi di studio e vi era poi rimasta in qualità di lavoratrice, doveva considerarsi beneficiaria della direttiva 2004/38, ai sensi del suo art. 3, par. 1, nonostante l'acquisto per naturalizzazione della cittadinanza britannica, avvenuto senza la perdita della cittadinanza spagnola. La domanda era funzionale a stabilire se il coniuge della signora – un cittadino algerino con cui ella aveva contratto matrimonio *dopo* la naturalizzazione e che si trovava nel Regno Unito in situazione irregolare – poteva vantare un diritto di soggiorno in base alla direttiva. A livello nazionale, la richiesta del sig. Lounes di ottenere una carta di soggiorno in qualità di familiare di un cittadino dell'Unione era stata rigettata poiché, in base alla normativa in vigore, aggiornata a seguito della sentenza *McCarthy*¹⁵, i cittadini naturalizzati britannici non erano più considerati beneficiari della direttiva, anche se conservavano la cittadinanza dello Stato membro di origine. Correttamente, il giudice del rinvio dubitava della compatibilità con il diritto dell'Unione della decisione di rigetto, dal momento che nella sentenza *McCarthy* la Corte ha considerato la *diversa ipotesi* di un cittadino dell'Unione che ha la cittadinanza sia dello Stato membro nel quale soggiorna sia di un altro Stato mem-

¹⁴ A prescindere da questi auspicabili sviluppi, al pari delle linee giurisprudenziali inaugurate dalle sentenze *Rottmann* e *Zambrano* e nella misura in cui si applica anche ai cittadini che ritornano nello Stato membro di origine dopo aver effettivamente circolato in un altro Stato membro, il nuovo orientamento contribuisce al rafforzamento della rilevanza giuridica della cittadinanza dell'Unione nei confronti dello Stato membro di cittadinanza, in aggiunta alle dimensioni esplicitamente contemplate dalla disciplina dei Trattati, ossia quelle relative ai rapporti con l'Unione e con gli *altri* Stati membri (quest'ultima incentrata essenzialmente sul principio di non discriminazione in base alla nazionalità).

¹⁵ Corte giust. 18 dicembre 2014, C-202/13, *McCarthy e a.*

bro, ma che non ha mai esercitato il proprio diritto di libera circolazione.

Senza sorpresa, confermando una giurisprudenza ormai consolidata, la Corte ha escluso l'applicabilità della direttiva 2004/38, atteso che «da un'interpretazione letterale, sistematica e teleologica [...] risulta che quest'ultima disciplina unicamente le condizioni di ingresso e di soggiorno di un cittadino dell'Unione negli Stati membri diversi da quello di cui egli ha la cittadinanza»¹⁶. Al contempo, la Corte ha però ritenuto che un cittadino nella situazione della sig.ra Lounes può avvalersi dei diritti conferiti dall'art. 21, par. 1, TFUE e, di conseguenza, il coniuge può beneficiare di un diritto derivato di soggiorno ove questo sia necessario per assicurare l'*esercizio* e l'*effetto utile* dei suddetti diritti¹⁷.

La Corte ha ricordato, in linea con la precedente giurisprudenza, che l'art. 21, par. 1, TFUE si applica ai cittadini di uno Stato membro che, essendosi avvalsi della libera circolazione, risiedono in un altro Stato membro del quale hanno anche la cittadinanza¹⁸. A questo punto si inserisce la parte del ragionamento più innovativa e interessante ai nostri fini: andando oltre la giurisprudenza pregressa la Corte ha infatti affermato che «i diritti riconosciuti [dall'art. 21, par. 1, TFUE] ai cittadini degli Stati membri includono quello di condurre una normale vita familiare nello Stato membro ospitante, beneficiando della vicinanza dei loro familiari», e altresì che tali diritti, «compresi i diritti derivati di cui godono i familiari, sono volti, in particolare, a favorire la progressiva integrazione del cittadino dell'Unione interessato nello Stato membro ospitante»¹⁹. Questa logica di *integrazione progressiva* verrebbe frustrata se la sig.ra Lounes dovesse rinunciare al suo diritto di condurre una normale vita familiare nello Stato membro ospitante a seguito della naturalizzazione, ossia perché «ha ricercato [...] un inserimento più approfondito nella società di quest'ultimo [Stato]»²⁰. Al contrario, «l'effetto utile dei diritti conferiti ai cittadini dell'Unione dall'art. 21, par. 1, TFUE richiede che [la sig.ra Lounes] possa continuare a godere [di tali diritti], nello Stato membro ospitante, dopo [la naturalizzazione], e, in particolare, possa sviluppare una vita familiare con il proprio coniuge cittadino di uno Stato

¹⁶ *Lounes*, sopra citata, punto 33. Su tale interpretazione dell'ambito applicativo della direttiva si vedano già, *inter alia*, Corte giust. 12 marzo 2014, C-457/12, *S. e G.*, punto 34; 10 maggio 2017, C-133/15, *Chavez-Vilchez*, punto 53.

¹⁷ *Lounes*, sopra citata, in particolare punti 53 e 60.

¹⁸ *Lounes*, sopra citata, punto 51. In questo senso si veda già Corte giust. 8 giugno 2017, C-541/15, *Freitag*, richiamata a supporto dell'interpretazione in questione.

¹⁹ *Lounes*, sopra citata, punti 52 e 56.

²⁰ *Ivi*, punto 58.

terzo, mediante il riconoscimento a quest'ultimo di un diritto di soggiorno derivato»²¹.

Gli argomenti della logica di integrazione quale *ratio* dei diritti conferiti dall'art. 21, par. 1, TFUE e della naturalizzazione quale culmine di questo processo sono mutuati dalle conclusioni dell'Avvocato generale Bot²². La Corte non ha invece accolto la proposta di quest'ultimo di applicare, per analogia, la giurisprudenza sui cittadini che ritornano nello Stato membro di origine²³. Ciò non è irrilevante dal punto di vista del diritto di condurre una normale vita familiare, atteso che l'effetto di dissuasione – alla base della giurisprudenza relativa ai cittadini “che ritornano” – è configurabile solo quando la vita familiare è stata intrapresa prima del rientro nello Stato membro di origine (ovvero, prima della naturalizzazione in un caso come quello all'origine della sentenza *Lounes*). Al contrario, il ragionamento della Corte si basa sulla rilevanza dell'art. 21, par. 1, TFUE *nonostante* la naturalizzazione e pertanto la vita familiare può essere intrapresa anche dopo l'acquisto della cittadinanza dello Stato ospitante, come nel caso dei coniugi *Lounes*²⁴.

Come anticipato, nella giurisprudenza successiva i riferimenti al diritto di condurre una normale vita familiare sono limitati a pochissime pronunce²⁵, le più significative delle quali sono le sentenze *Coman* e *Pancharevo*, relative alla rilevanza, nell'ambito delle norme dell'Unione sulla libera circolazione, di *status* familiari validamente acquisiti in uno Stato membro ma che non avrebbero potuto essere costituiti nello Stato membro di destinazione²⁶.

²¹ *Ivi*, punto 60.

²² Conclusioni dell'Avv. gen. Bot, del 30 maggio 2017, C-165/16, *Lounes*, punti 85-88.

²³ *Ivi*, punti 82 e 83.

²⁴ Sul punto, si veda RÉVEILLÈRE, *op. cit.*, p. 1864 e 1865.

²⁵ Un riferimento al diritto di condurre una normale vita familiare si trova anche al punto 41 di Corte giust. ord. 24 giugno 2022, C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich* (meglio nota con il nome *Mediatore polacco*) relativa a un caso simile a quello che ha dato luogo alla sentenza *Pancharevo*, cui la Corte ha ampiamente rinviato. Nella sent. 23 dicembre 2023, C-481-21, *Chief Appeals Officer*, la Corte ha reiterato l'interpretazione dell'art. 21, par. 1, TFUE fornita in *Lounes* estendendola all'art. 45 TFUE, relativo alla libertà di circolazione dei lavoratori. Un riferimento al diritto di condurre una normale vita familiare si trova altresì ai punti 10 e 12 rinvio pregiudiziale nella causa pendente C-713/23, *Wojewoda Mazowiecki*, relativa alla compatibilità con gli artt. 21, par. 1, TFUE, 7 e 21 della Carta, e 2, par. 2, della direttiva 2004/38 (come interpretata in *Coman*) della normativa polacca che vieta la trascrizione di matrimoni tra persone dello stesso sesso contratti all'estero. Per completezza, si ricorda anche Tribunale 5 ottobre 2020, T-18/19, *Brown/Commissione*, relativa alla richiesta di annullamento di una decisione della Commissione che negava un'indennità di dislocazione a un funzionario UE, in cui il Tribunale ha ritenuto non rilevante la giurisprudenza inaugurata in *Lounes*.

²⁶ Entrambe le sentenze sono state ampiamente commentate in dottrina. Senza alcuna

Nella specie, nella causa *Coman* si discuteva del diritto al ricongiungimento familiare di un cittadino statunitense coniuge di un cittadino rumeno dello stesso sesso; dopo aver contratto matrimonio in Belgio, all'epoca sede di servizio del cittadino rumeno, la coppia intendeva trasferirsi in Romania, Stato membro che non consente l'accesso delle coppie omosessuali né al matrimonio né ad una forma di unione registrata. Nella causa *Pancharevo*, invece, una cittadina bulgara, dopo aver vissuto alcuni anni in Spagna, intendeva rientrare in Bulgaria con la moglie, una cittadina britannica sposata a Gibilterra, e la figlia nata in Spagna; poiché la Bulgaria non prevede né l'istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso né l'unione registrata, le autorità amministrative hanno rifiutato di formare un atto di nascita bulgaro, condizione necessaria, in base al diritto nazionale, per il rilascio di un documento di identità bulgaro.

È ampiamente noto che la Corte di giustizia ha stabilito che lo Stato membro di destinazione (incluso, in caso di ritorno, quello di origine del cittadino dell'Unione che ha già esercitato il diritto di circolazione) ha l'obbligo di garantire il diritto di ingresso e soggiorno al coniuge dello stesso sesso, con il quale il cittadino dell'Unione abbia contratto matrimonio durante un *soggiorno effettivo* in un diverso Stato membro, nonché l'obbligo di rilasciare un documento di identità al figlio minore di un proprio cittadino anche ove l'atto di nascita dello Stato membro ospitante designi due persone

pretesa di completezza, si rinvia, *inter alia*, a: U. BELAVUSAU, D. KOCHENOV, *Same-sex Spouses: More Free Movement, but What about Marriage? Coman*, in CMLR, vol. 57, n. 1, 2020, p. 227; J.-Y. CARLIER, *Vers un ordre public européen des droits fondamentaux – L'exemple de la reconnaissance des mariages de personnes de même sexe dans l'arrêt Coman*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n. 117, 2019, p. 203; S. DE VIDO, *Il riconoscimento delle decisioni in materia di filiazione nella proposta di Regolamento del Consiglio del 2022: oltre Pancharevo verso un ordine pubblico "rafforzato" dell'Unione europea*, in *rivista.eurojus.it*, 17 febbraio 2023; P. FARAGUNA, *L'amore vince (e l'identità nazionale perde?): il caso Coman alla Corte di giustizia*, in *QC*, n. 3, 2018, p. 711; O. FERACI, *Il riconoscimento «funzionalmente orientato» dello status di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo: una lettura internazional-privatistica della sentenza Pancharevo*, in *RDI*, n. 2, 2022, p. 563; H. FULCHIRON, A. PANET, *Citoyenneté européenne, liberté de circulation et reconnaissance des situations familiales créées dans les Etats membres: un petit pas pour de grandes enjambées?*, in *Recueil Dalloz*, 2018, p. 1674; E. GUALCO, *Habemus Pancharevo – A New Chapter of the EU Citizenship Fairy-tale*, in *BlogDUE*, 22 marzo 2022; S. PEERS, *Love Wins in the CJEU: Same Sex Marriages and EU Free Movement Law*, in *EU Law Analysis*, 5 June 2018; J. RIJMA, *You Gotta Let Love Move*, in *ECLR*, vol. 15, n. 2, 2019, p. 324; A. TRYFONIDOU, *The ECJ Recognises the Right of Same-Sex Spouses to Move Freely Between EU Member States: The Coman Ruling*, in *ELR*, vol. 44, n. 5, 2019, p. 663; A. TRYFONIDOU, *The ECJ Recognises the Right of Rainbow Families to Move Freely between EU Member States: the VMA Ruling*, in *ELR*, n. 4, 2022, p. 534.

dello stesso sesso come genitori (pur senza dover formare un atto di nascita nazionale) e, infine, l'obbligo di riconoscere quest'ultimo documento ai fini dell'esercizio da parte del minore, con entrambi i genitori indicati, del proprio diritto di circolazione e soggiorno.

Senza che sia necessario ripercorrere l'*iter* argomentativo delle due pronunce, ai nostri fini è utile osservare che la Corte, riunita anche in queste occasioni nella composizione della Grande sezione, ha consolidato l'interpretazione dell'art. 21, par. 1, TFUE inaugurata nella sentenza *Lounes* e, allo stesso tempo, ne ha chiarito il "raggio d'azione", precisando che il diritto del cittadino "circolante" di condurre una normale vita familiare può essere invocato, in caso di ritorno, anche nei confronti dello Stato membro di origine²⁷. Questo chiarimento – al netto del risultato che produce: dare rilievo, benché limitato, a uno *status* che non potrebbe essere costituito nello Stato membro di origine – è invero coerente con la consolidata giurisprudenza della Corte secondo cui ricade entro l'ambito applicativo del regime di libera circolazione la situazione del cittadino dell'Unione che, dopo aver risieduto *in modo effettivo* in un altro Stato membro, ivi consolidando o sviluppando una vita familiare, intende rientrare con i propri familiari nello Stato membro di origine; si è infatti ritenuto che «[un] effetto dissuasivo si produrrebbe [...] del pari considerata la semplice prospettiva, per lo stesso cittadino, di non poter proseguire, dopo il suo rientro nel suo Stato membro di origine, una convivenza con stretti congiunti, eventualmente iniziata per effetto del matrimonio o del ricongiungimento familiare nello Stato membro ospitante»²⁸.

La condizione per l'applicazione di tale giurisprudenza è che la vita familiare si deve essere sviluppata o consolidata nel corso di un soggiorno effettivo nello Stato membro ospitante, con ciò intendendo un soggiorno del cittadino dell'Unione e del familiare ai sensi dell'art. 7, rispettivamente, paragrafi 1 e 2 della direttiva 2004/38²⁹. La conseguenza, e l'utilità pratica, è

²⁷ Cfr. *Coman*, sopra citata, punto 32, e *Pancharevo*, sopra citata, punto 47.

²⁸ Così Corte giust. 11 dicembre 2007, C-291/05, *Eind*, punti 36 e 44. Questo orientamento – affermato prima in relazione alla libera circolazione dei *lavoratori* – era tuttavia già emerso in Corte giust. 7 luglio 1992, C-370/90, *Surinder Singh*, punti 18 e 19. La trasposizione nell'ambito del regime di circolazione dei cittadini dell'Unione è avvenuta in Corte giust. 12 marzo 2014, C-456/12, *O. e B.*, punti 47-56, sulla quale si v. E. SPAVENTA, *Family Rights for Circular Migrants and Frontier Workers: O and B, and S and G*, in *CMLR*, vol. 52, n. 3, 2015, p. 753.

²⁹ Cfr. *O. e B.*, sopra citata, punti da 53 e 56, dove la Corte chiarisce anche che la condizione è soddisfatta, *a fortiori*, quando il cittadino e il familiare hanno acquisito un diritto di soggiorno permanente ai sensi, rispettivamente, dell'art. 16, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2004/38.

invece l'applicazione *per analogia* delle disposizioni della direttiva 2004/38 relative ai familiari, che potranno eventualmente servire a “neutralizzare” le norme più rigorose applicabili al ricongiungimento familiare dei cittadini nazionali che non si sono (ancora) avvalsi della libera circolazione.

Poiché l'applicazione analogica della disciplina della direttiva 2004/38 copre anche il profilo relativo ai limiti consentiti all'esercizio della libera circolazione, la novità – sotto questo profilo – delle sentenze *Coman* e *Pancharevo* consiste nella “neutralizzazione” della possibilità di giustificare il rifiuto delle autorità dello Stato membro di origine (più in generale, di destinazione) di riconoscere, ai fini sopra indicati, lo *status* validamente costituito in un altro Stato membro adducendo quale giustificazione – nell'accezione di tutela dell'identità nazionale, *ex art. 4, par. 2, TUE*, o di motivo di ordine pubblico – l'esigenza di tutelare la famiglia tradizionale, incarnata dal matrimonio e dalla genitorialità tra persone di sesso diverso. La Corte ha infatti ritenuto che l'ambito limitato del riconoscimento dello *status* familiare “controverso” lascia impregiudicata tale concezione, restando ferma la libertà di ciascuno Stato membro di consentire, o meno, il *matrimonio*³⁰ e la genitorialità tra persone dello stesso sesso³¹.

3. *Il nuovo approccio alla vita familiare del cittadino “circolante”: oltre la logica dell'ostacolo?*

Se, come si è detto, l'attenzione alla vita familiare del cittadino circolante ha radici antiche, l'interpretazione dell'art. 21, par. 1, TFUE accolta dalla Corte di giustizia in *Lounes* e poi consolidata in *Coman* e *Pancharevo* innova il quadro giuridico preesistente. La novità investe il rapporto tra libera circolazione e vita familiare, mentre meno chiaro è se vi sia anche un mutamento della *ratio* sottostante alla tutela dei familiari del cittadino “circolante”.

Dalla giurisprudenza esaminata emerge, senza ambiguità, che il *diritto*

³⁰ È tuttavia opportuno fin d'ora sottolineare che, allo stato attuale della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, la sovranità degli Stati membri non include la possibilità di escludere qualunque forma di riconoscimento e protezione giuridica delle coppie dello stesso sesso: cfr. *infra*, par. 4.

³¹ Cfr. *Coman*, sopra citata, punti 41-46, e *Pancharevo*, sopra citata, punti 53-57. Per un'interessante critica al ragionamento attraverso cui la Corte ha “disinnescato” il limite dell'identità nazionale – pur condividendo la conclusione raggiunta, si veda M. VAN DEN BRINCK, *Is the Reasoning in Coman as Good as the Result?*, in *verfassungsblog.de*, 10 June 2018.

di condurre una normale vita familiare è una *componente* della libera circolazione dei cittadini dell'Unione al pari dei diritti di circolare e di soggiornare nel territorio degli (altri) Stati membri. A supporto dell'ancoraggio di tale diritto nell'art. 21, par. 1, TFUE la Corte cita, in via di analogia, la sentenza *Metock*, nella quale, tuttavia, essa non era giunta a ritenere che l'allora art. 18, par. 1, TCE conferisse ai cittadini "circolanti" il diritto di condurre una normale vita familiare. In quell'occasione, l'attenzione della Corte era rivolta alla necessità di superare il precedente della sentenza *Akrich* – nella quale aveva subordinato il ricongiungimento alla circostanza del previo soggiorno legale del familiare in un altro Stato membro – perché non in linea con la disciplina della direttiva 2004/38³². In quel contesto, la Corte ha svolto un argomento a sostegno della *competenza* del legislatore dell'Unione a disciplinare i presupposti relativi all'ingresso e al soggiorno dei familiari (cittadini di Stati terzi) di un cittadino dell'Unione, osservando – ed è questo il punto richiamato in *Lounes* – che «se i cittadini dell'Unione non fossero autorizzati a condurre una normale vita di famiglia nello Stato membro ospitante, sarebbe seriamente ostacolato l'esercizio delle libertà loro garantite dal trattato»³³.

È abbastanza evidente che la Corte non aveva parlato di un *diritto* del cittadino "circolante" di condurre una normale vita familiare, tantomeno di un diritto di rango primario. Piuttosto, nella sentenza *Metock* – e in molte altre pronunce relative ai familiari del cittadino "circolante" – la Corte ha posto l'enfasi sulla circostanza che «il legislatore comunitario ha riconosciuto l'importanza di garantire la tutela della vita familiare dei cittadini degli Stati membri al fine di eliminare gli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal trattato CE»³⁴. Come è stato osservato in dottrina, «[t]he main feature of these cases was the Court's heavy reliance on the EU legislature's attachment to protecting the family life of mobile EU citizens»³⁵.

³² Corte giust. 23 settembre 2003, C-109/01, *Akrich*.

³³ *Metock*, sopra citata, punto 62.

³⁴ *Ibid.*, punto 56. Cfr. anche Corte giust. 25 luglio 2002, C-459/99, *MRAX*, punto 53; 14 aprile 2005, C-157/03, *Commissione/Spagna*, punto 26; 31 gennaio 2006, C-503/03, *Commissione/Spagna*, punto 41; 27 aprile 2006, C-441/02, *Commissione/Germania*, punto 109; nonché *Carpenter* e *Eind*, entrambe citate, rispettivamente punti 38 e 44.

³⁵ Così E. MUIR, *op. cit.*, p. 1367. La stessa A. nota, al contempo, che in *Metock* «although the Court largely reasons on the basis of Directive 2004/38 throughout the ruling, the reference to treaty protection of the right to free movement suggests a constitutional anchorage of the possibility for EU citizens to move within the EU with third-country national family members irrespective of their prior lawful residence»; tuttavia, «there is no statement from the Court in that ruling according to which such constitutional protection should be justified

Più difficile è, invece, stabilire se il nuovo orientamento sottende anche un'emancipazione dalla logica secondo cui la vita familiare del cittadino "circolante" deve essere tutelata in quanto *strumentale* all'esercizio effettivo del diritto di libera circolazione, e non tanto perché nell'ordinamento dell'Unione europea il diritto al rispetto della vita familiare rileva come diritto fondamentale, garantito nell'ambito dei principi generali e della Carta. Con riguardo alla giurisprudenza anteriore è stato correttamente evidenziato il carattere spurio, o ibrido, della tutela della vita familiare del cittadino circolante, atteso che le motivazioni relative al diritto fondamentale e quelle incentrate sull'esigenza di garantire l'effettività della libertà di circolazione «spesso coesistono [...] senza che si manifesti una rigorosa distinzione che consenta di evidenziarne la rispettiva incidenza sulla soluzione accolta dalla Corte»³⁶. Muovendo da tale contesto, a parere di chi scrive l'affermazione in *Lounes* di un diritto del cittadino circolante di condurre una normale vita familiare non consente di concludere, di per sé, che il baricentro si è spostato sulle motivazioni relative al diritto fondamentale alla vita familiare e, quindi, al valore intrinseco di quest'ultima. Impossibile, anzi, non notare l'assenza – nell'innovativo passaggio della sentenza *Lounes* – di un riferimento all'art. 7 della Carta, al corrispondente principio generale e all'abbondante giurisprudenza pertinente della Corte.

Le ragioni di questo silenzio non sono, invero, difficili da cogliere. Il limite secondo cui le disposizioni della Carta «non estendono *in alcun modo* le competenze dell'Unione definite nei trattati» è chiaramente scolpito nell'art. 6, par. 1, TUE, ed ulteriormente precisato dall'art. 51, par. 2, della Carta, secondo cui è preclusa sia l'introduzione di nuove competenze che la modifica di quelle esistenti. Il contenuto dell'art. 21, par. 1, TFUE ha una ricaduta immediata sulla base giuridica prevista all'art. 21, par. 2, TFUE, che consente l'adozione – mediante procedura legislativa ordinaria, e a condizione che i poteri necessari non siano previsti altrove nei Trattati – delle «disposizioni intese a facilitare l'esercizio dei *diritti* di cui al paragrafo 1». Va da sé che l'interpretazione dell'art. 21, par. 1, TFUE accolta dalla Corte in *Lounes* ha una ricaduta di questo tipo e, probabilmente, si è ritenuto più opportuno non presentarla come una conseguenza diretta della rilevanza della Carta.

Se così è, anche da questo punto di vista emerge un parallelismo con la sentenza *Zambrano* e, soprattutto, le pronunce che poco dopo ne hanno

with reference to the fundamental right to family life» (*ivi*, p. 1368).

³⁶ Così, A. ADINOLFI, *Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *RDI*, vol. 94, n. 1, 2011, p. 6, in particolare p. 18.

modellato – in senso restrittivo – la portata³⁷, di fatto chiarendo che la tutela della vita familiare ai sensi dell'art. 7 della Carta non integra, di per sé, il "nucleo essenziale" dei diritti conferiti dalla cittadinanza dell'Unione; piuttosto, la *ratio* della concessione di un diritto di soggiorno (derivato) al familiare è l'esigenza di preservare una condizione essenziale al futuro (e potenziale) esercizio della libera circolazione da parte del cittadino attualmente "statico" (dal punto di vista del diritto dell'Unione).

Ciò detto, a fronte dell'esplicito ancoraggio all'art. 21, par. 1, TFUE del diritto del cittadino "circolante" di condurre una normale vita familiare, la questione se alla base di questo approdo ci sia anche un superamento della logica strumentale dell'ostacolo alla libera circolazione diventa secondaria. Il rapporto tra l'art. 21, par. 1, TFUE e l'art. 7 della Carta dovrebbe – *in teoria*, almeno – evolvere a *prescindere*: il diritto (fondamentale) al rispetto della vita familiare non dovrebbe infatti venire in rilievo soltanto come contrappeso alle misure nazionali che interferiscono sui diritti di ingresso e di soggiorno del cittadino dell'Unione, quanto anche (e prima) come parametro interpretativo per la determinazione del contenuto del diritto del cittadino circolante di condurre una normale vita familiare. La seconda parte di questo contributo intende appunto concentrarsi su due prospettive di sviluppo possibili – e, ad avviso di chi scrive, auspicabili – del "nuovo" diritto, in virtù del suo ancoraggio all'art. 21, par. 1, TFUE e, al contempo, al suo intrinseco legame con alcuni diritti fondamentali garantiti dalla Carta, *in primis* il diritto al rispetto della vita familiare³⁸.

³⁷ Sulle precisazioni attraverso cui la Corte ha disinnescato l'«incorporationist potential» di *Zambrano*, si veda S. IGLESIAS SANCHEZ, in *Fundamental Rights and Citizenship of the Union at a Crossroads: A Promising Alliance or a Dangerous Liaison?*, in *ELJ*, vol. 20, n. 4, 2014, p. 464, p. 474-480.

³⁸ Un'interessante proposta di valorizzazione dell'art. 9 della Carta, sul diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, viene avanzata da M. CONDINANZI, C. AMALFITANO, *La libera circolazione della "coppia" nel diritto comunitario*, in *DUE*, n. 2, 2008, p. 399, in particolare p. 430 e 431, secondo cui tale disposizione, in combinato con l'art. 51, par 1, della Carta, nella parte in cui vincola gli Stati membri al rispetto dei diritti fondamentali da questa garantiti, potrebbe essere letta nel senso di imporre «un obbligo ai legislatori nazionali, se non certo di legiferare per riconoscere unioni registrate o garantire determinati diritti di conviventi di fatto, almeno di riconoscere situazioni giuridiche di tal fatta legittimamente createsi in altri Stati [membri]».

4. *Qualche possibile (e auspicabile) implicazione: una modifica della nozione di “familiare” del cittadino dell’Unione nella direttiva 2004/38 con riguardo alla circolazione della coppia*

La direttiva 2004/38/CE individua, come noto, le categorie di familiari del cittadino dell’Unione a cui gli Stati membri devono *riconoscere* il diritto di ingresso e soggiorno (art. 2, par. 2) o rispetto ai quali hanno l’obbligo di *agevolare* l’ingresso o il soggiorno (art. 3, par. 2). L’ambito di applicazione proprio della direttiva è limitato all’ipotesi in cui «il cittadino dell’Unione si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza» (art. 3, par. 1); tuttavia, come si è già anticipato, secondo una giurisprudenza ormai consolidata la disciplina della direttiva si applica per analogia alla situazione del cittadino dell’Unione che dopo aver esercitato in modo effettivo il suo diritto di soggiornare in uno Stato membro diverso da quello di cittadinanza decide di fare ritorno in quest’ultimo³⁹. Come è stato osservato, in questo modo l’evoluzione giudiziale dell’ambito applicativo dell’art. 21, par. 1, TFUE viene riconciliata con le scelte delle istituzioni politiche espresse nella normativa derivata⁴⁰. L’atteggiamento di deferenza della Corte è, in linea di principio, comprensibile, alla luce dello spazio che l’art. 21, par. 1, TFUE lascia al legislatore dell’Unione quanto alla disciplina delle condizioni e dei limiti relativi all’*esercizio* dei diritti di libera circolazione. Si pone tuttavia l’esigenza di assicurare – per così dire, *a monte* – la compatibilità delle scelte del legislatore con il quadro di diritto primario, che si è irrobustito con l’entrata in vigore della Carta. I diritti di libera circolazione, infatti, trovano ormai tutela anche all’art. 45, par. 1, della Carta, con la conseguenza che eventuali limitazioni al loro esercizio devono soddisfare le condizioni previste all’art. 52, par. 1, ossia avere una base legale, non incidere sul nucleo essenziale del diritto in questione e non andare oltre quanto necessario a salvaguardare un interesse generale riconosciuto dall’Unione ovvero i diritti e le libertà altrui⁴¹.

³⁹ Cfr. *supra*, par. 2.

⁴⁰ Cfr. E. MUIR, *op. cit.*, p. 1371: «[t]his suggests that although the rights of EU citizens such as [the spouse of Mr Lounes] are anchored in Art. 21, para. 1, TFEU, the Court of Justice puts flesh on the bones of EU primary law with the political guidance enshrined in EU legislation».

⁴¹ La disposizione, testualmente, recita: «Eventuali limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettiva-

Vero è che in base all'art. 52, par. 2, «i diritti riconosciuti dalla [Carta] per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti». Questa disposizione, che come, chiarisce la sua spiegazione, riguarda in particolare i diritti derivanti dalla cittadinanza dell'Unione, preserva la possibilità, prevista dai Trattati, che il legislatore dell'Unione subordini l'esercizio di questi diritti a condizioni e limiti. Non può però essere intesa come volta a "immunizzare" la normativa derivata dal sindacato giurisdizionale di compatibilità con la Carta, poiché ciò frustrerebbe il riconoscimento formale dei diritti di libera circolazione quali diritti fondamentali, ma invero anche la loro natura di diritti *direttamente conferiti* dal Trattato affermata dalla Corte ben prima del riconoscimento del valore vincolante della Carta⁴². Al contrario, lo *status* doppiamente primario (o primario rinforzato) dei diritti di libera circolazione del cittadino dell'Unione dovrebbe esigere uno scrutinio rigoroso delle condizioni e dei limiti previsti dalla normativa derivata di attuazione⁴³.

Ciò sembra valere a maggior ragione con riguardo alla definizione legislativa del perimetro del diritto del cittadino dell'Unione al ricongiungimento familiare, atteso che il legame con la Carta è (stato) reso ancor più stretto dall'ancoraggio all'art. 21, par. 1, TFUE del diritto di condurre una normale vita familiare che, come anticipato, è intrinsecamente collegato (almeno) al diritto al rispetto della vita familiare di cui all'art. 7 della Carta. A sua volta, la circostanza che quest'ultimo diritto fondamentale rientri tra quelli cui si applica l'art. 52, par. 3, della Carta, sull'interpretazione dei diritti garantiti anche in ambito CEDU⁴⁴, richiede che la valutazione delle scelte del legi-

mente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

⁴² Corte giust. 17 settembre 2001, C-413/99, *Baumbast*, punti 85 e 86.

⁴³ Sul punto, si vedano le considerazioni di M. P. MADURO, *The Double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in T. HERVEY, J. KENNER (eds.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights: a Legal Perspective*, London, 2003, p. 270, p. 288: «a true fundamental rights conception of citizenship rights will impose an epistemological shift in their process of discovery and application: it will be those rights that ought to serve as criteria to judge the admissibility of the legislation that develops or restricts them and no longer the legislation that serves as criteria to determine the existence and the extent of those rights».

⁴⁴ L'art. 52, par. 3, contiene, come noto, due clausole interpretative che richiedono di attribuire ai diritti della Carta corrispondenti a diritti CEDU lo stesso significato e portata di questi ultimi, fatta salva la possibilità di garantire, nel diritto dell'Unione, una protezione maggiore. La relativa spiegazione chiarisce che si deve tenere conto anche della giurisprudenza della Corte EDU e che il coordinamento riguarda anche il profilo delle limitazioni consentite.

slatore dell'Unione tenga in debito conto la significativa evoluzione che ha interessato l'interpretazione dell'art. 8 CEDU con riguardo alle "forme" di vita familiare protette.

L'esame della nozione di "familiare" accolta dalla direttiva 2004/38 solleva quantomeno dei dubbi circa la compatibilità con il quadro delle fonti primarie appena tratteggiato di alcune scelte del legislatore dell'Unione rispetto alla circolazione della coppia, nonostante alcune importanti aperture nella giurisprudenza della Corte e qualche ulteriore precisazione contenuta nei nuovi "Orientamenti sul diritto di libera circolazione dei cittadini dell'Unione e delle loro famiglie", che tuttavia non costituiscono una fonte giuridica vincolante⁴⁵.

La direttiva contempla, come noto, tre diverse ipotesi: il matrimonio, l'unione registrata e la relazione di fatto debitamente comprovata. La cittadinanza (di uno Stato membro o meno) del partner o del coniuge non è rilevante. Nella pratica, i limiti che, come a breve si dirà, la circolazione della coppia può incontrare per effetto dell'attuale assetto della direttiva 2004/38 riguardano soprattutto le coppie formate da un cittadino dell'Unione e un cittadino extra-UE. Infatti, nel caso delle coppie, anche dello stesso sesso, di cittadini dell'Unione ciascuno può giovare dei propri diritti di ingresso e soggiorno *ex art.* 21, par. 1, TFUE e, laddove uno non possa autonomamente soddisfare il requisito delle risorse economiche sufficienti richiesto dall'art. 7, par. 1, per i soggiorni superiori a tre mesi, rileva la consolidata giurisprudenza della Corte secondo cui tali risorse possono provenire anche da un terzo (nel caso, l'altro membro della coppia)⁴⁶. Ciò detto, la maggiore o minore rilevanza pratica della questione nulla toglie all'esigenza di assicurare la coerenza (*rectius*, compatibilità) della normativa di diritto derivato al quadro delle fonti primarie. A ciò si aggiunge la considerazione che la circolazione come individui anziché come coppia frustra la dimensione *sociale* dell'identità personale, protetta dall'art. 8 CEDU⁴⁷.

⁴⁵ Cfr. comunicazione della Commissione (C/2023/1392), del 23 dicembre 2023, Orientamenti sul diritto di libera circolazione dei cittadini dell'Unione e delle loro famiglie.

⁴⁶ Cfr., *inter alia*, Corte giust. 19 ottobre 2004, C-200/02, *Zhu e Chen*, punto 30; 13 settembre 2016, C-165/14, *Rendón Marín*, punto 48; C-93/18, 2 ottobre 2019, *Bajratari*, punto 30. Si v. anche gli Orientamenti, cit., p. 32.

⁴⁷ Cfr. Corte EDU 17 gennaio 2023, ricc. nn. 40792/10, 30538/14 e 43439/14, *Fedotova e a./Russia*, punti 143 e 144. Su questo aspetto e, più in generale, per un commento alla sentenza, sulla quale si ritornerà *infra*, si veda G. FEDELE, *Milestone or Missed Opportunity? The ECtHR Grand Chamber Judgment in Fedotova v. Russia on the Legal Recognition of Same-sex Couples*, in *EJIL Talk!*, 31 gennaio 2023.

Il matrimonio e l'unione registrata figurano all'art. 2, punto 2, rispettivamente, alle lettere a) e b); fatto salvo quanto si dirà dopo, lo sposo o il partner ha quindi *diritto* ad accompagnare o raggiungere il cittadino dell'Unione e, correlativamente, lo Stato membro di destinazione ha l'obbligo di consentire l'ingresso o il soggiorno. La relazione stabile debitamente comprovata è invece disciplinata all'art. 3, par. 2, lett. b), e pertanto in questo caso la direttiva non conferisce al partner un diritto all'ingresso e al soggiorno, ma piuttosto il diritto a che l'ingresso e il soggiorno siano *agevolati* dallo Stato membro di destinazione⁴⁸. Un obbligo di accogliere la domanda è invero configurabile nell'ipotesi in cui lo Stato membro di destinazione riconosca ai propri cittadini il diritto al ricongiungimento con il partner non coniugato: questo si ricava dalla risalente sentenza *Reed*⁴⁹, nella quale la Corte, pronunciandosi sull'interpretazione del regolamento 1612/68, ha ritenuto, in sostanza, contraria al principio di non-discriminazione in base alla nazionalità, ora affermato all'art. 18, par. 1, TFUE, una normativa nazionale che limitava tale diritto ai cittadini nazionali, a esclusione di quelli di altri Stati membri. Sebbene il caso riguardasse una coppia eterosessuale, il principio espresso dovrebbe operare ugualmente ove per i nazionali sia consentito il ricongiungimento con il partner dello stesso sesso⁵⁰.

L'irrilevanza dell'orientamento sessuale della coppia è stata espressamente affermata con riguardo all'ipotesi del matrimonio nella sentenza *Coman*. La Corte ha osservato, da un lato, che «la nozione di "coniuge" [di cui all'art. 2, par. 2, lett. a)] è neutra dal punto di vista del genere e può comprendere quindi il coniuge dello stesso sesso del cittadino dell'Unione interessato»; dall'altro, che la suddetta disposizione, diversamente dall'art. 2, punto 2, lett. b), relativo all'ipotesi dell'unione registrata, «[non] rinvia

⁴⁸ La Corte ha chiarito che gli Stati membri devono prevedere nella loro legislazione «criteri che consentono alle suddette persone di ottenere una decisione sulla loro domanda [...] che sia fondata su un esame approfondito della loro situazione personale e che sia motivata in caso di rifiuto»; essi godono di «un ampio potere discrezionale quanto alla scelta degli elementi da prendere in considerazione», ma i criteri stabiliti «devono essere conformi al significato comune del termine "agevola" [e non devono privare] la disposizione del suo effetto utile»: cfr., *inter alia*, Corte giust. 5 settembre 2012, C-83/11, *Rahman*, punti 21-25. Si v. anche gli Orientamenti, cit., p. 17.

⁴⁹ Corte giust. 17 aprile 1986, 59/85, *Paesi Bassi/Reed*, punti 28-30.

⁵⁰ Sulle implicazioni della sentenza *Reed* rispetto alla direttiva 2004/38 si v. A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2015, p. 82 e 83. Questa giurisprudenza non è stata ripresa negli Orientamenti, cit.; se ciò non inficia la validità del principio *Reed*, un riferimento sarebbe stato molto opportuno ai fini della sua conoscibilità.

alle condizioni previste dalla legislazione pertinente dello Stato membro in cui tale cittadino intende recarsi o soggiornare»⁵¹. Uno Stato membro non può quindi, secondo la Corte, invocare il proprio diritto per opporsi al riconoscimento – ai soli fini della direttiva 2004/38 – del matrimonio contratto da un cittadino dell’Unione con un cittadino dello stesso sesso in un altro Stato membro in conformità della normativa di quest’ultimo⁵².

La sentenza *Coman* lascia aperta la questione circa l’operatività del principio in essa espresso anche in caso di matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all’estero. Sia nel ragionamento che nel dispositivo la Corte ha fatto riferimento al matrimonio contratto legalmente nello Stato membro ospitante. C’è da dire che questa era la situazione dei ricorrenti nel procedimento principale: i signori Hamilton e Coman, statunitense il primo e polacco il secondo, si erano sposati in Belgio, Stato di residenza del cittadino dell’Unione; è quindi possibile che la Corte, vista anche la sensibilità dei temi affrontati, non abbia inteso affermare più di quanto strettamente necessario al giudice del rinvio. Peraltro, nella sentenza *Metock* – relativa a una causa anteriore a *Coman* e che non sollevava profili relativi all’orientamento sessuale della coppia – la Corte si è espressa nel senso che «né l’art. 3, n. 1, né nessun’altra disposizione della direttiva 2004/38 contiene prescrizioni concernenti il luogo in cui sia stato contratto il matrimonio del cittadino dell’Unione con il cittadino di un paese terzo»⁵³.

Gli Orientamenti sono vaghi sulla questione da ultimo esaminata⁵⁴, mentre si esprimono nel senso che «non vi sono motivi per interpretare altri termini nella direttiva 2004/38/CE, come ad esempio “partner” (art. 3, par. 2, lett. b) come termini non neutri dal punto di vista del genere». È significativo che non sia fatto riferimento anche al “partner” nell’ambito di un’unione registrata, di cui all’art. 2, par. 2, lett. b). Questa ipotesi è infatti la più “rigida” tra quelle previste dalla direttiva, in quanto i diritti di ingresso e soggiorno del partner registrato del cittadino dell’Unione sono espressamente subordinati a tre condizioni: l’unione registrata deve essere stata legalmente contratta in uno Stato membro; nello Stato membro ospitante l’unione registrata è equiparata al matrimonio; l’unione registrata contratta dalla coppia deve soddisfare le condizioni previste dalla pertinente legisla-

⁵¹ *Coman*, sopra citata, punti 35 e 36.

⁵² *Ivi*, punto 36.

⁵³ *Metock*, sopra citata, punto 98.

⁵⁴ A p. 11 degli Orientamenti, cit., si trova la precisazione che «[n]ella sua sentenza, la Corte ha fatto specifico riferimento ai matrimoni tra persone dello stesso sesso conclusi nello Stato membro ospitante».

zione dello Stato membro ospitante.

Dovrebbe trovare applicazione, anche in questo caso, il principio *Reed*, con la conseguenza che, se uno Stato membro consente, per i propri cittadini, l'unione registrata tra persone dello stesso sesso, equiparandola al matrimonio, dovrà riconoscere i diritti di ingresso e soggiorno anche al partner dello stesso sesso del cittadino di un altro Stato membro. Laddove, invece, nello Stato membro ospitante l'unione registrata non sia prevista, o non sia equiparata al matrimonio, o non sia aperta alle coppie dello stesso sesso, lo *status* validamente creato in un altro Stato membro non è sufficiente ai fini del riconoscimento dei diritti di libera circolazione del partner e la situazione della coppia ricadrà nell'ipotesi della relazione stabile debitamente attestata (art. 3, par. 2, lett. b).

Nella sentenza *Coman* la Corte di giustizia ha fatto leva sulla circostanza che, diversamente dal caso dell'unione registrata, la direttiva non rinvia alla normativa dello Stato membro ospitante per definire la nozione di «coniuge»⁵⁵. Sarebbe però troppo leggere in questo argomento una conferma della legittimità del rinvio contenuto nell'art. 2, par. 2, lett. b), poiché questo aspetto esulava dall'oggetto del rinvio. Peraltro, poco dopo la Corte ha svolto un'osservazione – in relazione all'ipotesi del matrimonio – che pare a sostegno della conclusione opposta, ovvero che «lasciare agli Stati membri la possibilità di concedere o negare l'ingresso e il soggiorno nel proprio territorio [al coniuge di un cittadino dell'Unione] a seconda che le disposizioni del diritto nazionale prevedano o meno il matrimonio tra persone dello stesso sesso, avrebbe come conseguenza che la libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione [...] varierebbe da uno Stato membro all'altro, in funzione di tali disposizioni di diritto nazionale»⁵⁶.

Nella prospettiva del rapporto tra fonti primarie e derivate accolta in questo contributo la questione di fondo è proprio *se* il legislatore dell'Unione può *legittimamente* far dipendere i diritti di ingresso e soggiorno del partner registrato del cittadino dell'Unione dall'assetto normativo dello Stato membro ospitante. Ad avviso di chi scrive, la necessità di ricostruire il diritto di condurre una normale vita familiare di cui all'art. 21, par. 1, TFUE alla luce dell'art. 7 della Carta conduce a una risposta negativa; al contempo, getta dubbi anche sulla scelta di distinguere tra partner (astrattamente) di serie A – il coniuge e il partner registrato – e di serie B – il partner nell'ambito di una stabile relazione di fatto.

⁵⁵ *Coman*, sopra citata, punto 36.

⁵⁶ *Ivi*, punto 39.

Il livello *minimo* di tutela garantito dal diritto al rispetto della vita familiare di cui all'art. 7 della Carta non può essere inferiore a quello derivante dall'art. 8 CEDU, poiché, come già detto, si applicano le regole interpretative di cui all'art. 52, par. 3, della Carta. La giurisprudenza rilevante della Corte EDU è stata recentemente ricapitolata nella sentenza della Grande camera *Fedotova e altri/Russia*. Innanzitutto, la nozione di “vita familiare” ai sensi dell'art. 8 CEDU «is essentially a question of fact depending upon the existence of close personal ties»; di conseguenza, per “famiglia” ai sensi di tale disposizione si intendono «marriage-based relationships, but also other *de facto* “family ties”, for example where the parties are living together outside marriage»⁵⁷. In secondo luogo, la relazione tra persone dello stesso sesso nell'ambito di una stabile relazione di fatto rientra «within the notion of “family life”, just as the relationship of a different-sex couple in the same situation», e non soltanto nella nozione di «vita privata» ai sensi dell'art. 8 CEDU, secondo quanto in precedenza sostenuto dalla stessa Corte EDU⁵⁸. Al contempo, l'assenza dell'elemento della convivenza non esclude la coppia dalla nozione di «vita familiare» ai sensi dell'art. 8 CEDU in quanto «the fact of not living together [...] has no bearing in itself on the existence of a stable relationship or the need for it to be protected»⁵⁹. Infine, per la prima volta in modo inequivoco, nella sentenza *Fedotova* la Corte EDU ha altresì affermato che l'art. 8 CEDU pone in capo a *tutti* gli Stati contraenti l'obbligo (positivo) di prevedere nel proprio ordinamento «a legal framework allowing same-sex couples to be granted adequate recognition and protection of their relationship»⁶⁰. Tale regime non deve necessariamente essere il matrimonio⁶¹; le

⁵⁷ *Fedotova e a./Russia*, sopra citata, par. 145.

⁵⁸ *Ivi*, par. 146. Questa interpretazione è stata inaugurata in Corte EDU 24 giugno 2006, ric. n. 30141/04, *Schalk e Kopf/Austria*, par. 94.

⁵⁹ *Fedotova e altri/Russia*, sopra citata, par. 147, richiamando Corte EDU 7 novembre 2013, ric. nn. 29381/09 e 32684/09, *Vallianatos e a./Grecia*, e 21 luglio 2015, ric. nn. 18766/11 e 36030/11, *Oliari e a./Italia*.

⁶⁰ *Fedotova e a./Russia*, sopra citata, par. 178. Apripista erano state la sentenza *Oliari e a. c. Italia*, sopra citata, par. 185, e altresì Corte EDU 14 dicembre 2017, ric. nn. 26431/12, 26742/12, 44057/12 e 60088/12, *Orlandi e a./Italia*, parr. 192 e 210.

⁶¹ Ad avviso della Corte, il riferimento al matrimonio eterosessuale contenuto nell'art. 12 CEDU («Diritto di sposarsi») non implica che «the right to marry [...] must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex[; h]owever, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State». Si noti che i giudici di Strasburgo hanno svolto questa considerazione valorizzando la diversa formulazione, rispetto all'art. 12 CEDU, dell'art. 9 della Carta («Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia»), che non contiene un riferimento esplicito al matrimo-

Parti contraenti hanno infatti discrezionalità rispetto sia alla veste giuridica sia al contenuto della protezione, che tuttavia deve risultare «adeguata»⁶².

La scelta del legislatore dell'Unione di prevedere un regime significativamente differenziato di circolazione della coppia quale quello che risulta dagli artt. 2, par. 2, lettere a) e b), e 3, par. 2, della direttiva equivale, in sostanza, a escludere dalla portata del diritto di condurre una normale vita familiare, quale componente del diritto di libera circolazione *ex art.* 21, par. 1, TFUE, alcune situazioni che, al contrario, rilevano come "famiglia" ai sensi dell'art. 8 CEDU. Vero è che la giurisprudenza della Corte EDU non esige che alle unioni di fatto, tra persone dello stesso sesso o di sesso diverso, sia assicurato lo stesso statuto giuridico del matrimonio; al contrario, sono state ritenute ammissibili differenze di trattamento, ad esempio, in materia di diritti riproduttivi, benefici previdenziali, diritto di abitazione della casa familiare dopo la rottura del rapporto di coppia, diritto alla pensione per superstiti. Tuttavia, ciò di cui si sta discutendo in questa sede è il diritto "principe" collegato allo status di cittadino dell'Unione, il diritto di libera circolazione nell'Unione, un diritto di rango (doppiamente) primario e fondamentale e che, come detto, integra il diritto di condurre una normale vita familiare. Inoltre, come ben chiarito dalla Corte in *Coman*, il riconoscimento della qualifica di familiare ai sensi della direttiva 2004/38 è limitato all'applicazione di quest'ultima e non riguarda anche lo *status* della coppia dal punto di vista del diritto interno. Ciò che viene garantito in base al diritto dell'Unione, allo stato attuale, è più che altro il *presupposto* della normale vita familiare: la possibilità di stare legalmente insieme in uno Stato membro. Per questa ragione, il pregiudizio all'ordine pubblico o all'identità nazionale dello Stato membro ospitante non può ritenersi tale da giustificare un'eventuale limitazione motivata dall'esigenza di tutelare la concezione tradizionale della famiglia.

È possibile immaginare, ove se ne presenti l'occasione, un intervento

nio eterosessuale: come precisato nella relativa spiegazione, l'art. 9 della Carta «si basa sull'art. 12 della CEDU» ma la sua formulazione «è stata aggiornata al fine di disciplinare i casi in cui le legislazioni nazionali riconoscono modi diversi dal matrimonio per costituire una famiglia»; di conseguenza, «la sua portata può essere più estesa qualora la legislazione nazionale [preveda la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso]».

⁶² *Fedotova e a./Russia*, sopra citata, par. 190. Circa il carattere «adeguato» della protezione, la Corte ha ricordato di avere già avuto occasione «to refer in certain judgments to aspects, in particular material (maintenance, taxation or inheritance) or moral (rights and duties in terms of mutual assistance), that are integral to life as a couple and would benefit from being regulated within a legal framework available to same-sex couples». Il riferimento è alle sentenze *Vallianatos e a./Grecia*, sopra citata, par. 81, e *Oliari e a./Italia*, sopra citata, par. 169.

in via pregiudiziale da parte della Corte di giustizia, nel senso di una declaratoria di illegittimità parziale dell'art. 2, par. 2, lett. b), nella parte in cui subordina il riconoscimento della qualifica di familiare del partner registrato all'assetto normativo dello Stato membro ospitante, e di un'interpretazione conformante dell'art. 3, par. 2, lett. b).

È però senz'altro più auspicabile una modifica in via legislativa della direttiva 2004/38. Una soluzione maggiormente in linea con l'attuale evoluzione del quadro di diritto primario potrebbe consistere nel trasferire l'ipotesi del partner del cittadino dell'Unione nell'ambito di una relazione stabile debitamente attestata all'interno dell'art. 2, punto 2, precisando che è irrilevante, oltre alla nazionalità, il sesso⁶³. Al contempo, il matrimonio e l'unione registrata para-matrimoniale contratti (o riconosciuti) in uno Stato membro potrebbero costituire manifestazioni della suddetta ipotesi, anziché categorie autonome, ferma restando la possibilità di dimostrare diversamente l'esistenza di legami familiari di fatto, secondo l'accezione accolta dalla giurisprudenza della Corte EDU.

5. *Segue. La possibilità di avviare una procedura di infrazione per sanzionare l'assenza di una adeguata tutela giuridica alle coppie dello stesso sesso*

La seconda conseguenza dell'interpretazione inaugurata nella sentenza *Lounes* che si intende esaminare è la possibilità di avviare una procedura di infrazione nei confronti degli Stati membri che non assicurano una tutela giuridica adeguata alle coppie dello stesso sesso, contravvenendo all'obbligo positivo e indicazioni date dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Fedotova e a./Russia*⁶⁴. L'argomento che si intende sostenere è che una tale situazione non integra (ormai) solo la violazione di un obbligo degli Stati membri in quanto Parti contraenti della Convenzione ma configura altresì una violazione dell'art. 21, par. 1, TFUE, con particolare riguardo all'aspetto del diritto del cittadino "circolante" di condurre una normale vita familiare. Si tratta di un'ipotesi tutt'altro che teorica, considerato che attualmente sei

⁶³ Tra l'altro, la prima proposta dell'attuale direttiva 2004/38 non faceva riferimento al parere nell'ambito di unione registrata ma al convivente in una relazione di fatto, «sul presupposto che la legislazione dello Stato membro ospitante equipari la situazione delle coppie di fatto a quella delle coppie sposate»: cfr. COM/2001/0257 def, proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, art. 2.

⁶⁴ Cfr. *supra*, par. 4.

Stati membri non prevedono alcuna forma di riconoscimento e protezione giuridica delle coppie dello stesso sesso: Bulgaria, Lettonia, Lituania, Polonia, Romania e Slovacchia. Nei confronti di tre di questi – Romania, Bulgaria e Polonia – la Corte di Strasburgo ha recentemente constatato la violazione dell'obbligo positivo affermato nella sentenza *Fedotova*⁶⁵.

Nella sentenza *Coman*, che su questo punto si allinea a un orientamento giurisprudenziale ben consolidato della Corte di giustizia⁶⁶, si legge che «lo stato civile, a cui sono riconducibili le norme relative al matrimonio, è una materia che rientra nella competenza degli Stati membri»; questi ultimi, tuttavia «nell'esercizio della suddetta competenza, devono rispettare il diritto dell'Unione e, in particolare, le disposizioni del Trattato relative alla libertà riconosciuta a ogni cittadino dell'Unione di circolare e di soggiornare nel territorio degli Stati membri»⁶⁷. Il limite alla competenza nazionale che nella sentenza viene conseguentemente individuato consiste nell'obbligo della Romania di riconoscere il matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto in Belgio «*ai soli fini* della concessione di un diritto di soggiorno derivato [al sig. Hamilton]»⁶⁸. Senza dubbio correttamente, la Corte ha escluso che dal diritto dell'Unione possa derivare (allo stato attuale) un obbligo per gli Stati membri di prevedere l'istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso⁶⁹. Il riconoscimento dello *status* validamente acquisito in un altro Stato membro non è dunque pieno, con tutte le conseguenze anche di diritto interno che ne deriverebbero, ma piuttosto – come è stato efficacemente sottolineato in dottrina – è “funzionalmente orientato” o “funzionalmente vincolato” all'esercizio della libera circolazione⁷⁰.

Si potrebbe allora pensare che, se la nozione di “familiare” del cittadino dell'Unione venisse ampliata, in via legislativa o giurisprudenziale, secondo quanto poc'anzi suggerito⁷¹, l'esigenza di assicurare l'esercizio effettivo della libera circolazione sarebbe soddisfatta anche per quei cittadini circolanti che

⁶⁵ Cfr. Corte EDU 23 maggio 2023, ric. nn. 20081/19 e 20 altri, *Bubuceanu e a./Romania*; 5 settembre 2023, ric. n. 40209/20, *Koilova e Babulkova/Bulgaria*; 12 dicembre 2023, ric. nn. 11454/17 e 9 altri, *Przybyszewska e a./Polonia*.

⁶⁶ Si veda, ad esempio, Corte giust. 2 ottobre 2003, C-148/02, *Garcia Avello*, punto 25; 1° aprile 2008, C-267/06, *Maruko*, punto 59; 14 ottobre 2008, C-353/06, *Grunkin e Paul*, punto 16.

⁶⁷ *Coman*, sopra citata, punti 37 e 38.

⁶⁸ Questa espressione è una sorta di “mantra” nella sentenza: cfr. *Coman*, sopra citata, punti 36, 40, 45, 46.

⁶⁹ *Ibid.*, punto 46.

⁷⁰ Così, O. FERACI, *op. cit.*, e I. MARCHIORO, in questo fascicolo.

⁷¹ Cfr. *supra*, par. 4.

non possono beneficiare della sentenza *Coman* in quanto legati nell'ambito di un'unione registrata o di una relazione di fatto. Essi vedrebbero infatti riconosciuta quell'esigenza di «beneficia[re] della vicinanza dei loro familiari», nello Stato membro ospitante o in quello di nazionalità in caso di ritorno, che la Corte di giustizia sembra aver individuato quale nucleo essenziale del diritto di condurre una normale vita familiare⁷².

Questa conclusione risulta, tuttavia, carente proprio nella prospettiva dell'*effettività* dei diritti collegati alla cittadinanza dell'Unione, che come si è visto la ragione stessa dell'enucleazione di quest'ultimo diritto di condurre una normale vita familiare come componente del più ampio diritto di libera circolazione. L'ostacolo all'esercizio della libera circolazione non deriva soltanto dal rifiuto di uno Stato membro, nel caso di coppie dello stesso sesso, di consentire l'ingresso e il soggiorno del coniuge o del partner (registrato o di fatto), ma anche e forse soprattutto dall'impossibilità, durante il soggiorno, di beneficiare di una forma di riconoscimento e tutela giuridica della relazione. E sembra difficile negare che una tale situazione sia idonea a generare «seri inconvenienti di ordine amministrativo, professionale e privato» non meno significativi di quelli che hanno condotto la Corte a configurare, in casi relativi al diniego di riconoscere il nome e il cognome ottenuti in forza della normativa di un altro Stato membro, una restrizione della libertà *ex art. 21, par. 1, TFUE*⁷³.

Dopo la sentenza *Fedotova*, la limitazione alla libertà di circolazione causata dall'*assenza* di una adeguata forma di riconoscimento e protezione giuridica dell'unione *same-sex* non può essere validamente giustificata alla luce dell'obiettivo – astrattamente di interesse generale – di proteggere la famiglia tradizionale. Questo obiettivo non può essere invocato a supporto di un assetto normativo che integra una violazione della CEDU. Detto in altri termini, ferma restando la discrezionalità circa il *quomodo* e, in una certa misura, il *quantum* della tutela accordata, l'obbligo di assicurare un'adeguata tutela giuridica alle coppie dello stesso sesso costituisce un corollario del diritto di condurre una normale vita familiare ai sensi dell'art. 21, par. 1, TFUE e pertanto si impone agli Stati membri anche in virtù del diritto dell'Unione.

Anche in questo caso, un rinvio pregiudiziale ben potrebbe fornire alla

⁷² Cfr. *Lounes*, sopra citata, punto 52; *Coman*, sopra citata, punto 32; *Pancharevo*, sopra citata, punto 47.

⁷³ Cfr. *García Avello*, sopra citata, punto 36; *Grunkin e Paul*, sopra citata, punto 23; 12 maggio 2011, C-391/09, *Runevič-Vardyn e Wardyn*, punto 76, nonché 2 giugno 2016, C-438/14, *Bogendorff von Wolfersdorff*, punto 38.

Corte di giustizia l'occasione di pronunciarsi in tal senso. Una procedura di infrazione avrebbe tuttavia una serie di vantaggi, tra cui, innanzitutto, quello di poter essere avviata nei confronti di tutti gli Stati membri che, allo stato attuale, sono inadempienti rispetto all'obbligo in questione, a prescindere dalla circostanza che la Corte EDU si sia già pronunciata nei loro confronti. Non si possono, peraltro, dimenticare le difficoltà relative all'attuazione della sentenza *Coman*: essa è stata recepita dal giudice del rinvio, la Corte costituzionale rumena, che ha fatto salvo il divieto, stabilito dal codice civile, di riconoscere i matrimoni tra persone dello stesso sesso solo nella misura in cui non impedisce l'esercizio della libera circolazione garantita dal diritto dell'Unione; tuttavia, questo orientamento non ha trovato seguito nella prassi amministrativa e, ancor meno, a livello legislativo⁷⁴. Come ben dimostrato dall'ormai ampia prassi relativa all'utilizzo dell'infrazione a tutela dell'indipendenza dei sistemi giudiziari nazionali, la natura di questa procedura e la possibilità di reagire all'eventuale mancata esecuzione della sentenza di inadempimento attraverso il procedimento *ex art. 260, par. 2, TFUE* la rendono uno strumento (astrattamente) più idoneo nei casi in cui il contrasto con il diritto dell'Unione richiede necessariamente un intervento del legislatore nazionale⁷⁵.

Come per la proposta relativa a una modifica della nozione di "familiare" nella direttiva 2004/38, anche in questo caso l'elemento dirimente è la volontà politica. Nella *Strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025*, prendendo atto delle difficoltà relative all'attuazione della sentenza *Coman*, peraltro non solo in Romania, la Commissione ha affermato che «[se] necessario, (...) può intraprendere azioni legali»⁷⁶. La circostanza che ad oggi

⁷⁴ Cfr. la lettera inviata da alcuni membri del Parlamento europeo alla Presidente della Commissione von der Leyen e ai commissari Jourová (Valori e trasparenza), Reynders (Giustizia) e Dalli (Uguaglianza) nel quarto anniversario della sentenza *Coman*: [lgbti-ep.eu/2022/06/07/meps-write-to-president-von-der-leyen-on-coman-hamiltons-4-year-non-implementation-anniversary/](https://www.europarl.europa.eu/media-press/infobox/cms/detail.do?cid=12345678).

⁷⁵ Cfr., con riguardo al diverso contesto dei problemi del giudiziario polacco, le analoghe considerazioni dell'Avv. gen. Bobek nelle conclusioni del 17 giugno 2021 alla causa C-55/20, *Minister Sprawiedliwo ci*, punto 146: «il procedimento di rinvio pregiudiziale ha dei limiti in termini di capacità di risolvere situazioni di stallo istituzionale in un contesto così specifico, in cui uno o più attori si rifiutano di seguire gli orientamenti forniti dalla Corte. In situazioni del genere, l'intervento di un terzo e l'esecuzione esterna delle sentenze della Corte, come nei casi previsti agli articoli da 258 a 260 TFUE, costituiscono un rimedio più adeguato, se non l'unico».

⁷⁶ Comunicazione della Commissione, del 12 novembre 2020, al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Unione

nessuna procedura d'infrazione al riguardo sia stata avviata suggerisce che non sono molte le speranze di un'iniziativa certamente più innovativa come quella qui proposta. Le prossime elezioni europee e la nomina della nuova Commissione rappresentano tappe cruciali dal punto di vista della sensibilità dei temi affrontati in questo scritto. Di certo non servono particolari doti di preveggenza per immaginare che le condizioni non saranno quelle ottimali affinché gli sviluppi qui prospettati vengano incanalati attraverso la strada, ritenuta preferibile, della modifica legislativa e della procedura di infrazione. Di converso, un contesto politico, a livello dell'Unione, poco favorevole alle aperture qui suggerite potrebbe incentivare la via contenziosa e, dunque, la strada del rinvio pregiudiziale, e sarebbe allora auspicabile che la Corte traesse tutte le implicazioni della propria giurisprudenza.

Abstract (ita)

Il contributo approfondisce le potenziali implicazioni dell'interpretazione, ad opera della Corte di giustizia, dell'art. 21, par. 1, TFUE nel senso che esso include anche il diritto del cittadino "circolante" dell'Unione di condurre una normale vita familiare nello Stato membro ospitante o in quello di origine in caso di rientro. Tale interpretazione potrebbe (o, meglio, dovrebbe) aprire a due sviluppi nella delicata intersezione tra libera circolazione e competenza degli Stati membri in materia di diritto di famiglia: da

dell'uguaglianza: strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025, COM(2020) 698 final, p. 16 ss.

un lato, una modifica in senso estensivo della nozione di "familiare" accolta dalla direttiva 2004/38/CE con riguardo all'ipotesi della circolazione della coppia; dall'altro, l'avvio di una procedura di infrazione nei confronti di quegli Stati membri che allo stato attuale non prevedono alcuna forma di riconoscimento giuridico e di tutela per le coppie dello stesso sesso. Questi sviluppi discendono dall'interazione tra il "nuovo" diritto di condurre una normale vita familiare e il complessivo sistema di tutela dei diritti fondamentali dell'Unione, anche alla luce di alcune recenti pronunce della Corte europea dei diritti umani.

Abstract (eng)

The contribution explores the potential implications of the Court of Justice's interpretation of Article 21(1) TFEU in the sense that it confers on EU citizens that exercise(d) the free movement the right to lead a normal family life in the host Member State or in the Member State of origin in the case of return. This interpretation may (or, better, should) pave the way to two significant developments, one affecting the notion of "family members" of the Union's citizen currently endorsed by Directive 2004/38/EC, and the other concerning the possibility of initiating an infringement procedure against those Member States that currently do not provide for any form of legal recognition and protection for same-sex couples. These implications result from the interaction between the "new" right to lead a normal family life and the Union's overall system of fundamental rights' protection, also in the light of some judgments recently delivered by the European Court of Human Rights.

LE GARANZIE FONDAMENTALI DELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE IN MATERIA DI COOPERAZIONE GIUDIZIARIA E I LORO BENEFICIARI

Giacomo Biagioni*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Le caratteristiche comuni della cooperazione giudiziaria dell'Unione. – 3. La riconducibilità all'ordinamento dell'Unione delle garanzie fondamentali proprie della cooperazione giudiziaria e delle modalità del loro bilanciamento. – 4. L'individuazione delle garanzie fondamentali in materia di cooperazione giudiziaria. – 5. I beneficiari. – 5.1. Garanzie fondamentali della cooperazione giudiziaria e integrazione nel territorio dell'Unione. – 5.2. Gli elementi di una geometria variabile. – 5.3. La limitazione di talune garanzie ai soli cittadini europei. – 5.4. L'estensione dei confini della reciproca fiducia. – 6. Conclusioni.

1. *Considerazioni introduttive*

Nel suo parere 2/13¹ la Corte di giustizia ha, tra l'altro, rammentato che le materie ricomprese nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia assumono particolare importanza rispetto alla dimensione della tutela dei diritti fondamentali e della connessa valorizzazione dei principi di rilievo costituzionale dell'Unione, come l'autonomia del relativo ordinamento giuridico² e la reciproca fiducia tra gli Stati membri. Tale osservazione, pur non corredata da un articolato apparato argomentativo, sembra presupporre una speciale caratterizzazione dello Spazio stesso rispetto ad altre politiche dell'Unione europea, in direzione della quale militano, in effetti, diverse considerazioni.

Sotto un primo profilo, la stessa denominazione di Spazio di libertà, sicurezza e giustizia appare emblematica³, poiché essa non rimanda, come

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

¹ Corte giust. parere 18 dicembre 2014, 2/13, punto 191.

² Sul tema dell'autonomia rispetto alla protezione dei diritti fondamentali nel diritto dell'Unione, v. T. VON DANWITZ, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union sur le fondement de l'Avis 2/13*, in AA.VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 1020.

³ Cfr. anche R. LUZZATTO, *Note minime in tema di Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*,

accade per le altre politiche dell'Unione europea, a una delimitazione puramente materiale, ma piuttosto a una dimensione assiologica, in cui vengono in gioco obiettivi di carattere generale idonei a riecheggiare componenti della sovranità statale, come la sicurezza, ovvero connessi ai diritti individuali, come la libertà e la giustizia⁴. Coerentemente con tale approccio, l'art. 67 TFUE si caratterizza per essere l'unica disposizione che richiama in maniera espressa la necessità di assicurare, nel dar seguito all'azione dell'Unione in tale settore, il «rispetto dei diritti fondamentali», sull'evidente assunto che le misure adottate potranno avere riflessi particolarmente significativi sulla sfera dei singoli individui⁵.

Ma, come noto, gli elementi di specialità dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia si estendono anche sul piano istituzionale, poiché le norme primarie, pur riducendone la portata rispetto al quadro anteriore al Trattato di Lisbona, hanno comunque preservato talune regole derogatorie relative alle procedure decisionali proprie di tale politica, che implicano, almeno in astratto, un più puntuale coinvolgimento dei Parlamenti nazionali nel controllo dell'osservanza del principio di sussidiarietà⁶, la rottura del monopolio dell'iniziativa legislativa della Commissione e la facoltà per gli Stati membri di impedire l'adozione di misure dell'Unione che possano porsi in contrasto con aspetti fondamentali del loro sistema penale. Si tratta di ulteriori indici che convergono nel senso di qualificare tale settore come suscettibile di far sorgere esigenze peculiari in relazione alla delicatezza delle conseguenze che possono determinarsi negli ordinamenti giuridici nazionali per effetto dell'azione dell'Unione europea.

In considerazione di tutte queste indicazioni, quando si guarda alle garanzie fondamentali offerte agli individui dal diritto primario dell'Unione, non sembra inappropriato concentrarsi in modo particolare proprio su questo ambito.

in *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, cit., p. 539.

⁴ Non a caso, «libertà» e «giustizia» sono anche i titoli di due capi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e, a loro volta, «libertà e sicurezza» costituiscono un'endiadi anche nell'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali.

⁵ In tal senso, M. WILDERSPIN, *Article 67 TFEU*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, 2019, p. 784.

⁶ Sul tema, cfr. l'ampio studio di K. GRANAT, *The Principle of Subsidiarity and its Enforcement in the EU Legal Order. The Role of National Parliaments in the Early Warning System*, Oxford, 2018. Sulla scarsa efficacia del controllo, v. L. CECCHETTI, *Il controllo dei Parlamenti nazionali sul rispetto del principio di sussidiarietà*, in G. DI FEDERICO (a cura di), *Alla (ri)scoperta del Parlamento europeo*, Torino, 2021, p. 181.

Peraltro, com'è noto, lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia ricomprende materie caratterizzate da una certa eterogeneità. Tra queste risulta possibile tracciare una distinzione, suddividendo, da un lato, le materie (asilo, migrazione, visti, ecc.) in cui le norme comuni sono chiaramente volte a disciplinare soprattutto la posizione dei cittadini di Stati terzi e il loro ingresso e circolazione nel territorio dell'Unione, e, dall'altro lato, la cooperazione giudiziaria in materia civile e in materia penale (cui la cooperazione di polizia può considerarsi in larga parte serviente⁷).

Ora, quest'ultima, in quanto collegata all'esercizio del potere giurisdizionale, impone sempre particolare attenzione al tema delle garanzie fondamentali: non può peraltro ritenersi che simili garanzie attengano esclusivamente alla necessità di favorire il regolare ed efficiente svolgimento della cooperazione, potendo, per contro, sussistere esigenze altrettanto fondamentali da determinare rispetto ad essa un impedimento. Se ciò è manifesto in materia civile, ove il processo ha natura intrinsecamente "duale" e, rispettivamente, il diritto di azione e quello di difesa assumono la consistenza di – e si articolano in – diritti fondamentali, non si può negare che anche in materia penale le finalità securitarie e la tutela delle vittime dei reati trovino un contrappeso nei diritti propri dell'indagato / imputato / condannato.

Può dunque risultare utile procedere ad una verifica della portata delle garanzie proprie dell'ordinamento dell'Unione nel settore della cooperazione giudiziaria, soffermandosi quindi sull'individuazione dei beneficiari di tali garanzie, atteso che, come si vedrà, tale operazione appare più frammentaria e dunque più problematica rispetto ad altre politiche dell'Unione europea.

2. *Le caratteristiche comuni della cooperazione giudiziaria dell'Unione*

Allorché si esamina il tema della cooperazione giudiziaria, va anzitutto sottolineato che il TFUE non offre una definizione espressa del concetto, il quale, in sé considerato, si limita a evocare l'idea del coordinamento reciproco dell'attività svolta dalle autorità giurisdizionali nazionali degli Stati membri⁸. D'altra parte, esso non appare neppure riducibile ad un fenomeno

⁷ Sugli obiettivi della cooperazione di polizia dell'Unione europea, v. P. SIMONE, *La cooperazione di polizia nell'Unione europea. Codificazione e ruolo di Europol*, Napoli, 2023, p. 197 ss.

⁸ M. WILDERSPIN, *Article 81 TFEU*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *op. cit.*, p. 853 ss., in specie, p. 859.

unitario nelle sue due componenti civili e penali, attesa la struttura radicalmente diversa dei rispettivi procedimenti e le differenti necessità che al loro interno vengono in gioco e che si riflettono anche nel contenuto delle misure adottate dall'Unione.

Tuttavia, possono senz'altro rintracciarsi in entrambe le materie alcune caratteristiche comuni. Anzitutto, l'esame delle disposizioni pertinenti del TFUE e delle competenze ivi previste rende agevole verificare che la nozione di «cooperazione giudiziaria» utilizzata nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ha in entrambi i casi carattere ampio e comprende anche ambiti che trascendono la più ristretta articolazione della tradizionale assistenza giudiziaria internazionale (comprendente, ad esempio, l'assunzione di prove all'estero, le notificazioni e comunicazioni transnazionali, l'estradizione c.d. processuale)⁹.

Così, l'elenco contenuto nell'art. 81 TFUE¹⁰ per la materia civile si estende ad aspetti che riguardano la cooperazione tra autorità giudiziarie solo in senso molto lato, come le regole sui conflitti di leggi o di giurisdizioni, oppure sono in sé estranee a un rapporto tra giudici di Stati (membri) diversi, come le misure dirette a promuovere «la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri». Analogamente, le regole sui conflitti di giurisdizione o l'adozione di norme minime in materia di procedura penale sulla base dell'art. 82 TFUE, nonché l'individuazione di norme minime sulla definizione dei reati e delle sanzioni nei casi previsti dall'art. 83 TFUE non si pongono in un'ottica di mero coordinamento dell'attività giurisdizionale dei giudici nazionali. Peraltro, la riconducibilità anche di tali settori alla cooperazione giudiziaria non può considerarsi irrilevante, dovendo il legislatore dell'Unione improntare le singole soluzioni normative contenute nelle rispettive misure al raggiungimento degli obiettivi generali di tale politica.

Ma soprattutto occorre considerare che la logica complessiva della cooperazione giudiziaria dell'Unione europea si regge su fondamenti chiaramente differenti e ha caratteristiche strutturalmente diverse rispetto a quelle consuete della cooperazione giudiziaria inter-statale.

Infatti, tale ultimo fenomeno implica una relazione bilaterale tra due Stati, i quali, nell'esercizio delle rispettive sovranità, si coordinano nello

⁹ Per una definizione tradizionale v. F. POCAR, *L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*, Padova, 1967, p. 7 ss., il quale ne esclude il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere, ma anche l'estradizione.

¹⁰ L'elenco, oltretutto, non è considerato tassativo, a differenza di quello precedentemente previsto dall'art. 65 TCE: v. M. WILDERSPIN, *Article 81 TFEU*, cit., p. 861.

svolgimento di attività inerenti alla conduzione di procedimenti giurisdizionali¹¹, al fine di consentire l'efficiente celebrazione di un processo nel primo Stato, e ciò anche quando tale cooperazione si sviluppa sulla base di strumenti multilaterali. Similmente, in presenza di norme uniformi di diritto internazionale privato e processuale o concernenti la materia penale e processuale penale, la logica di un'interpretazione e applicazione secondo modelli condivisi si coglie prevalentemente in un'ottica di uguaglianza dei diritti ed obblighi tra gli Stati contraenti¹².

In tale logica, allorché venga in gioco, tanto in materia civile quanto in materia penale, l'attivazione di garanzie fondamentali, ciò riflette essenzialmente un confronto fra le esigenze costituzionali interne dei due ordinamenti di volta in volta interessati. In consonanza con ciò, viene a giustificarsi anche la possibile interferenza di organi politici, talvolta dotati di potere autorizzativo rispetto a tale cooperazione, i quali si fanno portatori di valori costituzionalmente rilevanti e attinenti alla struttura dello Stato o alla tutela della comunità nazionale.

Di contro, qualora si esamini la cooperazione giudiziaria dell'Unione europea, essa, anche quando coinvolge solo due Stati, appare modellata su uno schema di tipo diverso, in quanto destinata a realizzare obiettivi comuni dell'organizzazione nel suo complesso¹³, come emerge sotto vari profili dalle disposizioni del Trattato.

In primo luogo, secondo la logica sottesa dalla formula dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia quale "spazio senza frontiere interne", le disposizioni degli artt. 81 e 82 TFUE indicano quali principali obiettivi della cooperazione giudiziaria il riconoscimento reciproco e la conseguente circolazione delle decisioni all'interno dell'Unione, al cui conseguimento sono intese come funzionali le altre misure previste dalle disposizioni del Trattato nelle due materie. Tuttavia, esse fanno al contempo intravedere il necessario collegamento con altre finalità perseguite dall'Unione: ciò può risultare da previsioni espresse, come accade per il nesso richiesto dall'art. 81, par. 2, TFUE con il «buon funzionamento del mercato interno», oppure per la necessità di garantire l'attuazione di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, come previsto dall'art. 83, par.

¹¹ V., in tal senso, ancora F. POCAR, *op. cit.*, p. 29 ss.

¹² Cfr. S. BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, 1986, p. 68 ss.

¹³ Sul nesso tra mutuo riconoscimento in materia di cooperazione giudiziaria e esistenza di un'identità comune agli Stati membri, v. già M. POIARES MADURO, *So Close and Yet So Far: the Paradoxes of Mutual Recognition*, in *JEPP*, vol. 14, n. 5, 2007, p. 814.

2, TFUE. Ma, anche in mancanza di indicazioni esplicite in questo senso, il legame tra le diverse possibili azioni¹⁴ fondate sulla politica di cooperazione giudiziaria e gli obiettivi più generali dell'organizzazione richiedono comunque di essere valorizzati, come emerge chiaramente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁵.

D'altra parte, la strumentalità della cooperazione giudiziaria dell'Unione a finalità comuni trova conferma, ancora una volta, anche sul piano istituzionale, in considerazione del fatto che i Trattati prevedono l'esistenza di organi che, come Eurojust, favoriscono il regolare funzionamento dei meccanismi previsti dagli atti normativi UE o addirittura, come la Procura Europea, possono sostituirsi alle autorità nazionali per il perseguimento di interessi propri dell'Unione¹⁶. Questi ultimi trovano al contempo protezione attraverso i tradizionali strumenti, come la procedura di infrazione, che, pur raramente utilizzata, si presta ad assumere particolare rilevanza in presenza di difficoltà sistemiche di uno Stato membro nella realizzazione degli obiettivi della cooperazione giudiziaria, come dimostrato dalla recente iniziativa assunta contro la Polonia, nel contesto di un più ampio dissidio politico, in materia di applicazione delle norme del previgente regolamento CE n. 2201/2003¹⁷ sul ritorno dei minori sottratti¹⁸.

La cooperazione viene così a prefigurarsi come un processo che implica un dialogo diretto tra le sole autorità giudiziarie, al di fuori del coinvolgimento di organi politici nazionali che può anzi dar luogo a violazioni di valori fondamentali dell'ordinamento sovranazionale¹⁹. Conseguentemente,

¹⁴ Esprime l'idea che attraverso l'elaborazione di norme minime in materia di definizione dei reati l'Unione europea possa delineare valori comuni di una comunità politica europea S. COUTTS, *Supranational Public Wrongs: the Limitations and Possibilities of European Criminal Law and a European Community*, in *CMLR*, vol. 54, n. 3, 2017, p. 771.

¹⁵ Sul collegamento con la libera circolazione delle persone, v. *infra*, par. 5.3.

¹⁶ B. MINUCCI, *La Procura europea e l'effettività della cooperazione giudiziaria in materia penale: tutele disomogenee e reali progressi*, in *EJ*, n. 3, 2023; M. BELLACOSA, M. DE BELLIS, *The Protection of the EU Financial Interests between Administrative and Criminal Tools: OLAF and EPPO*, in *CMLR*, vol. 60, n. 1, 2023, p. 39 ss.

¹⁷ Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000.

¹⁸ La procedura, contrassegnata con il n. INFR(2021)2001, risulta ancora pendente.

¹⁹ Nel senso che, laddove il principio di indipendenza dei giudici da ogni elemento esterno sia oggetto di carenze sistemiche nello Stato membro di origine di un mandato d'arresto europeo e queste possano avere concrete ripercussioni nel caso concreto, il giudice dello Stato membro richiesto può rifiutarsi di dare esecuzione al mandato stesso, v., ad esempio, con riferimento al caso polacco, Corte giust. 25 luglio 2018, C-216/18, *LM*. Il principio è

pur se formalmente tale dialogo assume ancora la consistenza di una relazione tra autorità nazionali, esso si collega sempre meno a una proiezione della sovranità statale e attiene piuttosto alla realizzazione di prerogative individuali, in quanto in linea di principio intesa come strumentale a garantire la tutela giurisdizionale effettiva, la quale, costituendo un valore comune agli Stati membri²⁰, sembra poter trovare un limite solo nel conseguimento di interessi che travalicano l'ambito puramente nazionale.

3. *La riconducibilità all'ordinamento dell'Unione delle garanzie fondamentali proprie della cooperazione giudiziaria e delle modalità del loro bilanciamento*

Tale modo d'essere della cooperazione giudiziaria dell'Unione determina evidenti conseguenze rispetto all'individuazione delle pertinenti garanzie fondamentali operanti in materia di cooperazione giudiziaria.

Occorre, in proposito, muovere dalla premessa che, naturalmente, la realizzazione della cooperazione giudiziaria si atteggia quale obbligo espressamente previsto dal diritto dell'Unione, che, secondo il consueto schema, deve essere attuato da tutte le autorità nazionali, comprese quelle giudiziarie. Tuttavia, per le ragioni sopra espresse e connesse alla natura di tale attività, l'obbligo di dar corso a questa cooperazione non può avere carattere assoluto²¹ (né come tale è prefigurato dalle pertinenti misure dell'Unione), non essendo, come già anticipato, sottratto a un ineludibile bilanciamento tra opposte istanze e comunque al rispetto di eventuali valori preminenti e inderogabili.

Ora, poiché, come detto, la cooperazione giudiziaria dell'Unione è saldamente ancorata all'interno degli obiettivi e delle finalità generali dell'organizzazione, è evidentemente entro l'ordinamento sovranazionale che deve

stato espresso anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: per un esempio non riconducibile alla serie di casi relativi all'indipendenza dei giudici polacchi, Corte EDU 14 gennaio 2020, ric. n. 10926/09, *Rinau/Lithuania*, punto 211.

²⁰ V. 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 *DUE*, n. 4, 2020, p. 795.

²¹ Rilevano l'esclusione di ogni automaticità in tutti gli strumenti relativi al riconoscimento delle decisioni penali A. DONNELLY, M. HASTINGS, *Mutual Recognition of Public Prosecutors' Decisions: a Critical Analysis in Light of the European Arrest Warrant*, in G. BARRETT, J.-P. REGEADE, D. WALLIS, H. WEIL (eds.), *The Future of Legal Europe: Will we Trust in it?*, Berlin, 2021, p. 179, in specie p. 182.

compiersi l'indagine diretta all'accertamento delle garanzie fondamentali pertinenti e alla loro necessaria ponderazione reciproca. Di questa impostazione si trova ampia conferma tanto sul piano normativo quanto su quello giurisprudenziale.

Sotto il primo profilo, tale indicazione emerge con chiarezza dalle misure dell'Unione europea che riguardano direttamente il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie, nelle quali la ricerca di un equilibrio tra l'esigenza della circolazione di tali decisioni e quella, opposta, di evitare che essa determini una trasgressione di valori fondamentali viene risolta attraverso la fissazione di un elenco tassativo di motivi uniformi di esclusione del riconoscimento.

In tale contesto, può peraltro accadere che siano le regole comuni a consentire espressamente di fare riferimento a concetti di origine domestica. Ad esempio, l'ordine pubblico, quale motivo di non applicazione della legge straniera o di non riconoscimento delle decisioni civili, è tuttora inteso quale ordine pubblico del foro, anche se i limiti entro cui esso è invocabile sono soggetti all'interpretazione della Corte di giustizia²² e la sua applicazione può talora essere orientata dalle norme uniformi al fine di tener conto di determinati valori comuni²³; in materia penale, l'art. 4, n. 1, della decisione quadro 2002/584/GAI individua, tra i motivi di non esecuzione di un mandato di arresto europeo, l'imputazione o la condanna per un fatto non considerato

²² V. anche L. FUMAGALLI, *Strumenti di cooperazione giudiziaria, diritto internazionale privato e ordine pubblico nel sistema UE*, in P. PIRRONI (a cura di), *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, Torino, 2011, p. 35, specialmente p. 41 ss.

²³ V., ad esempio, l'art. 39, par. 1, lett. a), del regolamento (UE) 2019/1111 del Consiglio, del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori (rifusione), che richiede che, nell'applicare la clausola dell'ordine pubblico, sia tenuto conto dell'interesse superiore del minore: sul tema v., da ultimo, O. LOPES PEGNA, *Continuità interpretativa e novità funzionali all'interesse superiore del minore nel regolamento Bruxelles II-ter*, in *RDIPP*, vol. 59, n. 4, 2023, p. 832. V. altresì l'art. 38 del regolamento (UE) 2016/1103 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e del regolamento (UE) 2016/1104 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, che impone di applicare le cause di non riconoscimento delle decisioni, compreso l'ordine pubblico, «nel rispetto dei diritti fondamentali e dei principi riconosciuti dalla Carta, in particolare l'articolo 21 sul principio di non discriminazione».

reato dalla legislazione dello Stato membro richiesto²⁴, così come anche la decisione quadro 2008/909/GAI, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, richiama il contenuto della legge dello Stato membro di esecuzione sotto diversi profili quale motivo di non esecuzione della decisione stessa²⁵.

Analogamente, le misure UE possono talora prevedere norme processuali, anche di carattere opzionale, rispetto alle quali deve peraltro realizzarsi la puntuale garanzia di prerogative fissate dal legislatore europeo²⁶, in quanto funzionali alla protezione del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, il quale orienta necessariamente anche l'interpretazione di tali norme²⁷. Ancora a titolo di esempio, può menzionarsi, in materia civile, il procedimento relativo alle controversie di modesta entità disciplinato dal regolamento CE n. 861/2007²⁸, che ammette il riesame del provvedimento laddove non sia stato garantito concretamente il diritto di difesa del convenuto secondo gli standard fissati dal regolamento stesso²⁹.

Anche in questo contesto, peraltro, le misure UE possono prevedere espressamente che il livello di protezione di tali esigenze non sia stabilito dalle norme comuni, ma resti determinato da norme nazionali, lasciando dunque che il bilanciamento sia effettuato dal giudice nazionale fondandosi su principi propri dell'ordinamento interno del foro. In tal senso, può menzionarsi l'art. 21 del regolamento UE 2019/1111, applicabile in materia di responsabilità genitoriale e di ritorno dei minori sottratti, che obbliga gli

²⁴ Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.

²⁵ Decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea, sulla quale v. l'ampia trattazione di A. ROSANÒ, *I trasferimenti interstatali di detenuti nel diritto dell'Unione europea*, Bari, 2022, p. 95 ss.

²⁶ Sul tema, v. A. FRĄCKOWIAK-ADAMSKA, *Procedural Rights (and Obligations) of Parties to Civil Proceedings*, in S. IGLESIAS SÁNCHEZ, M. GONZÁLEZ PASCUAL (eds.), *Fundamental Rights in the EU Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge, 2021, p. 231.

²⁷ V., ad esempio, Corte giust. 19 settembre 2018, C-325/18 PPU e C-375/18 PPU, *Hampshire County Council*, che sottolinea la rilevanza cruciale della tutela cautelare in materia familiare.

²⁸ Regolamento (CE) n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità.

²⁹ Sul tema, sia consentito rinviare a G. BIAGIONI, *L'impugnazione e l'opposizione all'esecuzione delle decisioni emesse ai sensi del regolamento (CE) n. 861/2007*, in S. TONOLO (a cura di), *The Simplification of Debt Collection in Italy*, Torino, 2022, p. 27.

Stati membri a garantire il diritto del minore di esprimere la sua opinione ma prevede che ciò debba avvenire «conformemente al diritto e alle procedure nazionali»³⁰. Un ulteriore esempio può ricavarsi dall'art. 6 della direttiva UE 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali: tale disposizione rinvia, infatti, al diritto nazionale applicabile in materia di obbligo del giudice di ricercare le prove a carico e a discarico e di diritto della difesa di produrre le prove stesse³¹.

Tuttavia, laddove faccia difetto un espresso rinvio al diritto nazionale, la giurisprudenza ha, di contro, escluso la possibilità di valorizzare esigenze costituzionali proprie dell'ordinamento interno per paralizzare il funzionamento della cooperazione giudiziaria. In questa prospettiva, nella sentenza *Melloni* la Corte ha ritenuto prevalente l'interesse a una regolare operatività del sistema del mandato di arresto europeo, anche quando ciò potesse determinare una sostanziale riduzione del livello di tutela dei diritti fondamentali rispetto a quanto ammesso dal diritto interno dello Stato richiesto³², mentre una diversa soluzione potrebbe probabilmente ammettersi solo nell'ipotesi estrema³³ di un concreto *vulnus* all'identità nazionale di uno Stato membro³⁴.

³⁰ T. KRUGER, L. CARPANETO, F. MAOLI, S. LEMBRECHTS, T. VAN HOF, G. SCIACCALUGA, *Current-day International Child Abduction: Does Brussels IIb Live up to the Challenges?*, in *Journal of Private International Law*, vol. 18, n. 2, 2022, p. 159, specialmente p. 166 ss.

³¹ 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.

³² Corte giust. 26 febbraio 2013, C-399/11, sulla quale v., tra i tanti, N. DE BOER, *Addressing Rights Divergences under the Charter: Melloni*, in *CMLR*, vol. 50, n. 4, 2013, p. 1083; V. SKOURIS, *Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: les arrêts Melloni et Åkerberg Fransson*, in *DUE*, n. 2, 2013, p. 229.

³³ Per una lettura chiaramente restrittiva dell'art. 4, par. 2, TFUE, v. Corte giust. 5 giugno 2018, C-673/16, *Coman*, punti 43-46; 14 dicembre 2021, C-490/20, *Pancharevo*, punti 54-57.

³⁴ Per un esempio nella giurisprudenza nazionale, Bundesgerichtshof 19 luglio 2018, IX ZB 10/18. La necessità di tener conto dell'identità nazionale quale possibile limite alla cooperazione giudiziaria era stata già rilevata da A. KARGOPOULOS, *Fundamental Rights, National Identity and EU Criminal Law*, in V. MITSILEGAS, M. BERGSTRÖM, T. KONSTANTINIDES (eds.), *Research Handbook on EU Criminal Law*, Cheltenham, 2016, p. 125, specialmente p. 136 ss. In tal senso, non sembra decisiva la circostanza che l'identità nazionale non sia stata espressamente valorizzata, pur al di fuori del settore della cooperazione giudiziaria, da Corte giust. 5 dicembre 2017, C-42/17, *M.A.S.*, la quale rappresenta comunque un'evoluzione del test *Melloni*, come osservato da N. LAZZERINI, *Il rapporto tra primato del diritto dell'Unione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali nella sentenza Taricco-bis: buona la seconda?*, in *RDI*, vol. 101, n. 1, 2018, p. 234. Nel senso che una sintesi tra l'orientamento adottato nella

Coerentemente con tale premessa, la successiva evoluzione della giurisprudenza è giunta dunque a individuare un ben diverso obbligo del giudice nazionale di tener conto di esigenze “costituzionali” proprie dell’ordinamento sovranazionale e riconducibili ai valori preminenti e inderogabili comuni agli Stati membri, che possono fare ostacolo a una meccanica applicazione delle misure adottate dall’Unione in questo contesto. Una simile necessità si impone peraltro anche quando non sia previsto a tal fine uno specifico motivo di non riconoscimento o di non esecuzione e anzi al di fuori di puntuali indicazioni all’interno del pertinente atto normativo³⁵, poiché discende da un’interpretazione dello stesso coerente con il diritto primario³⁶, da elaborare sotto il controllo della Corte di giustizia.

4. *L’individuazione delle garanzie fondamentali in materia di cooperazione giudiziaria*

Venendo a un tentativo di identificazione delle garanzie che assumono particolare rilevanza nel contesto della cooperazione giudiziaria, il nesso esistente tra la necessità di attuare pienamente i meccanismi propri di tale politica dell’Unione e il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva impone anzitutto di focalizzare l’attenzione sull’art. 19 TUE.

Come noto, tale disposizione, nel richiamare il compito di garantire la piena efficacia del diritto dell’Unione e delle posizioni soggettive dallo stesso derivanti affidato ai giudici nazionali, ha ora individuato in termini puntuali un vero e proprio obbligo degli Stati membri di disciplinare anche i loro sistemi giudiziari nazionali in maniera coerente con la realizzazione del

sentenza *Melloni* e quello successivo della sentenza *M.A.S.* dovrebbe trovarsi elaborando una serie di standard comuni di protezione dei diritti fondamentali che trascendano quelli nazionali, v. F. VIGANÒ, *Melloni Overruled? Considerations on the Taricco-II Judgment of the Court of Justice*, in *NJECL*, n. 1, 2018, p. 18. V. anche, sul rapporto tra identità nazionale e unità dell’ordinamento dell’Unione, K. LENAERTS, *L’autonomie de l’ordre juridique de l’Union*, in G. BARRETT, J.-P. REGEADE, D. WALLIS, H. WEIL (eds.), *op. cit.*, p. 551, in specie p. 561.

³⁵ In questi casi, la Corte di giustizia menziona le clausole generali di rinvio agli strumenti di protezione dei diritti fondamentali presenti negli strumenti di diritto derivato: v., ad es., l’art. 1, par. 3, della decisione quadro 2002/584, ai sensi del quale «L’obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall’articolo 6 del trattato sull’Unione europea non può essere modificata per effetto della presente decisione quadro».

³⁶ Su questi profili, con specifico riferimento alla tutela dei diritti fondamentali, v. anche F. BESTAGNO, *I rapporti tra la Carta e le fonti secondarie di diritto dell’UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *DUDI*, n. 2, 2015, p. 259.

principio di tutela giurisdizionale effettiva³⁷. Siffatto obbligo viene a saldarsi con l'affermazione di tale diritto ai sensi dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, dal quale si ricava che esso comprende in effetti una pluralità di garanzie: ciò ha permesso alla Corte di giustizia di enucleare talune caratteristiche istituzionali cui debbono rispondere le autorità giurisdizionali nazionali per poter essere inquadrate nella nozione fissata dall'art. 19.

Ora, sotto un primo profilo, tale affermazione ha precise implicazioni proprio in materia di cooperazione giudiziaria, in quanto essa presuppone che i meccanismi attraverso i quali a tale cooperazione si dà corso siano riservati ad organi nazionali che hanno le caratteristiche proprie di una «autorità giudiziaria»³⁸, da ricostruirsi secondo una nozione autonoma propria del diritto dell'Unione³⁹. Per questa ragione la Corte di giustizia ha, ad esempio, escluso che le Procure di taluni Stati membri, in quanto prive di requisiti di indipendenza dal potere esecutivo, potessero qualificarsi come autorità giudiziarie ai fini dell'emissione di un mandato di arresto europeo⁴⁰, in particolare laddove il provvedimento dalle stesse emesso non fosse suscettibile di controllo giurisdizionale⁴¹. D'altronde, anche in materia civile sono state richieste analoghe garanzie relative all'organizzazione giudiziaria, essendo stati ritenuti intrinsecamente connessi al concetto di «giudice» requisiti di indipendenza e di imparzialità nonché la necessità di assicurare il rispetto

³⁷ Cfr. Corte giust. 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, punto 37: «ogni Stato membro deve garantire che gli organi rientranti, in quanto “giurisdizione”, nel senso definito dal diritto dell'Unione, nel suo sistema di rimedi giurisdizionali nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione soddisfino i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva». Sulla portata della disposizione, v., tra gli altri, G. TESAURO, *Art. 19 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 195.

³⁸ Nel senso che ai fini della cooperazione giudiziaria una sanzione penale può, in taluni casi, essere emessa da un'autorità di carattere non giudiziario, purché suscettibile di un successivo controllo da parte di un giudice, v. Corte giust. 7 aprile 2022, C-150/21, *D.B.*, relativa all'interpretazione della decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie.

³⁹ Sull'uso dell'interpretazione autonoma nella cooperazione giudiziaria in materia penale, v. V. MITSILEGAS, *Autonomous Concepts, Diversity Management and Mutual Trust in Europe's Area of Criminal Justice*, in *CMLR*, vol. 57, n. 1, 2020, p. 45.

⁴⁰ Cfr., in particolare, Corte giust. 27 maggio 2019, C-508/18 e C-82/19 PPU, *OG*, sulla quale M. BÖSE, *The European Arrest Warrant and the Independence of Public Prosecutors: OG & PI, PF, JR & YC*, in *CMLR*, vol. 57, n. 4, 2020, p. 1259. Sul tema, cfr. T. MARGUERY, *Confiance mutuelle, reconnaissance mutuelle et crise de valeurs: la difficile équation entre justice pénale européenne et diversité nationale*, in *EP*, vol. 5, n. 3, 2020, p. 1271 ss., in specie p. 1282.

⁴¹ Corte giust. 10 marzo 2021, C-648/20 PPU, *PI*.

del principio del contraddittorio⁴², sebbene, per il momento, non sembri possibile delineare una nozione completamente armonizzata⁴³ anche in considerazione delle divergenze esistenti tra i vari atti normativi⁴⁴.

Va peraltro aggiunto che l'art. 19 TUE, quando applicato nel contesto della cooperazione giudiziaria, implica altresì requisiti di ordine funzionale, nel senso che esso presuppone che gli organi giurisdizionali nazionali possiedano i poteri necessari per dar seguito ai meccanismi stabiliti dalle misure adottate dall'Unione ai sensi degli artt. 81 e 82 TFUE e per realizzare gli obiettivi dalle stesse perseguiti⁴⁵. In sostanza, la necessità di attuare pienamente i meccanismi di cooperazione giudiziaria, letta alla luce dell'art. 19 TUE, impone agli Stati membri di organizzare il loro sistema giurisdizionale secondo una logica di effetto utile delle norme dell'Unione europea⁴⁶.

In mancanza di ciò, si configurerebbe un inadempimento anche rispetto alla citata disposizione di diritto primario, che, in ragione della sua riconosciuta efficacia diretta⁴⁷, potrebbe esser fatto valere dai singoli dinanzi ai giudici nazionali.

Tra le garanzie proprie della cooperazione giudiziaria deve naturalmente inquadarsi altresì il riconoscimento reciproco delle decisioni, atteso che esso viene espressamente indicato, tanto in materia civile quanto in materia penale, come la «pietra angolare» intorno a cui tale politica ruota⁴⁸. Il prin-

⁴² Con riferimento all'esclusione dei notai (che hanno, secondo l'ordinamento croato, il potere di emettere mandati di esecuzione sulla base di atti autentici) dalla nozione di autorità giurisdizionale, cfr. Corte giust. 9 marzo 2017, C-484/15, *Zulfikarpašić*, punto 43, e C-551/15, *Pula Parking*, punto 54.

⁴³ Nel senso che la nozione di «autorità giudiziaria emittente» rilevante in materia di mandato di arresto europeo richiederebbe un'armonizzazione, v. A. H. OCHNIO, *Why Is a Redefinition of the Autonomous Concept of an "Issuing Judicial Authority" in European Arrest Warrant Proceedings Needed?*, in *EP*, vol. 5, n. 3, 2020, p. 1305 ss.

⁴⁴ Così, in relazione agli obiettivi specifici del regolamento CE n. 2201/2003, la Corte di giustizia ha ritenuto di poter comprendere nella nozione anche l'ufficiale di stato civile dinanzi al quale i coniugi possono concludere un accordo finalizzato allo scioglimento del matrimonio, come previsto dalla legge italiana: Corte giust. 15 novembre 2022, C-646/20, *TB*.

⁴⁵ V., ad esempio, Corte giust. 18 dicembre 2014, C-400/13 e C-408/13, *Sanders e Huber*, punto 33.

⁴⁶ In tal senso, v. anche A. FAVI, *op. cit.*, p. 806.

⁴⁷ In tal senso, tra le altre, Corte giust. 16 febbraio 2022, C-156/21, *Ungheria/Parlamento e Consiglio*, punto 162; 22 febbraio 2022, C-430/21, *RS*, punti 58 e 59; 5 giugno 2023, C-204/21, *Commissione/Polonia*, punto 78; 13 luglio 2023, C-615/20 e C-671/20, *YP e a. e M.M.*, punto 63.

⁴⁸ In tal senso è la nota definizione delle conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999; per una illustrazione della successiva evoluzione

cipio, pur evocando, in quanto finalizzato ad assicurare la libera circolazione delle decisioni nello spazio giudiziario europeo, una chiara analogia con le libertà fondamentali che caratterizzano il mercato interno⁴⁹, in effetti presenta significative divergenze⁵⁰ quanto alle modalità con cui è inserito nella cornice del diritto primario⁵¹. Infatti, esso non può essere inteso quale norma dotata di effetto diretto⁵² (che si rinviene semmai nelle disposizioni degli strumenti adottati in attuazione del principio⁵³), onde la sua ragion d'essere è stata ben chiarita nel senso di dettare la finalità cui debbono inderogabilmente attenersi le misure di diritto derivato in tali materie⁵⁴.

Come noto, la scelta di incentrare la cooperazione giudiziaria sul riconoscimento reciproco costituisce il frutto di una resistenza di taluni Stati membri rispetto a un processo di estesa armonizzazione processuale a livello europeo⁵⁵, implicando la conseguenza apparentemente meno significativa di consentire la produzione automatica di effetti di decisioni giudiziarie emesse in un altro Stato membro⁵⁶. Tale produzione di effetti rappresenta, d'al-

del principio, con speciale enfasi sulla materia civile, v. M. LI KOVÁ, C. ORÓ MARTÍNEZ, *Mutual Recognition in Civil and Commercial Matters: on Certified Mutual Trust*, in S. IGLESIAS SÁNCHEZ, M. GONZÁLEZ PASCUAL (eds.), *op. cit.*, p. 179.

⁴⁹ Come rilevato già da R. LUZZATTO, *op. cit.*, p. 541. Per un esame dell'impatto sul mercato interno dei concetti di riconoscimento reciproco e reciproca fiducia come intesi nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, v. N. CAMBIEN, *Mutual Recognition and Mutual Trust in the Internal Market*, in *EP*, vol. 2, n. 1, 2017, p. 93.

⁵⁰ Cfr. anche S. LAVENEX, *Mutual Recognition and the Monopoly of Force: Limits of the Single Market Analogy*, in *JEPP*, vol. 14, n. 5, 2007, p. 762.

⁵¹ Cfr. K. LENAERTS, *The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *DUE*, n. 3, 2015, p. 525 ss., specialmente p. 527 s., secondo cui tale diversa natura dipenderebbe dal fatto che il principio, in questo settore, può comportare limitazioni per le libertà individuali.

⁵² Sul possibile effetto diretto dei principi e sull'uso di tale concetto per aggirare il divieto di effetti diretti orizzontali delle direttive, v. D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali: evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, p. 333 ss.

⁵³ Per un caso, per la verità piuttosto isolato, in cui la Corte sembra aver sottolineato l'efficacia diretta di una disposizione di un regolamento UE relativo alla cooperazione giudiziaria in materia civile, v. Corte giust. 16 febbraio 2023, C-638/22 PPU, *Rzecznik Praw Dziecka e a.*, punto 92.

⁵⁴ V. E. PISTOIA, *Lo status del principio di mutua fiducia nell'ordinamento dell'Unione secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia. Qual è l'intruso?*, in *FSJ*, n. 2, 2017, p. 29.

⁵⁵ Tra gli altri, V. MITSILEGAS, *The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU*, in *CMLR*, vol. 43, n. 5, 2006, p. 1277.

⁵⁶ K. NICOLAIDIS, *Trusting the Poles? Constructing Europe through Mutual Recognition*, in *JEPP*, vol. 14, n. 5, 2007, p. 682.

tronde, anche concreta realizzazione del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, il quale impone di evitare, tra l'altro, che una decisione giudiziaria vincolante resti inoperante⁵⁷.

Peraltro, il principio del riconoscimento reciproco delle decisioni non presenta in questo contesto una classica dimensione bilaterale, poiché, pur instaurando in ciascun singolo caso concreto una relazione diretta tra lo Stato membro di origine della decisione e lo Stato membro richiesto, prefigura in effetti l'interesse generale dell'Unione alla libera circolazione delle decisioni giudiziarie e al coordinamento diretto tra le autorità giurisdizionali nazionali. Se l'esistenza di un interesse comune in tal senso da parte degli Stati membri può agevolmente verificarsi per la materia penale, nella materia civile esso, seppur sovente assorbito dalla rilevanza attribuita all'interesse delle parti del procedimento, sussiste comunque in ragione dello stretto collegamento con i principi del mercato interno e della libera circolazione delle persone, rispetto ai quali il riconoscimento reciproco delle decisioni e le misure che lo attuano hanno peraltro carattere di complementarità, potendo talune soluzioni discendere già dall'effetto diretto proprio dei principi appena citati⁵⁸. Pertanto, il riconoscimento reciproco può intendersi senz'altro come una garanzia fondamentale della cooperazione giudiziaria, sia pure attraverso la sua necessaria articolazione in norme di diritto secondario e con i limiti dalle stesse previsti.

Deve qui aggiungersi che, se il riconoscimento reciproco è inteso come un fondamento della cooperazione giudiziaria e al tempo stesso un suo obiettivo da realizzare in maniera graduale, gli atti normativi dell'Unione e la giurisprudenza della Corte di giustizia hanno ad esso costantemente affiancato il canone della reciproca fiducia⁵⁹, pur non esplicitamente menzionato dai Trattati⁶⁰. Tale concetto è stato variamente definito dalla dottrina, che tende a non ravvisarvi un vero e proprio principio generale del diritto

⁵⁷ *Rzecznik Praw Dziecka e a.*, sopra citata, punto 84.

⁵⁸ V. *infra*, par. 5.3.

⁵⁹ Sul rapporto tra reciproco riconoscimento e reciproca fiducia, v., tra gli altri, A. ROSANÒ, *op. cit.*, p. 49 ss.

⁶⁰ Nel senso che esso deriverebbe dal principio di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE, v. F. KORENICA, D. DOLI, *No More Unconditional "Mutual Trust" between the Member States: an Analysis of the Landmark Decision of the CJEU in Aranyosi and Caldaru*, in *EHRLR*, n. 5, 2016, p. 542 ss., in specie p. 543. Per una diversa ricostruzione, secondo cui la reciproca fiducia costituirebbe manifestazione dell'uguaglianza tra Stati membri ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE, v. K. LENAERTS, *La vie après l'avis: Exploring the Principle of Mutual (Yet Not Blind) Trust*, in *CMLR*, vol. 54, n. 3, 2017, p. 805 ss., specialmente p. 807 ss.

dell'Unione⁶¹ e a considerarlo non suscettibile di puntuale applicazione da parte dei giudici nazionali⁶², poiché esso costituirebbe soltanto il presupposto per il conseguimento del citato obiettivo del riconoscimento reciproco, dal quale rimane distinto⁶³.

In realtà, secondo la definizione della Corte di giustizia nel parere 2/13, la reciproca fiducia «impone a ciascuno di detti Stati, segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, di ritenere, tranne in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettano il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo»⁶⁴. Appare dunque chiaro che la Corte di giustizia ha inteso ricostruire un vero e proprio obbligo⁶⁵ gravante sugli Stati membri in forza del concetto di reciproca fiducia⁶⁶; ma essa appare per il momento piuttosto reticente nell'individuazione della portata dello stesso.

In proposito, può certamente affermarsi che la reciproca fiducia tra gli Stati membri rileva ai fini dell'azione legislativa dell'Unione europea, poiché consente di ricorrere a misure, come l'abolizione dell'*exequatur* o il mandato d'arresto europeo, che presuppongono un profondo livello di integrazione tra ordinamenti. Secondo la medesima logica l'Unione europea può partecipare ad accordi internazionali concernenti la cooperazione giudiziaria esigendo l'inserimento di clausole che, come quelle di disconnessione, fan-

⁶¹ C. SÁENZ PÉREZ, *Mutual Trust as a Driver of Integration: Which Way Forward?*, in K. ZIEGLER, P. NEUVONEN, V. MORENO-LAX (eds.), *General Principles in EU Law*, Cheltenham, 2022, p. 530.

⁶² E. HERLIN-KARNELL, *Constitutional Principles in the EU Area of Freedom, Security and Justice*, in D. ACOSTA, C. MURPHY (eds.), *EU Security and Justice Law*, Oxford, 2014, p. 36.

⁶³ V. E. PISTOIA, *Lo status del principio di mutua fiducia nell'ordinamento dell'Unione secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia*, cit., p. 29 ss.

⁶⁴ Parere 2/13, sopra citato, punto 191.

⁶⁵ D'altra parte, costituisce necessario corollario della reciproca fiducia che gli Stati membri non possano prevedere, in sede di attuazione delle misure di cooperazione giudiziaria dell'Unione, un livello di tutela dei diritti fondamentali inferiore a quello richiesto da dette misure: v. Corte giust. 1° giugno 2016, C-241/15, *Bob-Dogi*, punti 52 e 53.

⁶⁶ Nel senso che un simile obbligo si giustificerebbe in ragione della struttura sostanzialmente federale dell'ordinamento dell'Unione, B. CORTESE, *Carta, CEDU e Costituzioni nazionali: un processo di codificazione tra autonomia, autopoiesi e international collaborative law*, in A. ANNONI, S. FORLATI, F. SALERNO (a cura di), *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, 2019, p. 457 ss., specialmente p. 490 ss. Per una critica in ordine alla sussistenza di tale obbligo nel contesto del parere 2/13, in quanto confliggente con quello gravante sugli Stati membri sulla base della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, v. G. GAJA, *Lo statuto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel diritto dell'Unione*, in *RDI*, vol. 99, n. 3, 2016, p. 676 ss., specialmente p. 687 ss.

no salvo lo speciale regime applicabile tra Stati membri⁶⁷ oppure applicare al suo interno gli strumenti internazionali introducendo una disciplina più dettagliata e puntuale per i rapporti intra-UE, com'è accaduto da tempo per la Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori⁶⁸.

Se ci si sposta sul piano applicativo, non sembra che possa parlarsi di una norma in sé direttamente precettiva, dovendo il concetto di reciproca fiducia essere riempito di contenuto attraverso la considerazione delle specifiche misure adottate dall'Unione e restando salve per gli Stati membri le possibilità di un controllo sull'avvenuto rispetto dei diritti fondamentali da parte di un altro Stato nei limiti consentiti da tali misure. Pertanto, la reciproca fiducia sembra essere destinata a riflettersi sulla posizione dei singoli essenzialmente in quanto parametro interpretativo delle norme uniformi in materia di cooperazione giudiziaria, come essa viene frequentemente utilizzata nella giurisprudenza della Corte⁶⁹, anche quando essa viene invocata per escludere l'applicazione di specifici istituti del diritto nazionale, come le "quasi" *anti-suit injunctions*⁷⁰.

Peraltro, come anticipato, il diritto primario dell'Unione impone di coordinare l'applicazione delle norme in materia di cooperazione giudiziaria con valori di carattere trasversale che trascendono tale politica e che comprendono soprattutto quelli relativi alla tutela dei diritti fondamentali.

Infatti, è certamente vero che gli obiettivi del mutuo riconoscimento e della reciproca fiducia attengono essi stessi alla realizzazione del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, protetta dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, la cui portata la Corte di giustizia ha individuato comprendendovi simultaneamente «i diritti della difesa, il principio della parità delle armi, il diritto di ricorso ad un giudice nonché la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare»⁷¹. Tuttavia, proprio in considerazione di questa configurazione ancipite, la giurisprudenza ha anche riconosciuto che tali

⁶⁷ A. BORRÁS, *Les clauses de déconnexion et le droit international privé communautaire*, in H.-P. MANSEL, R. HAUSMANN, C. KOHLER, H. KRONKE, T. PFEIFFER (hrsg.), *Festschrift für Erik Jayme*, München, 2004, vol. I, p. 57.

⁶⁸ Così, S. TONOLO, *La sottrazione dei minori nel diritto processuale civile europeo: il Regolamento Bruxelles II-bis e la Convenzione dell'Aja a confronto*, in *RDIPP*, vol. 47, n. 1, 2011, p. 81 ss.

⁶⁹ V., per esempi recenti, Corte giust. 8 giugno 2023, C-567/21, *BNP Paribas*, punti 45 e 46; 21 dicembre 2023, C-281/22, *G.K. e a.*, punto 55.

⁷⁰ Corte giust. 7 settembre 2023, C-590/21, *Charles Taylor Adjusting*, punto 38.

⁷¹ Corte giust. 6 novembre 2012, C-199/11, *Otis e a.*, punto 48. Sul diritto di accesso al giudice, v. anche Corte giust. 14 ottobre 2021, C-231/20, *MT*, punto 57; sui diritti della difesa, Corte giust. 13 settembre 2018, C-358/16, *UBS Europe*, punto 60.

prerogative non hanno carattere assoluto e inderogabile e possono subire restrizioni⁷²: ciò determina di norma l'esigenza di bilanciamento tra valori confliggenti alla quale si è già fatto cenno, secondo le modalità espressamente previste dalle misure dell'Unione in materia⁷³.

Ciò nondimeno, in tempi più recenti la Corte di giustizia, recependo di fatto l'idea, elaborata nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo cui i valori della cooperazione giudiziaria non possono prevalere in modo indiscriminato⁷⁴, ha riconosciuto che, nella coesistenza concreta di due ordini di valori in un singolo caso, può imporsi, in via eccezionale, la prevalenza di quelli che incarnano valori di rango superiore ad ogni altro (c.d. diritti assoluti, come quello alla tutela della dignità umana), ammettendo così limitazioni alla cooperazione giudiziaria in presenza di possibili violazioni di taluni diritti fondamentali.

In particolare, a partire dalla sentenza *Aranyosi e Căldăraru*⁷⁵ la Corte ha riconosciuto che la presenza di rischi generalizzati di violazione di talune prerogative di carattere assoluto, individuate sulla base della Carta UE dei diritti fondamentali e delle altre fonti rilevanti *ex art. 6 TUE*, può indurre il giudice dello Stato richiesto a sospendere il funzionamento della cooperazione giudiziaria.

Per un verso, tale potere è stato peraltro circondato di notevoli cautele, poiché, pur in presenza di un quadro sistemico che può far temere l'insorgenza delle violazioni suddette, al giudice dello Stato membro di esecuzione è richiesto di instaurare un dialogo con le autorità dello Stato membro di origine della decisione, diretto ad accertare se un rischio concreto si manifesta nella specifica fattispecie considerata, non essendo consentito di pervenire a una sospensione integrale della cooperazione giudiziaria con uno Stato

⁷² V., ad esempio, Corte giust. 22 dicembre 2010, C-279/09, *DEB*, punto 45; 6 settembre 2012, C-619/10, *Trade Agency*, punto 55; 30 giugno 2016, C-205/15, *Toma*, punto 44; 26 luglio 2017, C-348/16, *Sacko*, punto 38.

⁷³ V. S. PRECHAL, *Mutual Trust before the Court of Justice of the European Union*, in *EP*, vol. 2, n. 1, 2017, p. 75 ss., specialmente p. 85 ss. Per un'ipotesi di bilanciamento, in cui è stata data priorità alle esigenze sottese al sistema del mandato di arresto europeo rispetto a quelle proprie della direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, v. Corte giust. 28 gennaio 2021, C-649/19, *IR*.

⁷⁴ Cfr., in particolare, Corte EDU 23 maggio 2016, ric. n. 17502/07, *Avotiņš v. Latvia*; 25 marzo 2021, ricc. n. 40324/16 e n. 12623/17, *Bivolaru and Moldovan v. France*. Nel senso che la sentenza *Avotiņš v. Latvia* intendeva rappresentare un chiaro monito indirizzato all'Unione europea, v., tra gli altri, B. CORTESE, *op. cit.*, p. 493.

⁷⁵ Corte giust. 5 aprile 2016, C-404/15 e C-659/15 PPU.

membro al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 7 TUE⁷⁶. In proposito, la Corte ha dunque richiamato l'attenzione sulla necessità di un processo in due fasi distinte, che attengono, in primo luogo, all'accertamento dell'esistenza di carenze sistemiche nello Stato membro considerato e, in secondo luogo, al rischio di un'incidenza effettiva di tali carenze sulla situazione del soggetto interessato⁷⁷.

Per altro verso, se questo orientamento ha inizialmente riguardato posizioni soggettive strettamente attinenti al nucleo duro della dignità umana, esso è venuto via via espandendosi per ricomprendere il diritto alla salute⁷⁸, il diritto ad un processo equo⁷⁹ e al giudice precostituito per legge⁸⁰, la tutela dei diritti dei minori⁸¹. Al contempo, esso ha conosciuto recentemente anche un ampliamento della sfera di applicazione materiale, originariamente circoscritta al mandato di arresto europeo, ma in effetti suscettibile di riguardare ambiti più ampi della cooperazione giudiziaria penale⁸².

Va peraltro precisato che tale approccio non sembra essere allo stato estendibile *tout court* anche alla materia civile, nella quale la disponibilità della Corte a discostarsi dal dato normativo appare più circoscritta. Emblematica, al riguardo, risulta la sentenza *Aguirre Zarraga*⁸³, nella quale è stato escluso che, nell'esecuzione di una decisione implicante il ritorno di un minore sottratto ai sensi del regolamento CE n. 2201/2003, il giudice dello Stato membro richiesto possa godere eccezionalmente di poteri di rie-

⁷⁶ V. *LM*, sopra citata, punto 70, che menziona il considerando n. 10 della decisione quadro 2002/584, cit.

⁷⁷ G. ANAGNOSTARAS, *Mutual Confidence Is Not Blind Trust! Fundamental Rights Protection and the Execution of the European Arrest Warrant: Aranyosi and Căldăraru*, in *CMLR*, vol. 53, n. 6, 2016, p. 1675; S. MONTALDO, *On a Collision Course! Mutual Recognition, Mutual Trust and the Protection of Fundamental Rights in the Recent Case-Law of the Court of Justice*, in *EP*, n. 3, 2016, p. 965.

⁷⁸ V. Corte giust. 18 aprile 2023, C-699/21, *E.D.L.* Nel senso che questa decisione implicherebbe un approccio diverso al bilanciamento tra esigenze della cooperazione giudiziaria e tutela dei diritti fondamentali, v. L. GROSSIO, M. ROSI, *The Ultimate (but not the Only) Remedy for Securing Fundamental Rights in the EAW System? Some Reflections on Puig Gordi and E. D. L.*, in *EP*, vol. 8, n. 2, 2023, p. 547.

⁷⁹ Cfr., tra le altre, Corte giust. 17 dicembre 2020, C-354/20, *L e P*. Sul rapporto tra diritto all'equo processo e ordine di indagine europeo, v. Corte giust. 30 aprile 2024, C-670/22, *M.N.*, punto 130.

⁸⁰ Corte giust. 31 gennaio 2023, C-158/21, *Puig Gordi e a.*

⁸¹ Corte giust. 21 dicembre 2023, C-261/22, *GN*.

⁸² Sull'applicabilità del principio nell'ambito della decisione quadro 2008/909/GAI, cit., Corte giust. 9 novembre 2023, C-819/21, *Staatsanwaltschaft Aachen*.

⁸³ Corte giust. 22 dicembre 2010, C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga*.

same della decisione straniera allorché venga prospettata l'esistenza di gravi violazioni dei diritti fondamentali commesse nello Stato membro di origine della decisione stessa⁸⁴. Analogamente, la Corte di giustizia ha ritenuto che le regole sui conflitti di giurisdizione stabilite dal legislatore dell'Unione, in particolare in materia di responsabilità genitoriale, realizzino già esigenze di tutela dei diritti fondamentali e dunque non possano subire deroga laddove una delle parti deduca che il titolo di giurisdizione sia stato determinato, nel caso concreto, in violazione dei diritti protetti dalla Carta⁸⁵.

5. *I beneficiari*

Ora, nell'articolato quadro di garanzie così offerto, in materia di cooperazione giudiziaria, dal sistema giuridico dell'Unione emerge un ulteriore elemento di peculiarità proprio di tale politica, che attiene all'individuazione dei beneficiari di queste garanzie. In via generale, può affermarsi che l'operatività delle garanzie stesse presuppone che la fattispecie ricada nell'ambito applicativo del diritto dell'Unione, come risulta tanto dall'art. 19 TUE («nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione»⁸⁶) quanto dall'art. 51 della Carta («nell'attuazione del diritto dell'Unione»⁸⁷).

Tuttavia, rispetto alla sfera di applicazione personale delle norme sulla cooperazione giudiziaria, i Trattati, pur non restando completamente silenti, forniscono indicazioni non chiare: per un verso, l'art. 3, par. 2, TUE prevede che «l'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone»; per altro verso, l'art. 67 TFUE non reitera tale riferimento ai soli cittadini dell'Unione e, se chiarisce esplicitamente che la politica comune in materia di asilo, migrazione e controllo delle frontiere esterne riguarda i

⁸⁴ V. M. HERRANZ BALLESTEROS, *El control por el juez de origen de las decisiones dictadas en aplicación del artículo 42 del Reglamento (CE) N. 2201/2003: el asunto Aguirre Pelz*, in *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 25, 2011, p. 1.

⁸⁵ Corte giust. 17 ottobre 2018, C-393/18 PPU, UD.

⁸⁶ Sull'interpretazione ampia di tale locuzione fornita dalla Corte nelle pronunce sull'indipendenza dei giudici nazionali, v. A. MIGLIO, *Indipendenza del giudice, crisi dello Stato di diritto e tutela giurisdizionale effettiva negli Stati membri dell'Unione europea*, in *DUDI*, n. 2, 2018, p. 421 ss., specialmente p. 424 ss.

⁸⁷ Sul tema, v., in particolare, N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018, p. 183 ss.; B. NASCIBENE, *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti fra giudici: la necessità di una tutela integrata*, in *EP*, vol. 6, n. 1, 2021, p. 81.

cittadini di Stati terzi, non affronta questo aspetto rispetto alla cooperazione giudiziaria. Allo stesso modo, neppure gli artt. 81-83 TFUE contengono espresse indicazioni rispetto ai destinatari delle misure in questione.

D'altra parte, sebbene si affermi comunemente che le finalità della cooperazione giudiziaria dell'Unione sono strettamente connesse alla realizzazione della libera circolazione delle persone e del mercato interno, non si ravvisa una piena sovrapposizione tra i due ambiti. Ne consegue che la ricostruzione del novero dei destinatari delle norme – e beneficiari delle conseguenti garanzie – in materia di cooperazione giudiziaria richiede un'operazione di ricostruzione, che, in difetto di puntuali previsioni nei Trattati, può avvenire, come subito si vedrà, solo “per blocchi” e non unitariamente.

5.1. *Garanzie fondamentali della cooperazione giudiziaria e integrazione nel territorio dell'Unione*

Sul piano generale, nonostante l'espreso riferimento contenuto nell'art. 3, par. 2, TUE, la cittadinanza europea non sembra costituire un requisito indispensabile per poter beneficiare delle garanzie inerenti alla cooperazione giudiziaria, come sopra individuate. Infatti, se si esaminano le modalità con cui sono concretamente formulate le misure dell'Unione in questo settore, può rilevarsi che esse tendono a valorizzare, ai fini della delimitazione della loro applicazione, elementi connessi all'integrazione concreta del soggetto nel territorio dell'Unione piuttosto che il possesso della cittadinanza di uno Stato membro.

Occorre in proposito considerare che le misure uniformi adottate in materia civile sovente non prevedono neppure condizioni di applicazione legate alla sussistenza di specifici collegamenti delle parti con il territorio dell'Unione, come accade per le norme in materia di legge applicabile, di efficacia delle decisioni straniere o di assistenza giudiziaria. La necessità di un nesso tra le parti della controversia e il giudice adito può semmai permanere per le norme uniformi in materia di giurisdizione, ma anche in questo caso la cittadinanza di uno Stato membro ha un ruolo marginale⁸⁸. Infatti, sia quando il campo di applicazione personale è delimitato sulla base di uno specifico criterio distinto dai titoli di giurisdizione, come accade per il regolamento UE n. 1215/2012; sia quando, secondo lo schema più frequente, l'applicazione personale dei regolamenti dell'Unione è legata alla sussistenza

⁸⁸ Anche se una differenza fondata sulla cittadinanza di una delle parti rispetto ad un titolo di giurisdizione non determina necessariamente una discriminazione vietata in base alla nazionalità: Corte giust. 10 febbraio 2022, C-522/20, *OE*.

di un titolo di giurisdizione per il giudice di uno Stato membro, la cittadinanza non ha un rilievo preminente⁸⁹ e ciò induce a escludere che l'accesso ai giudici degli Stati membri sia garantito in termini più ampi per i cittadini europei. Di contro, la residenza abituale e il domicilio di una delle parti, manifestando la concreta espressione di un principio di prossimità⁹⁰, rappresentano ormai i legami più rilevanti, fermo che i criteri di collegamento o i titoli di giurisdizione su di essi basati possono concretamente articolarsi in forme diverse.

A questo può aggiungersi che talvolta, anche ai fini della determinazione della giurisdizione, la stessa necessità di un legame con il territorio dell'Unione sembra risultare piuttosto flebile. Così, l'art. 25 del regolamento n. 1215/2012 relativo agli accordi di proroga della competenza prevede che una controversia in materia civile e commerciale possa essere devoluta al giudice di uno Stato membro anche quando le parti non sono in alcun modo connesse col territorio dell'Unione, sottolineando così l'importanza dell'autonomia delle parti in questo ambito⁹¹. Ma un chiaro segno della proiezione della cooperazione giudiziaria civile anche nei confronti di soggetti che non presentano concreti collegamenti con il territorio degli Stati membri si rinviene nell'istituto del foro di necessità, previsto in materia di obbligazioni alimentari, di successioni, di rapporti patrimoniali tra coniugi o tra partner di unioni registrate⁹²: poiché tale istituto mira a porre rimedio a situazioni di diniego di giustizia occorse in uno Stato terzo, esso prefigura un meccanismo associato alle garanzie fondamentali, che l'ordinamento dell'Unione pone a disposizione anche e soprattutto di soggetti che ad esso rimangono estranei⁹³.

Peraltro, anche per la cooperazione giudiziaria in materia penale, sebbe-

⁸⁹ Cfr. anche T. PFEIFFER, *The Notion of Habitual Residence*, in T. PFEIFFER, Q. C. LOBACH, T. RAPP (eds.), *Facilitating Cross Border Family Life – Towards a Common European Understanding*, Heidelberg, 2021, p. 10.

⁹⁰ Sul principio di prossimità, v. S. M. BOUYAHIA, *Le principe de proximité en droit international privé de la famille*, Paris, 2015.

⁹¹ Per una recente conferma, v. Corte giust. 8 febbraio 2024, C-566/22, *Inkreal*.

⁹² Sulla possibilità di introdurre tale titolo di giurisdizione come previsione generale nella materia civile e commerciale, v. R. CAFARI PANICO, *Forum necessitatis: Judicial Discretion in the Exercise of Jurisdiction*, in F. POCAR, I. VIARENGO, F. C. VILLATA (eds.), *Recasting Brussels I*, Padova, 2012, p. 127.

⁹³ Sull'approccio generale al foro di necessità, v. F. MARONGIU BUONAIUTI, *Art. 4 della risoluzione dell'Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law: il forum necessitatis come strumento volto a garantire il diritto di accesso alla giustizia*, in DUDI, n. 2, 2022, p. 307.

ne il quadro risulti meno chiaramente articolato, la linea di tendenza diretta a attribuire rilevanza all'inserimento nel tessuto sociale dell'Unione al fine di consentire il godimento di garanzie fondamentali appare molto chiara. Così, in passato, la Corte ha escluso che il motivo facoltativo di non esecuzione del mandato di arresto europeo previsto dall'art. 4, punto 6, dalla decisione quadro 2002/584 possa essere applicato da uno Stato membro soltanto ai suoi cittadini, e non ai cittadini di altri Stati membri, nonostante che essi presentino un significativo grado di inserimento nel suo territorio⁹⁴.

Peraltro, in tempi più recenti tale orientamento sembra essersi esteso anche alla posizione di cittadini di Stati terzi, come risulta dalla sentenza *O.G.*⁹⁵. Infatti, in tale pronuncia, la Corte di giustizia ha escluso, facendo riferimento alla necessità di rispettare il principio di eguaglianza di cui all'art. 20 della Carta, che uno Stato membro possa limitare in modo automatico l'applicazione di un motivo di non esecuzione facoltativo del mandato di arresto europeo ai soli cittadini dell'Unione, eccettuandone *sic et simpliciter* i cittadini di Stati terzi, quando questi presentino un legame significativo con il suo territorio. D'altra parte, anche nelle direttive relative all'adozione di norme minime in materia di procedura penale fa difetto qualunque limitazione della sfera applicativa *ratione personarum* che possa escludere i cittadini di Stati terzi⁹⁶.

Consegue da quanto precede che l'individuazione dei beneficiari delle garanzie fondamentali in materia di cooperazione giudiziaria, nel mentre non appare poter essere circoscritta in relazione alla qualità di cittadini di uno Stato membro, non si presta neppure a una lineare definizione, potendo le fattispecie ricadere nell'orbita applicativa del diritto dell'Unione in relazione a diversi possibili legami con il territorio degli Stati membri, caratterizzati anche da un'intensità talvolta ridotta.

5.2. *Gli elementi di una geometria variabile*

Tuttavia, tali considerazioni di carattere generale non solo non esau-

⁹⁴ Corte giust. 17 luglio 2008, C-66/08, *Kosłowski*; 6 ottobre 2009, C-123/08, *Dominic Wolzenburg*; 5 settembre 2012, C-42/11, *Lopes da Silva Jorge*.

⁹⁵ Corte giust. 6 giugno 2023, C-700/21. Per un primo commento, v. F. GATTA, *Verso una "cittadinanza di residenza"? La Corte di giustizia conferma l'evoluzione in corso*, in *EJ*, 24 luglio 2023.

⁹⁶ Così, già C. AMALFITANO, *Le prime direttive europee sul ravvicinamento "processuale": il diritto all'interpretazione, alla traduzione e all'informazione nei procedimenti penali*, in R. DEL COCO, E. PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale*, Bari, 2014, p. 1 ss., in specie p. 12 ss.

riscono completamente il quadro, ma anzi debbono saldarsi con ulteriori fattori specifici propri della cooperazione giudiziaria, la quale non appare destinata a dispiegare i suoi effetti in modo pieno rispetto a tutti i cittadini europei e/o all'intero territorio dell'Unione, poiché nell'attuale quadro essa può realizzarsi soltanto in forme frammentarie e differenziate.

Ciò costituisce anzitutto conseguenza della posizione speciale assunta da Danimarca e Irlanda in base ai Trattati in relazione all'intero Spazio di libertà, sicurezza e giustizia: è pur vero che in tempi recenti l'importanza della deroga così introdotta è stata parzialmente ridimensionata, avendo la Corte di giustizia riconosciuto che misure in materia di cooperazione giudiziaria possono essere adottate anche senza fondarsi sulle basi giuridiche degli artt. 81-83 TFUE e in tali casi renderle rilevanti anche per gli Stati membri che normalmente non vi parteciperebbero⁹⁷.

Ma la possibilità di una partecipazione almeno parziale, su base consensuale, alle misure adottate dall'Unione, eventualmente attraverso il ricorso a meccanismi alternativi, come la stipulazione di un accordo internazionale⁹⁸, non elide evidentemente il rischio che l'unità delle garanzie proprie dell'ordinamento sovranazionale si infranga in ragione della posizione differenziata di taluni Stati, lasciando privo di copertura un numero significativo di fattispecie.

D'altra parte, oltre alle ipotesi in cui questa posizione differenziata discende direttamente dalle previsioni dei Trattati, occorre tenere in considerazione anche l'evenienza di un ricorso alla cooperazione rafforzata, che, anche in connessione con la persistenza della votazione all'unanimità nel Consiglio per alcuni settori, ha conosciuto un uso piuttosto ampio in questa materia⁹⁹. Un simile approccio determina un'ulteriore erosione della portata

⁹⁷ Corte giust. 16 novembre 2021, C-479/21 PPU, *Governor of Cloverhill Prison e a.*

⁹⁸ Come avvenuto per la partecipazione della Danimarca ad alcune misure adottate nel settore della cooperazione giudiziaria civile: cfr. l'accordo del 19 ottobre 2005 tra la Comunità europea e il Regno di Danimarca concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

⁹⁹ In materia di cooperazione giudiziaria civile, ciò vale, in particolare, per le misure di cui all'art. 81, par. 3, TFUE: sono stati adottati nella forma della cooperazione rafforzata il regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale; nonché i citati regolamenti 2016/1103 in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e 2016/1104 in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate. Per la materia penale, v. soprattutto il regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPPO»).

generale delle garanzie previste per la cooperazione giudiziaria, che può giustificarsi nella misura in cui tali schemi possano indirettamente assimilarsi a modalità ammesse dal diritto dell'Unione per far valere l'identità costituzionale dei singoli Stati membri. Ma l'effetto che viene così a determinarsi è, inevitabilmente, quello di una geometria variabile rispetto ad un profilo, quello della titolarità delle garanzie fondamentali derivanti dal diritto dell'Unione, che sembrerebbe, invece, richiedere piena coincidenza per tutti gli individui, quale che sia lo Stato membro in cui la funzione giurisdizionale viene esercitata¹⁰⁰.

5.3. *La limitazione di talune garanzie ai soli cittadini europei*

Nonostante che, in linea di principio, le garanzie proprie della cooperazione giudiziaria non possano intendersi come riservate ai soli cittadini europei, in alcuni settori la giurisprudenza della Corte di giustizia ha enucleato prerogative che appartengono esclusivamente a questi ultimi (ovvero a cittadini di Stati terzi che possano vantare diritti derivati dalla posizione di familiare di un cittadino di uno Stato membro¹⁰¹), in quanto connesse alle disposizioni degli art. 18 e 21 TFUE in tema di divieto di discriminazione in base alla nazionalità e di libera circolazione delle persone, ma comunque idonee a produrre riflessi sulle materie incluse negli artt. 81 e 82 TFUE e a condizionare l'applicazione della relativa disciplina.

Così, già in passato la Corte ha chiarito che costituisce una discriminazione diretta in base alla nazionalità la previsione di requisiti aggiuntivi per l'accesso al giudice da parte di cittadini di altri Stati membri, come l'imposizione di una *cautio judicatum solvi*¹⁰², mentre ha rifiutato di estendere tale protezione ai cittadini di Stati terzi (addirittura anche se compresi nel territorio doganale dell'Unione, come il Principato di Monaco)¹⁰³.

Ma è soprattutto dall'art. 21 TFUE che la Corte ha tratto conseguenze che possono interferire con il funzionamento della cooperazione giudiziaria: se talune pronunce hanno riguardato aspetti di carattere strettamente

¹⁰⁰ Sui possibili limiti all'uso della cooperazione rafforzata, v. E. PISTOIA, *Limiti all'integrazione differenziata dell'Unione europea*, Bari, 2018, p. 27; nonché A. MIGLIO, *Integrazione differenziata e principi strutturali dell'ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2020, p. 85 ss.

¹⁰¹ V. *Pancharevo*, sopra citata, punti 67 e 68.

¹⁰² Corte giust. 26 settembre 1996, C-43/95, *Data Delecta Aktiebolag e Forsberg*; 20 marzo 1997, C-323/95, *Hayes/Kronenberger*.

¹⁰³ Corte giust. 7 aprile 2011, C-291/09, *Francesco Guarnieri & Cie.*

processuale, come le garanzie relative all'uso di una lingua diversa da quella ufficiale dello Stato membro ove si svolge il processo civile, che si applicano esclusivamente ai cittadini di altri Stati membri¹⁰⁴, un ampio *corpus* di pronunce si è ormai formato in materia di riconoscimento degli status personali acquisiti in un altro Stato membro.

Inizialmente, come noto, la giurisprudenza ha avuto occasione di esaminare casi relativi al diritto al nome, richiedendo che un nome attribuito in uno Stato membro venga riconosciuto in un altro Stato membro, salva l'ipotesi in cui tale riconoscimento sia contrario all'ordine pubblico¹⁰⁵, e ciò anche in presenza di norme internazionalprivatistiche che vi si oppongono¹⁰⁶. Si tratta naturalmente di materia rispetto alla quale, allo stato attuale, non si è pervenuti all'elaborazione di norme uniformi sulla base dell'art. 81 TFUE; ma è evidente che, trattandosi di garanzie che discendono direttamente da norme di diritto primario, esse non potrebbero non essere fatte proprie, rispetto alla posizione dei cittadini europei, da un eventuale regolamento che dovesse disciplinare gli aspetti internazionalprivatistici del diritto al nome.

In casi recenti la Corte di giustizia ha più accuratamente tentato di delimitare la portata dei principi ricavati dall'art. 21 TFUE rispetto a possibili ricadute sul sistema della cooperazione giudiziaria civile, come dimostrano i ben noti casi *Coman*¹⁰⁷ e *Pancharevo*. Infatti, tali sentenze si limitano a quello che è stato definito un «riconoscimento funzionalmente orientato»¹⁰⁸ imponendo ad uno Stato membro di annettere rilevanza allo status di coniuge o di figlio acquisito in un altro Stato membro, ma ai soli fini del godimento dei diritti di circolazione e soggiorno¹⁰⁹. Peraltro, anche in questo settore un futuro intervento del legislatore non potrà che tener conto dei principi elaborati sulla base dell'interpretazione dell'art. 21 TFUE ma applicabili esclu-

¹⁰⁴ Corte giust. 27 marzo 2014, C-322/13, *Grauel Rüffer*.

¹⁰⁵ Corte giust. 22 dicembre 2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*; 2 giugno 2016, C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*. Su tale giurisprudenza, v. G. ROSSOLILLO, *Changement volontaire du nom, titres nobiliaires et ordre public: l'arrêt Bogendorff von Wolffersdorff*, in EP, vol. 1, n. 3, 2016, p. 1205.

¹⁰⁶ In tal senso, anche G. ROSSOLILLO, *Art. 11 della risoluzione dell'Institut de droit international su Human Rights and Private International Law: riconoscimento del nome e tutela dell'identità personale*, in DUDI, n. 2, 2022, p. 543 ss., specialmente p. 550 ss.

¹⁰⁷ *Coman*, sopra citata.

¹⁰⁸ V. O. FERACI, *Il riconoscimento "funzionalmente orientato" dello status di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo: una lettura internazionalprivatistica della sentenza Pancharevo*, in RDI, vol. 105, n. 2, 2022, p. 563.

¹⁰⁹ Cfr. su tali decisioni, tra gli altri, S. CORNELOUP, *Du couple à l'enfant, les libertés de circulation poursuivent leur chemin*, in *Revue critique de droit international privé*, 2022, p. 559.

sivamente ai cittadini europei, come dimostra, d'altronde, la proposta di regolamento presentata dalla Commissione in materia di filiazione, la quale si fonda chiaramente sulla logica del riconoscimento di uno status accertato in uno Stato membro da parte degli altri Stati membri¹¹⁰.

Un ulteriore esempio può peraltro individuarsi nella materia penale, avendo la Corte di giustizia ritenuto che, in caso di richiesta di estradizione verso uno Stato terzo di cittadini di uno Stato membro che abbiano esercitato il diritto alla libera circolazione verso altro Stato membro, gli artt. 18 e 21 TFUE ostano a che tale richiesta sia accolta laddove lo Stato membro richiesto possa rifiutarsi di estradare i suoi cittadini. Secondo tale indirizzo, inaugurato con la sentenza *Petruhhin*¹¹¹, lo Stato membro richiesto deve, in caso di estradizione processuale, informare lo Stato membro di cittadinanza perché valuti la possibilità di emanare un mandato di arresto europeo per ottenere la consegna del suo cittadino o, in caso di estradizione esecutiva, valutare l'esistenza di meccanismi che permettano all'interessato di scontare la pena nel territorio dello stesso Stato membro richiesto¹¹². Ma ancora una volta le garanzie fondamentali di diritto dell'Unione connesse all'applicazione pratica di tale indirizzo, ivi comprese, in particolare, quelle che conducono al ricorso a un mandato di arresto europeo, potranno trovare riscontro solo per i cittadini europei.

5.4. *L'estensione dei confini della reciproca fiducia*

In direzione opposta, la tematica della titolarità delle garanzie si incrocia con la esposta considerazione che la cooperazione giudiziaria si incentra sul valore della reciproca fiducia tra le corti nazionali, sul quale gli interessati devono poter fare affidamento e che presuppone la condivisione di un quadro assiologico comune. Ora, in linea di principio, tale circostanza costituisce naturalmente la conseguenza della *membership* dell'Unione, alla

¹¹⁰ Proposta 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, del 7 dicembre 2022, COM (2022) 695final: cfr., in particolare, i considerando nn. 2, 4 e 12.

¹¹¹ Corte giust. 6 settembre 2016, C-182/15; v. anche, tra le altre, 13 novembre 2018, C-247/17, *Raugevicius*; 17 dicembre 2020, C-398/19, *BY*.

¹¹² Su questo orientamento, v. M. BENLOLO-CARABOT, *La Cour persiste... et signe? Retour sur "la doctrine Petruhhin"*, in *RTDE*, vol. 59, n. 3, p. 667, 2021; F. CATTEAU, A. WEYEMBERGH, *L'extradition des citoyens européens vers des pays tiers: quels enseignements tirer des arrêts Petruhhin et suivants ?*, in *CDE*, vol. 55, nn. 2-3, 2019, p. 451.

quale si ricollega la necessità di aderire e rispettare i valori previsti dall'art. 2 TUE; ma, in tempi recenti, nella giurisprudenza della Corte di giustizia è stata prospettata la possibilità di una estensione della sfera applicativa del concetto di reciproca fiducia, che potrebbe dunque costituire una garanzia estesa anche ai cittadini di alcuni Stati terzi.

Infatti, alcune pronunce della Corte hanno esplicitamente indicato che una presunzione di reciproca fiducia sussiste non soltanto tra le autorità degli Stati membri, ma anche rispetto a quegli Stati terzi con cui l'Unione abbia rapporti privilegiati. Così, in tema di applicazione del principio del *ne bis in idem* rispetto alla sentenza di condanna penale emessa in uno Stato terzo la Corte ha fatto discendere l'esistenza di tali rapporti privilegiati dalla partecipazione o meno dello Stato terzo alla Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen¹¹³, suggerendo, in mancanza, l'esistenza di un margine di discrezionalità nell'applicazione del principio del *ne bis in idem*.

In un altro caso, riferendosi alle relazioni dell'Unione con l'Islanda, la Corte ha altresì menzionato, quale fonte di rapporti privilegiati, l'accordo sullo Spazio economico europeo e l'accordo relativo alla procedura di consegna tra gli Stati membri dell'Unione europea e l'Islanda e la Norvegia¹¹⁴, ispirato al sistema del mandato di arresto europeo¹¹⁵. Tale menzione ha permesso alla Corte di giustizia di estendere ai cittadini islandesi la portata della sua giurisprudenza sopra citata, concernente le particolari garanzie di cui godono i cittadini europei a fronte di una domanda di estradizione proposta da uno Stato terzo¹¹⁶.

Un simile approccio rispetto alla posizione degli Stati contraenti dell'Accordo sullo Spazio economico europeo non stupisce, in considerazione degli espressi riferimenti, ivi contenuti, a «una secolare comunanza di valori» e alla «identità europea»¹¹⁷. Pertanto, esso ben può essere propugnato anche nella materia civile, ove la Convenzione di Lugano del 2007 prefigura senz'altro una relazione privilegiata tra Stati membri e Stati terzi contraenti del-

¹¹³ Corte giust. 29 giugno 2016, C-486/14, *Kossowski*, punto 50; 29 aprile 2021, C-665/20 PPU, X, punto 55.

¹¹⁴ L'accordo, concluso il 28 giugno 2006, è stato approvato, a nome dell'Unione, con decisione 2014/835/UE del Consiglio, del 27 novembre 2014.

¹¹⁵ Corte giust. 2 aprile 2020, C-897/19 PPU, *Ruska Federacija*, punto 44.

¹¹⁶ Cfr. H. H. FREDRIKSEN, C. HILLION, *The "Special Relationship" between the EU and the EEA EFTA States: Free Movement of EEA Citizens in an Extended Area of Freedom, Security and Justice: Ruska Federacija v. I.N:Case C-897/19 PPU*, in *CMLR*, vol. 58, n. 3, 2021, p. 851. Nel senso che tale estensione non può operare per il Regno Unito, v. Corte giust. 29 luglio 2024, C-202/24, *Albaster*, punto 66 ss.

¹¹⁷ Sui quali v. anche Corte giust. 12 ottobre 2023, C-670/21, *BA*, punto 72.

la stessa¹¹⁸.

Peraltro, la possibilità che il valore della reciproca fiducia non sia connesso alla formale appartenenza di uno Stato membro all'Unione sembra poter determinare ulteriori conseguenze: in particolare, la medesima presunzione dovrebbe continuare a operare anche in caso di recesso ai sensi dell'art. 50 TUE, il quale non può certo far venir meno *ipso facto* la comunanza di valori su cui la reciproca fiducia si fonda, con l'effetto che le garanzie fondamentali sopra evidenziate potrebbero avere come destinatari anche soggetti che non sono più titolari della cittadinanza europea.

In tal senso, la prassi relativa alla c.d. *Brexit* pare idonea a confermare almeno parzialmente questa ricostruzione, quantomeno ove si consideri che il Titolo VII dell'Accordo sugli scambi e la cooperazione del 2020 con il Regno Unito¹¹⁹ è ampiamente modellato sul contenuto della decisione quadro 2002/584 in materia di mandato di arresto europeo e dunque configura una sostanziale estensione del quadro normativo relativo a questo aspetto della cooperazione giudiziaria penale dell'Unione alle relazioni con tale Stato non (più) membro¹²⁰.

6. Conclusioni

Dalla ricostruzione che precede emerge senz'altro che la cooperazione giudiziaria dell'Unione, oltre a presentare chiari elementi di specialità rispetto ai tradizionali modelli interstatali, si caratterizza per l'inevitabile intersecarsi di garanzie fondamentali, per un verso, dirette a favorire lo svolgimento di tale cooperazione e, per altro verso, idonee a opporre esigenze che a tale svolgimento fanno ostacolo. Come detto, si tratta di garanzie che appartengono, in entrambi i casi, all'ordinamento dell'Unione (salve le ipotesi in cui quest'ultimo consente espressamente agli ordinamenti nazionali di individuare possibili limiti all'attuazione delle misure di cooperazione

¹¹⁸ Fornisce un indice di tale speciale posizione della Convenzione di Lugano, ad esempio, la menzione della stessa nell'art. 6 del regolamento CE n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari.

¹¹⁹ Sulla cooperazione giudiziaria penale in tale Accordo, v. S. MONTALDO, *La cooperazione giudiziaria in materia penale*, in M. VELLANO (a cura di), *L'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione Europea e il Regno Unito*, Torino, 2022, p. 223.

¹²⁰ Sulla persistenza della reciproca fiducia con il Regno Unito nonostante il suo recesso dall'Unione, v. *Cass. 24 agosto 2021, n. 34466*, in *RDI*, vol. 104, n. 4, 2021, p. 1248.

giudiziaria) ed è dunque all'interno di quest'ultimo che debbono essere rintracciati i meccanismi utili ad assicurare il necessario bilanciamento. Anche se questo bilanciamento dev'essere talvolta effettuato sulla base di specifiche indicazioni normative, la Corte di giustizia ha comunque elaborato, anche in difetto di simili previsioni, tecniche interpretative, al momento applicate essenzialmente nella cooperazione giudiziaria in materia penale, che permettono di operare una ponderazione rispetto a valori di carattere inderogabile nell'ordinamento dell'Unione.

Per questa via pare delinearci in modo più chiaro il novero delle garanzie fondamentali rilevanti in materia di cooperazione giudiziaria, ma la situazione appare diversa quando si esamina il tema dei beneficiari di tali garanzie, poiché emergono nel sistema talune lacune e contraddizioni.

Sotto un primo profilo, nel mentre le misure dell'Unione in questa materia non hanno vocazione ad applicarsi in via privilegiata ai cittadini europei, avendo anzi le misure adottate in gran parte ridimensionato l'importanza della cittadinanza, la Corte di giustizia ha ricavato dagli artt. 18 e 21 TFUE una serie di principi capaci di incidere sui settori rientranti nella nozione di cooperazione giudiziaria e destinati a trovare applicazione ai soli cittadini europei. Come la recente proposta di regolamento in materia di filiazione dimostra, il rischio è che, in tale contesto, quando il legislatore europeo venga successivamente a disciplinare la materia, si ponga la necessità di garantire un non facile coordinamento tra le disposizioni normative in via di adozione e i principi elaborati dalla giurisprudenza¹²¹.

Sotto un secondo profilo, un'applicazione completa dei principi del riconoscimento reciproco e della reciproca fiducia sembra messa in discussione non solo dall'estraneità di taluni Stati membri alle misure dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ma anche dall'ampio uso della cooperazione rafforzata in questa materia. In proposito, la mancata adesione di taluni Stati membri alle misure adottate potrebbe denotare, appunto, una carenza di fiducia verso gli altri Stati membri in materie ritenute particolarmente "sensibili". C'è da chiedersi se un simile approccio non possa risultare dilatato in presenza di tensioni interne all'ordinamento dell'Unione, che collocano sotto una lente di ingrandimento la posizione di uno Stato membro, rischiando di dar luogo a reazioni che mettono concretamente a repentaglio il funzionamento del sistema di riconoscimento reciproco¹²².

¹²¹ V. O. FERACI, *I "controlimiti" al funzionamento del limite dell'ordine pubblico nella proposta di regolamento europeo in tema di filiazione*, in *RDI*, vol. 106, n. 3, 2023, p. 779.

¹²² Per un esempio, v. Corte suprema polacca 30 giugno 2023, II CSKP 1518/22, menzionata da A. WYSOCKA-BAR, *Polish Supreme Court Reacts to Concerns on Rule of Law*

Da ultimo, sta emergendo con grande chiarezza la tendenza ad ampliare i confini della reciproca fiducia e l'ambito applicativo dei modelli fondati sul riconoscimento reciproco anche a Stati non membri dell'Unione europea, con i quali quest'ultima intrattiene «relazioni privilegiate», come gli Stati membri dello Spazio economico europeo o, in ragione della sua preesistente *membership*, il Regno Unito. Tuttavia, al riguardo, appare problematica la circostanza che detta tendenza sia stata fin qui perseguita, almeno nei rapporti con il Regno Unito, in modo asimmetrico tra materia civile e materia penale, anche a seguito del rifiuto dell'Unione di consentire l'adesione del Regno Unito alla Convenzione di Lugano¹²³.

Se è vero che l'esistenza di una geometria variabile appare una caratteristica ineludibile dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, essa non può essere spinta fino al punto da determinare il pericolo di un'applicazione disomogenea delle garanzie fondamentali proprie della cooperazione giudiziaria, le quali, pur suscettibili di bilanciamento nell'ordinamento dell'Unione, contengono comunque un nucleo assoluto e inderogabile.

and Independence of Judiciary in Poland, in *EAPIL blog*, 4 July 2023.

¹²³ V. la comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio del 4 maggio 2021, Valutazione della domanda del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord di aderire alla convenzione di Lugano del 2007, COM (2021) 222 final.

Abstract (ita)

Il contributo è dedicato all'analisi di alcune caratteristiche generali della cooperazione giudiziaria UE, con particolare enfasi sull'esistenza di alcune garanzie fondamentali e sull'identificazione dei loro titolari. Muovendo dalla premessa che in questo settore la realizzazione dei principi costituzionali dell'Unione ha speciale importanza, attese le significative implicazioni che le misure in materia di cooperazione giudiziaria possono avere sulla sfera giuridica degli individui, il contributo mira a definire le principali garanzie applicabili in proposito. In particolare, si afferma che l'art. 19 TUE può venire in gioco, nella misura in cui impone agli Stati membri l'obbligo di avere un sistema giudiziario idoneo a realizzare la cooperazione giudiziaria tra Stati membri. Inoltre, vengono richiamati il principio del riconoscimento reciproco e la nozione di reciproca fiducia, spesso menzionati quali pietre angolari dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia, nonché l'impatto della protezione dei diritti fondamentali, che possono, a seconda del contesto, enfatizzare o porre limiti all'attuazione del riconoscimento reciproco e della reciproca fiducia. Da ultimo, il contributo tenta di identificare i beneficiari di tali garanzie, assumendo che alcune speciali caratteristiche della cooperazione giudiziaria, come delineate nei Trattati o sviluppate dalla Corte di giustizia UE, possono condurre a individuare in modo frammentato le categorie di beneficiari e a delineare uno scenario particolarmente complesso al riguardo.

Abstract (eng)

The paper is devoted to the analysis of some general characteristics of EU judicial cooperation, with special reference to the existence of some fundamental guarantees and to the identification of their holders. Moving from the assumption that in this area the implementation of EU's constitutional principles have a special relevance, given the important implications that measures concerning judicial cooperation may have on the legal sphere of individuals, the paper aims at sketching out the main guarantees applicable in this regard. In particular, it is argued that Article 19 TEU may come into play, insofar as it imposes on Member States the obligation to have a judicial system capable of implementing judicial cooperation as between Member States. In addition, reference is made to the principle of mutual recognition and to the notion of mutual trust, often mentioned as cornerstones of the EU

Area of Freedom, Security and Justice, and to the impact of the protection of fundamental rights, which may, depending on the context, either enhance or set limits to the operation of mutual recognition and mutual trust. Moreover, the paper attempts to identify the beneficiaries of those guarantees, submitting that some special features of EU judicial cooperation, as set forth in the Treaties or developed by the Court of Justice of the European Union, may lead to recognize the existence of different categories of beneficiaries and to depict a quite complex scenario to this regard.

IL RUOLO DELL'EFFETTIVITÀ NEI RAPPORTI TRA CITTADINANZA STATALE E CITTADINANZA DELL'UNIONE EUROPEA

Simone Marinai*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il diritto dell'Unione europea e l'attribuzione della cittadinanza statale in mancanza di un collegamento effettivo. – 3. La perdita della cittadinanza in mancanza di collegamento effettivo: limiti di diritto dell'Unione rispetto alla discrezionalità statale. – 4. *Segue*: il rilievo che può assumere il consolidamento di un legame effettivo con il territorio di uno Stato membro diverso da quello di cittadinanza. – 5. L'attenuazione del criterio soggettivo della cittadinanza e la progressiva affermazione di uno statuto di residenza basato sul consolidamento di legami effettivi con lo Stato membro ospitante. – 6. Riflessioni conclusive.

1. *Considerazioni introduttive*

Con il presente intervento intendo soffermarmi sulle dinamiche evolutive che possono essere riscontrate nei rapporti tra cittadinanza statale e cittadinanza dell'Unione europea alla luce dell'operatività del principio di effettività. Devo subito precisare che, in questa sede, il riferimento all'effettività deve intendersi circoscritto al legame effettivo, al c.d. *genuine link* tra l'individuo e lo Stato di cittadinanza, quale elemento da tenere in considerazione per verificare i limiti derivanti dal diritto dell'Unione rispetto alla discrezionalità statale con riferimento alla determinazione delle cause di acquisto e perdita della cittadinanza.

Il *genuine link* è un fattore che è stato ampiamente discusso in materia di cittadinanza, soprattutto a partire dalla sentenza *Nottebohm* della Corte internazionale di giustizia¹. Nell'occasione, peraltro, la Corte dell'Aja non ha dichiarato che il *genuine link* sia un limite rispetto alla discrezionalità degli Stati di stabilire i criteri di acquisto della cittadinanza. Piuttosto, ha afferma-

* Professore associato di diritto dell'Unione europea presso l'Università di Pisa. Il contributo rappresenta una versione rielaborata della relazione tenuta presso l'Università degli Studi di Padova il 2 novembre 2023 nel corso del V Convegno annuale AISDUE ("Il diritto dell'Unione europea nei rapporti tra ordinamenti: tra collaborazione, integrazione e identità"). Una più ampia indagine in materia è stata pubblicata dall'A. in *DUE*, 2023, p. 467 ss.

¹ Corte internaz. giust. 6 aprile 1955.

to che uno Stato membro che abbia attribuito la cittadinanza in mancanza di *genuine link* non può far valere tale cittadinanza nei rapporti esterni con altri Stati e, in particolare, in funzione dell'esercizio di una azione in protezione diplomatica a tutela dell'individuo medesimo.

Nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, riferimenti al tema della cittadinanza effettiva sono rinvenibili nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Penso, ad esempio, al caso *Micheletti*², in relazione al quale l'Avvocato generale Tesauo, nelle sue conclusioni motivate, ha affermato chiaramente che uno Stato membro non può rifiutarsi di riconoscere la cittadinanza attribuita da altro Stato membro nel caso in cui essa sia stata concessa senza che l'interessato avesse sul territorio di quest'ultimo la sua dimora abituale o la sua residenza effettiva³. Il Prof. Tesauo ricordava che gli Stati membri hanno riconosciuto, ai fini del diritto comunitario applicabile, una portata molto ampia all'espressione "cittadino di uno Stato membro" e, portando l'esempio della dichiarazione compiuta dalla Germania in occasione della Conferenza intergovernativa che ha condotto all'adozione del Trattato CEE, ricavava dalla stessa la possibilità di considerare cittadini tedeschi anche individui privi di alcun collegamento, personale o territoriale, con l'attuale Stato tedesco e, comunque, che non rispondono ai requisiti della cittadinanza effettiva⁴. Ciò, a conferma, secondo l'Avvocato generale, che il possesso della cittadinanza di uno Stato membro è l'unico presupposto necessario per poter usufruire dei diritti derivanti dal diritto comunitario e, oggi, quindi, dallo *status* di cittadino dell'Unione. L'effettività della cittadinanza statale non sembrava quindi rilevare in funzione dell'acquisto della cittadinanza dell'Unione.

Spunto per una nuova indagine in materia è rappresentato dal riferimento al criterio del *genuine link* compiuto in due recenti cause instaurate di fronte alla Corte di giustizia. La prima causa, ancora pendente, è conseguente al ricorso per infrazione proposto il 21 marzo 2023 dalla Commissione europea nei confronti di Malta in relazione ai noti programmi di concessione della

² Corte giust. 7 luglio 1992, C-369/90.

³ Conclusioni dell'Avv. gen. Tesauo, del 30 gennaio 1992, C-369/90, *Micheletti*, par. 7 e 8.

⁴ Sulle dichiarazioni compiute da singoli Stati membri al fine di precisare chi debba essere considerato cittadino in funzione dell'applicazione del diritto dell'Unione europea, v. ad es. A. BLECKMANN, *German Nationality within the Meaning of the EEC Treaty*, in *CMLR*, 1978, p. 435; L.-J. WAGNER, *Member State nationality under EU law – To be or not to be a Union Citizen?*, in *MJECL*, 2021, p. 304 ss., spec. p. 315 ss.

cittadinanza in cambio di investimenti⁵. La seconda causa, oggetto della sentenza *Udlændinge- og Integrationsministeriet (Perte de la nationalité danoise)* pronunciata dalla Corte di giustizia il 5 settembre 2023⁶, riguarda i limiti derivanti dal diritto dell'Unione rispetto alla libertà degli Stati membri di determinare i criteri di perdita della cittadinanza statale qualora da questa derivi anche la perdita dalla cittadinanza dell'Unione.

Alla luce di tali sviluppi e di ulteriori elementi ricavabili dalla recente prassi applicativa, cercherò di rispondere ad alcuni interrogativi che consentono di verificare il ruolo dell'effettività nei rapporti tra cittadinanza statale e cittadinanza dell'Unione. Qui di seguito elenco le domande su cui intendo soffermarmi: *a)* è possibile affermare che il diritto dell'Unione impone agli Stati membri di attribuire la cittadinanza solo a quanti abbiano consolidato un collegamento effettivo con il territorio statale? (par. 2); *b)* è sempre compatibile con il diritto dell'Unione il criterio di perdita della cittadinanza statale per mancanza di collegamento effettivo con il territorio statale? (par. 3); *c)* esiste il diritto dell'individuo a mantenere la cittadinanza dell'Unione qualora lo stesso abbia consolidato un legame effettivo con il territorio di uno Stato membro diverso da quello di cittadinanza? (par. 4); *d)* quali elementi si possono ricavare dalla prassi recente a conferma della tendenza a dar rilievo allo statuto di residenza quale fattore in grado di attenuare il rilievo del criterio soggettivo costituito dalla cittadinanza? (par. 5).

2. *Il diritto dell'Unione europea e l'attribuzione della cittadinanza statale in mancanza di un collegamento effettivo*

Le istituzioni dell'Unione, nell'ambito dell'attività di monitoraggio sui programmi di attribuzione della cittadinanza sulla base di investimenti (Bulgaria, Cipro e Malta) hanno sostenuto che il diritto dell'Unione europea vieti tali regimi in assenza di un vincolo effettivo tra lo Stato e gli individui in questione⁷. In particolare, la Commissione, nell'ambito del già citato ricorso

⁵ Ricorso proposto il 21 marzo 2023, C-181/23, *Commissione/Malta*.

⁶ Corte giust. 5 settembre 2023, C-689/21.

⁷ V. ad es. Commissione europea, relazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Programmi di soggiorno e di cittadinanza per investitori nell'Unione europea*, COM (2019) 12 final, del 23 gennaio 2019; risoluzione del Parlamento europeo, del 9 marzo 2022, recante proposte all'indirizzo della Commissione concernenti i programmi per la concessione della cittadinanza e del soggiorno in cambio di investimenti, P9_TA(2022)0065. In dottrina, v. tra gli altri F. CASOLARI, *EU*

per infrazione proposto contro Malta, ha affermato che tale Stato, istituendo e mantenendo il programma in questione, starebbe minando l'essenza e l'integrità della cittadinanza dell'Unione europea in violazione dell'art. 20 TFUE e del principio di leale cooperazione sancito dall'art. 4, par. 3, TUE.

Non è scontato, però, a mio avviso, che l'essenza della cittadinanza dell'Unione europea si basi su un collegamento effettivo dell'individuo con il territorio di uno Stato membro.

Al fine di verificare la correttezza di una simile affermazione, credo possa essere utile compiere un'indagine di carattere comparato sulle legislazioni nazionali dei singoli Stati membri in materia di cittadinanza.

Da queste ultime emerge, innanzitutto, la ricorrente previsione della concessione della cittadinanza per naturalizzazione a seguito della residenza prolungata sul territorio statale per un certo numero di anni⁸. Il periodo, nelle diverse normative nazionali, per lo più varia da 5 a 10 anni. La residenza prolungata è considerata uno dei più significativi indici di integrazione dell'interessato all'interno della comunità nazionale.

In molti casi, poi, nelle legislazioni degli Stati membri viene prevista la naturalizzazione a condizioni agevolate a fronte di situazioni in cui il requisito del legame effettivo è attenuato.

Si pensi, ad esempio, alle legislazioni che consentono l'acquisto della cittadinanza per matrimonio senza previa residenza dell'interessato sul territorio. Questo avviene, in particolare, nella legislazione italiana che consente allo straniero e all'apolide, coniuge di cittadino italiano, di acquistare la cittadinanza dopo tre anni dalla data del matrimonio italiano se residente all'estero⁹.

Citizenship and Money. A Liaison Dangereuse? International and EU Legal Issues Concerning the Selling of EU Citizenship, in *Biblioteca della libertà*, 2015, n. 212, p. 45; A. M. CALAMIA, *Riforme abusive dei modi di acquisto della cittadinanza nell'Unione europea? Considerazioni intorno alla prassi recente di alcuni Stati membri*, in A. M. CALAMIA (a cura di), *L'abuso del diritto. Casi scelti tra principi, regole e giurisprudenza*, Torino, 2017, p. 3; D. KOCHENOV, E. BASHESKA, *It's about Blood, Baby! The European Commission's Ongoing Attack against Investment Migration in the Context of EU Law and International Law*, in COMPAS, *Working Paper*, n. 161, 2022; H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Golden Passports. European Commission and European Parliament Reports Built on Quicksand*, in COMPAS, *Working Paper*, n. 162, 2023; D. SARMIENTO, M. VAN DEN BRINK, *EU Competence and Investor Migration*, in D. KOCHENOV, K. SURAK (eds.), *Citizenship and Residence Sales: Rethinking the Boundaries of Belonging*, Cambridge, 2023 p. 183.

⁸ Sui diversi criteri di acquisto della cittadinanza per naturalizzazione, v. S. MARINAI, B. NASCIBENE, *Naturalizzazione: un problema di definizione*, in *CI*, 2022, p. 565.

⁹ V. art. 5, legge n. 91 del 5 febbraio 1992. La stessa disposizione prevede che lo stra-

Oppure, si pensi a quelle legislazioni statali che contemplano ipotesi di concessione della cittadinanza sulla base di determinate motivazioni di carattere storico. È possibile richiamare in proposito la legislazione spagnola¹⁰ o quella portoghese¹¹, in base alle quali viene consentito l'acquisto della cittadinanza agli ebrei sefarditi che vennero espulsi dalla penisola iberica alla fine del XV secolo. Quale caso particolarmente noto di applicazione di simili normative, può essere ricordato quello del magnate russo Roman Abramovich che nel 2021, in virtù delle sue origini ebraiche sefardite, ha acquistato la cittadinanza portoghese e quindi dell'Unione europea¹².

Più in generale, poi, il *genuine link* non è richiesto da quelle legislazioni che consentono l'acquisto della cittadinanza sulla base del criterio dello *ius sanguinis* interpretato in modo molto ampio. Questo è il caso dell'Italia che permette di tramandare di padre in figlio la cittadinanza, senza limiti generazionali, a condizione che tale catena di trasmissione non venga interrotta per perdita della cittadinanza da parte di uno degli ascendenti prima della nascita del figlio o della figlia cui si vorrebbe trasmettere lo *status civitatis*. Rileva, ai miei fini, la circostanza che tale trasmissione opera anche nel caso in cui l'interessato non abbia più alcun legame con il territorio e con la società italiana¹³.

Ipotesi di attribuzione della cittadinanza, che è ricorrente nelle legislazioni di molti Stati membri, è poi quella basata su un provvedimento che può essere adottato in modo del tutto discrezionale, senza necessità di un previo periodo di residenza o anche di soggiorno sul territorio statale da

niero o apolide, coniuge di cittadino italiano, possa acquistare la cittadinanza italiana anche se, dopo il matrimonio, abbia risieduto da almeno due anni nel territorio della Repubblica.

¹⁰ Ley n. 12, del 24 giugno 2015, *en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España*.

¹¹ Decreto-Lei n. 30-A, del 27 febbraio 2015.

¹² Il sig. Roman Abramovich, già in possesso anche di cittadinanza russa e israeliana, ha di recente cercato di far valere di fronte al Tribunale dell'Unione l'asserita violazione di propri diritti derivanti dallo *status* di cittadino dell'Unione. Il ricorso è stato peraltro respinto da Tribunale 20 dicembre 2023, T-313/22, *Abramovich/Consiglio*.

¹³ V. art. 1, lett. a), della legge n. 91/1992, cit., ai sensi del quale è cittadino per nascita il figlio di padre o di madre cittadini. L'art. 4 della stessa legge prevede poi condizioni di naturalizzazione agevolate per lo straniero o l'apolide del quale il padre o la madre o uno degli ascendenti in linea retta di secondo grado sono stati cittadini per nascita. A tal fine, viene richiesto, oltre alla dichiarazione di voler acquistare la cittadinanza italiana: la prestazione del servizio militare per lo Stato italiano; un impiego pubblico alle dipendenze dello Stato italiano, anche se all'estero; la residenza legale da almeno due anni nel territorio della Repubblica al raggiungimento della maggiore età.

parte dell'interessato. Normalmente, simili possibilità vengono previste a fronte del riconoscimento di speciali meriti dimostrati nei confronti dello Stato. Non è da escludere che sulla base di tale criterio si arrivi alla concessione della cittadinanza in mancanza di un reale collegamento effettivo con lo Stato¹⁴.

Emerge, quindi, che non sono pochi i casi in cui gli Stati membri prevedono ipotesi di naturalizzazione senza che il beneficiario abbia necessariamente instaurato un collegamento effettivo con il territorio statale.

Se, quindi, la Corte di giustizia accogliesse l'argomento sostenuto dalla Commissione nell'ambito del citato ricorso per infrazione proposto contro lo Stato maltese, in base al quale l'assenza di un legame effettivo nei programmi di cittadinanza per investimento è tale da minare l'essenza e l'integrità della cittadinanza dell'Unione europea, si aprirebbe la strada alla possibilità di sindacare, per motivi analoghi, molte altre legislazioni statali che prevedono la naturalizzazione senza richiedere il *genuine link*. Così facendo, peraltro, si rischierebbe di erodere eccessivamente la sovranità statale, omettendo di considerare che la determinazione dei criteri di acquisto della cittadinanza statale continua ad essere riservata agli Stati membri. Certo, tali criteri non devono contrastare con il diritto dell'Unione, ma è assai dubbio che il requisito del *genuine link* possa essere considerato imposto da una qualche norma o principio di diritto dell'Unione. Imponendo agli Stati membri di attribuire la cittadinanza solo a condizione di rispettare il requisito del *genuine link*, si rischierebbe poi di violare l'identità nazionale degli Stati membri (art. 4, par. 2, TUE) di cui la composizione della comunità nazionale costituisce indubbiamente un elemento essenziale¹⁵.

La tesi sostenuta dalla Commissione è certo affascinante, ma difficilmente a mio avviso potrà essere accolta¹⁶. Qualora, infatti, fosse imposto ai

¹⁴ V. ad es.: *Section 16*, par. 1, lett. a), dell'*Irish Nationality and Citizenship Act*, n. 26 del 1956; art. 12, par. 1, della legge sulla cittadinanza croata n. 53, del 26 giugno 1991 e successive modificazioni; art. 9, par. 2, della legge italiana n. 91/1992, cit.; art. 16 della legge sulla cittadinanza bulgara del 18 novembre 1998 e successive modificazioni; art. 18 della legge sulla cittadinanza lussemburghese dell'8 marzo 2017 e successive modificazioni.

¹⁵ V. conclusioni dell'Avv. gen. Mengozzi, del 12 luglio 2018, C-221/17, *Tjebbes e a.*, par. 107.

¹⁶ Analogamente, v. M. VAN DEN BRINK, *The Relationship between National and EU Citizenship: What Is it and what Should it Be?*, in D. KOSTAKOPOULOU, D. THYM (eds.), *European Union Citizenship Law and Policy*, Cheltenham, 2022, p. 107, secondo il quale «the Commission's idea that nationality cannot be awarded 'absent any genuine link to the country or its citizens' meaning that citizenship must be reserved for individuals with sufficiently strong social ties to the state, does not appear to have any basis in EU law».

singoli Stati membri di assicurare in ogni caso il rispetto del *genuine link* al momento di stabilire i criteri di concessione della propria cittadinanza, quale condizione necessaria per assicurare il rispetto del diritto dell'Unione europea, probabilmente si produrrebbe una modifica della natura stessa della cittadinanza dell'Unione europea. La cittadinanza dell'Unione, cioè, cesserebbe di avere soltanto natura derivata rispetto alla cittadinanza statale ed acquisirebbe caratteri propri, del tutto autonomi rispetto alla cittadinanza degli Stati membri, tali cioè da potersi addirittura sostituire a quest'ultima. Un simile esito, di per sé non necessariamente negativo (ed anzi forse auspicabile qualora in futuro gli Stati membri decidessero di muovere verso una evoluzione in senso federale del processo di integrazione europea), non sembra allo stato realizzabile senza una previa revisione dei trattati istitutivi.

Tengo a precisare che con le considerazioni che ho appena svolto mi limito ad affermare che non appare convincente la tesi secondo cui la concessione della cittadinanza in mancanza di *genuine link* debba in ogni caso essere considerata contraria alla stessa essenza della cittadinanza dell'Unione. Non voglio invece in questa sede soffermarmi sul diverso interrogativo concernente la possibilità di riconoscere che i regimi di concessione della cittadinanza sulla base di investimenti violino il principio di leale cooperazione sancito dall'art. 4, par. 3, TUE¹⁷.

3. *La perdita della cittadinanza in mancanza di collegamento effettivo: limiti di diritto dell'Unione rispetto alla discrezionalità statale*

La Corte di giustizia ha progressivamente definito, nella propria giurisprudenza, i limiti derivanti dal diritto dell'Unione rispetto alla libertà degli Stati di determinare i criteri di perdita della cittadinanza¹⁸.

¹⁷ In proposito, rinvio a S. MARINAI, B. NASCIBENE, *op. cit.*, p. 476 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

¹⁸ Si veda, in proposito, Corte giust. 2 marzo 2010, C-135/08, *Rottmann*; 12 marzo 2019, C-221/17, *Tjebbes e a.*; 18 gennaio 2022, C-118/20, *Wiener Landesregierung; Udlændinge- og Integrationsministeriet*, sopra citata; 25 aprile 2024, C-684/22, C-685/22 e C-686/22, *Stadt Duisburg (Perte de la nationalité allemande)*. Tra i numerosi commenti alle pronunce in questione, v. M. E. BARTOLONI, *Competenza degli Stati in materia di cittadinanza e limiti posti dal diritto dell'Unione europea: il caso Rottmann*, in *DUDI*, 2010, p. 423; H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Decision of 2 March 2010, Case C-135/08, Janko Rottman v. Freistaat Bayern. Case Note I. Decoupling Nationality and Union Citizenship?*, in *ECLR*, 2011, p. 138; M. BORRACCETTI, *Le misure di revoca della cittadinanza nazionale e il controllo di proporzionalità: la prospettiva europea*, in *DIC*, n. 3, 2019, p. 190; D. KOCHENOV, *The Tjebbes Fail*, in *EP*, 2019, p. 319;

Voglio in questa sede soffermarmi sulla sentenza *Udlændinge- og Integrationsministeriet* pronunciata il 5 settembre 2023 che ha permesso alla Corte di tornare ad occuparsi del rapporto intercorrente tra le legislazioni nazionali che dispongono la perdita della cittadinanza statale in mancanza di *genuine link* e le particolari cautele imposte dal diritto dell'Unione qualora la perdita della cittadinanza statale comporti anche la perdita della cittadinanza dell'UE. Nell'occasione, veniva in considerazione la normativa danese che prevede – salvo disporre particolari cautele per evitare di creare nuovi apolidi – la perdita della cittadinanza statale per le persone nate all'estero che non hanno mai risieduto sul territorio nazionale, che non vi hanno soggiornato in condizioni indicanti un legame di coesione con la Danimarca e che non hanno fatto richiesta di mantenimento della stessa cittadinanza entro il compimento dei 22 anni di età. Il procedimento principale era stato in particolare introdotto di fronte al giudice danese da parte di una ragazza (sig.ra X), in possesso anche della cittadinanza statunitense, che aveva impugnato la decisione con cui era stata informata della perdita della cittadinanza danese. Nello specifico, l'interessata, nata negli USA, non aveva mai risieduto in Danimarca e non vi aveva mai soggiornato in condizioni tali da consentirle di instaurare un legame di coesione con tale Stato. Risulta infatti che la ragazza aveva trascorso in Danimarca soggiorni per un totale di 44 settimane prima del raggiungimento dei 22 anni di età e solo dopo il compimento dei 22 anni di età aveva presentato domanda di mantenimento della cittadinanza danese.

La Corte di giustizia, riprendendo la propria precedente giurisprudenza¹⁹, ha affermato che la normativa danese, che determina la perdita della cittadinanza di quanti non dimostrino un legame effettivo con tale Stato (per non avervi mai risieduto e soggiornato fino a 22 anni), può essere conside-

M. MESSINA, *Conseguenze della perdita della cittadinanza nazionale e dell'Unione europea e rispetto del principio di proporzionalità: La Corte di giustizia ritiene insufficiente il criterio del legame effettivo e continuato nel tempo e sembra andare oltre la sentenza Rottmann?*, in *OIDU*, 2019, p. 451; M. F. ORZAN, *Da Rottmann a Tjebbes e.a.: riflessioni sulla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di cittadinanza europea*, in *OIDU*, 2019, p. 997; D. V. KOCHENOV, D. DE GROOT, *Helpful, Convolutated and Ignorant in Principle: EU Citizenship in the Hands of the Grand Chamber in JY*, in *ELR*, 2022, p. 699; M. FERRI, *Il sindacato della Corte di giustizia in materia di cittadinanza nazionale*, in *RDI*, 2024, p. 179; F. L. GATTA, *The If and the How: Losing the EU Citizenship, but with Due Regard to the Due Process of (EU) Law*, in *EP*, 2024, p. 131; S. MARINAI, *La Corte di giustizia e i limiti derivanti dal diritto dell'Unione rispetto al divieto di cittadinanza multipla: il caso Stadt Duisburg*, in *EJ*, 8 maggio 2024.

¹⁹ V. *Udlændinge- og Integrationsministeriet*, sopra citata, punto 32, la quale rinvia a *Tjebbes e.a.*, sopra citata, punto 35.

rata compatibile con il diritto dell'Unione europea, purché all'interessato sia offerta la possibilità di presentare, entro un termine ragionevole, una domanda di mantenimento o riacquisto della cittadinanza, che consenta alle autorità statali di esaminare la proporzionalità delle conseguenze della perdita della cittadinanza sotto il profilo del diritto dell'Unione europea. A differenza di quanto aveva fatto nei casi *Rottmann*, *Tjebbes* e *Wiener Landesregierung*, la Corte non si è limitata ad affermare che le modalità procedurali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti in forza del diritto dell'Unione europea (diritti connessi alla cittadinanza dell'Unione europea), devono essere valutate alla luce del principio di proporzionalità, ma ha anche fatto espressamente riferimento all'esigenza di rispettare il principio di effettività. Le modalità impiegate non devono cioè rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione europea²⁰. L'esame deve implicare una valutazione della situazione individuale dell'interessato e della sua famiglia, al fine di verificare se la perdita della cittadinanza statale, qualora comporti anche la perdita dello *status* di cittadino dell'Unione, produca conseguenze sproporzionate, rispetto all'obiettivo perseguito dal legislatore nazionale, sullo sviluppo normale della sua vita familiare e professionale sotto il profilo del diritto dell'Unione europea, ivi inclusi i diritti garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione²¹.

Astraendo dai fatti alla base del rinvio pregiudiziale in esame, non c'è dubbio che l'esigenza di garantire il rispetto della vita familiare potrebbe costituire un elemento idoneo a dare rilievo al legame effettivo con il territorio dello Stato membro dell'Unione. Ipotizziamo, ad esempio, che tutta la famiglia del soggetto che ha perduto la cittadinanza dello Stato membro sia integrata nel tessuto sociale di quest'ultimo. In una simile ipotesi, l'esigenza di assicurare che la valutazione della proporzionalità della misura con cui è stata disposta la perdita della cittadinanza sia compiuta alla luce del diritto al rispetto della vita familiare, potrebbe senz'altro avere come conseguenza quella di valorizzare elementi idonei ad assicurare il legame effettivo dell'interessato con il territorio dello Stato membro.

Il caso *Udlændinge- og Integrationsministeriet* appena illustrato (così come, del resto, già il caso *Tjebbes*) dimostra quindi che la legislazione statale, che comporta la perdita della cittadinanza in mancanza di *genuine link*, può essere ritenuta in linea con il diritto dell'Unione europea, a condizione che venga compiuta una valutazione della proporzionalità della misura e

²⁰ *Udlændinge- og Integrationsministeriet*, sopra citata, punto 41.

²¹ *Ibidem*, punto 54 ss.

venga assicurato il rispetto del principio dell'effettività dei meccanismi di tutela garantiti al destinatario del provvedimento in questione.

4. *Segue: il rilievo che può assumere il consolidamento di un legame effettivo con il territorio di uno Stato membro diverso da quello di cittadinanza*

Le conclusioni rese dall'Avvocato generale Szpunar nella citata causa *Udlændinge- og Integrationsministeriet* offrono lo spunto per riflettere sul rilievo che, ai fini della perdita della cittadinanza, può avere la circostanza che l'interessato abbia consolidato un legame effettivo con il territorio di uno Stato membro dell'Unione europea anche nel caso in cui non si tratti dello Stato membro di cittadinanza.

Un simile interrogativo era stato sollevato di fronte alla Corte di giustizia dalla Commissione e l'Avvocato generale, pur nella consapevolezza che si trattasse di questione non strettamente necessaria per rispondere ai quesiti posti dal giudice del rinvio²², ha sottolineato che una legislazione che disponga la perdita della cittadinanza statale in caso di mancanza del *genuine link* senza distinguere a seconda che l'interessato abbia consolidato legami effettivi con un altro Stato membro dell'Unione, potrebbe costituire un illegittimo ostacolo alla libertà di circolazione sul territorio della stessa. Qualora infatti la legislazione di uno Stato membro disponga la perdita di cittadinanza dando rilievo alla mancanza di *genuine link*, senza tener conto del fatto che l'interessato abbia mantenuto un collegamento effettivo con il territorio di altro Stato membro dell'Unione europea, il cittadino dell'Unione potrebbe essere disincentivato dall'esercitare la libertà di circolazione dalla prospettiva di perdere il legame effettivo con lo Stato membro di origine e, di conseguenza, la cittadinanza di quest'ultimo. Verrebbe quindi ostacolata in modo sproporzionato la libertà di circolazione. Con la conseguenza che, una simile legislazione dovrebbe essere considerata incompatibile con il diritto dell'Unione. Così facendo, l'Avvocato generale ipotizza un nuovo limite rispetto alla libertà degli Stati membri di stabilire i criteri di perdita della cittadinanza: gli Stati sono normalmente liberi di disporre la perdita della cittadinanza per mancanza di *genuine link*, ma quando operano in tal senso devono valutare non più soltanto il

²² V. conclusioni *Udlændinge- og Integrationsministeriet*, sopra citate, par. 60 ss. L'Avv. gen. Szpunar osserva, infatti, che la sig.ra X, ricorrente nel procedimento principale, non aveva soggiornato in altro Stato membro diverso dalla Danimarca, avendo sempre risieduto negli Stati Uniti.

collegamento effettivo dell'interessato con il territorio nazionale, ma anche con il territorio dell'Unione.

5. *L'attenuazione del criterio soggettivo della cittadinanza e la progressiva affermazione di uno statuto di residenza basato sul consolidamento di legami effettivi con lo Stato membro ospitante*

È possibile riscontrare, nell'ordinamento giuridico dell'Unione, elementi sempre più concordanti a favore dell'affermazione di uno statuto di residenza basato sul consolidamento di legami effettivi con lo Stato membro ospitante, e di cui possono beneficiare – sia pure a condizioni diverse – cittadini di Stati membri e cittadini di Stati terzi.

Con riguardo ai cittadini dell'Unione, è ormai consolidata, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, l'affermazione secondo cui, in virtù della residenza legale nel territorio di uno Stato membro ospitante, è consentito avvalersi del principio di non discriminazione in tutte le situazioni che rientrano nel campo di applicazione del diritto dell'Unione²³.

Affinché la situazione di un cittadino di altro Stato, che abbia esercitato la libertà di circolazione sul territorio dell'Unione, possa essere considerata comparabile con quella di un cittadino dello Stato membro ospitante, è spesso ritenuto rilevante l'accertamento dell'esistenza di un collegamento effettivo tra l'interessato e il territorio di quest'ultimo.

Un sufficiente livello di integrazione è in linea di principio dimostrato dai cittadini di uno Stato membro che hanno avuto accesso al mercato del lavoro dello Stato membro ospitante. Il nesso di integrazione risulta, in tali circostanze, dal fatto che i lavoratori migranti, con i versamenti fiscali a favore dello Stato membro ospitante che derivano dall'attività retribuita che esercitano, contribuiscono anche al finanziamento delle politiche sociali di detto Stato²⁴. Tali soggetti, quindi, devono potersi avvalere del principio di parità di trattamento rispetto ai lavoratori dello Stato membro ospitante, anche con riferimento ai vantaggi di natura sociale.

Quando, invece, viene preso in considerazione il caso dei cittadini degli Stati membri economicamente inattivi, il diritto degli stessi ad essere trattati, in ogni caso, allo stesso modo dei cittadini dello Stato membro di accoglienza non può essere ricavato dal principio di non discriminazione in base alla

²³ Corte giust. 12 maggio 1998, C-85/96, *Martínez Sala/Freistaat Bayern*, punto 63; 20 settembre 2001, C-184/99, *Grzelczyk*, punto 32.

²⁴ Corte giust. 14 giugno 2012, C-542/09, *Commissione/Paesi Bassi*, punti 64-66.

nazionalità. In particolare, il diritto dei cittadini non attivi ad accedere alle prestazioni a carattere sociale deve essere, in qualche modo, “guadagnato” dagli stessi²⁵, dando prova di una progressiva integrazione economica, sociale, culturale, familiare, con lo Stato membro ospitante²⁶.

È, del resto, insito nello stesso impianto della direttiva 2004/38²⁷ il fatto che la concessione di maggiori diritti sia subordinata al progressivo rafforzamento del collegamento del cittadino di uno Stato membro con il territorio dello Stato membro ospitante. Il criterio della durata della residenza, secondo la direttiva 2004/38, può essere considerato un elemento differenziatore quando si tratta di decidere quali diritti sociali lo Stato membro ospitante è tenuto a concedere alle diverse categorie di cittadini dell’Unione²⁸.

Analogamente a quanto osservato per i cittadini dell’Unione, anche con riferimento ai cittadini degli Stati terzi, la residenza sul territorio dell’UE è un fattore idoneo a diminuire il rilievo del criterio soggettivo costituito dalla cittadinanza.

È espressione di questa logica la direttiva 2003/109 sui soggiornanti di lungo periodo, che riconosce ai cittadini di Stati terzi che abbiano trascorso sul territorio di uno Stato membro un periodo di residenza legale e continuativa per cinque anni, diritti che consentono di equiparare gli stessi, sotto molti punti di vista, ai cittadini del Paese ospitante²⁹. La direttiva in que-

²⁵ In proposito v. ad es. E. SPAVENTA, *Earned Citizenship – Understanding Union Citizenship through Its Scope*, in D. KOCHENOV (ed.), *EU Citizenship and Federalism: The Role of Rights*, Cambridge, 2017, p. 204.

²⁶ V. Corte giust. 11 luglio 2002, C-224/98, *D’Hoop*; 23 marzo 2004, C-138/02, *Collins*; 15 marzo 2005, C-209/03, *Bidar*, punti 49-63; 18 novembre 2008, C-158/07, *Förster*, punti 55-60; 11 novembre 2014, C-333/13, *Dano*; 15 settembre 2015, C-67/14, *Alimanovic*; 25 febbraio 2016, C-299/14, *García-Nieto e a.* Per ulteriori esempi di elementi idonei a dimostrare l’integrazione nel tessuto sociale dello Stato membro ospitante, tratti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, v. conclusioni dell’Avv. gen. Saugmandsgaard Øe, dell’11 febbraio 2021, C-535/19, *A*, par. 118.

²⁷ Direttiva n. 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

²⁸ V. M. MESSINA, *I cittadini europei inattivi e le condizioni per l’accesso alle prestazioni di assistenza sociale in uno Stato membro ospitante: quale lezione dall’ordinamento USA?*, in *FSJ*, 2018, p. 44 ss., spec. p. 53.

²⁹ Direttiva n. 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo. Sulla direttiva in questione, v. ad es. D. ACOSTA ARCARAZO, *The Long-Term Residence Status as a Subsidiary Form*

stione prevede ad esempio la parità di trattamento rispetto ai cittadini dello Stato membro ospitante con riferimento all'esercizio dell'attività lavorativa subordinata o autonoma, alle condizioni di assunzione e di lavoro, all'istruzione ed alla formazione professionale, compresi gli assegni scolastici e le borse di studio, al riconoscimento di diplomi, alle prestazioni sociali, all'assistenza sociale ed alla protezione sociale.

La discrezionalità degli Stati membri è salvaguardata dal fatto che la direttiva rimette alle singole legislazioni statali la definizione di nozioni quali quelle di assegni scolastici, borse di studio, previdenza, assistenza, protezione sociale. Ciò può comportare, di fatto, una sostanziale libertà per gli Stati membri di decidere quali misure vi rientrino e quali invece ne restino escluse³⁰. Tale libertà non è però assoluta, avendo in proposito la Corte di giustizia chiarito che l'assenza di una loro nozione autonoma e uniforme, ai sensi del diritto dell'Unione, non implica che gli Stati membri possano pregiudicare l'effetto utile della direttiva al momento dell'applicazione del principio della parità di trattamento previsto da tale disposizione³¹. Le deroghe che gli Stati membri hanno la facoltà di stabilire devono essere interpretate in modo restrittivo e possono essere invocate solo qualora lo Stato membro, in fase di attuazione della direttiva, abbia chiaramente espresso l'intenzione di avvalersi delle stesse³². È evidente, quindi, che nell'interpretare la direttiva 2003/109 dovrà tenersi conto dell'obiettivo di fondo della stessa, che è

of EU Citizenship. An Analysis of Directive 2003/109, Leiden-Boston, 2011; A. DI STASI, R. PALLADINO, *La perdurante frammentarietà dello "statuto" europeo del soggiornante di lungo periodo tra integrazione dei mercati ed integrazione politico-sociale*, in *SIE*, 2012, p. 375 ss.; P. DE PASQUALE, *Il trattamento degli «stranieri lungo soggiornanti» fra libera circolazione e profili economici della parità di trattamento*, in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, p. 31; A. PITRONE, *Regimi speciali in ragione di ingresso e soggiorno di cittadini di Paesi terzi nell'Unione europea*, Napoli, 2018, p. 95 ss.; D. THYM, *Long-Term Residents Directive 2003/109*, in D. THYM, K. HAILBRONNER (eds.), *EU Immigration and Asylum Law. Article-by-Article Commentary*, 3rd ed., München-Oxford-Baden-Baden, 2022, p. 540.

³⁰ V. A. DI STASI, *L'integrazione del lungo soggiornante*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto e ordinamento italiano*, Torino, 2014, p. 241, spec. p. 259.

³¹ V. Corte giust. 24 aprile 2012, C571/10, *Kamberaj*, punti 77 e 78. A commento, v. ad es. F. COSTAMAGNA, *Diritti fondamentali e prestazioni sociali essenziali tra diritto dell'Unione europea e ordinamenti interni: il caso Kamberaj*, in *DUDI*, 2012, p. 672; K. DE VRIES, *Towards Integration and Equality for Third-Country Nationals? Reflections on Kamberaj*, in *ELR*, 2013, p. 248.

³² In tal senso, v. *Kamberaj*, sopra citata, punti 86 e 87; 21 giugno 2017, C449/16, *Martinez Silva*, punto 29.

quello di realizzare l'integrazione dei cittadini di Stati terzi stabilitisi a titolo duraturo negli Stati membri³³.

Nonostante gli indubbi difetti che la direttiva 2003/109 ha mostrato nella prassi applicativa e la conseguente esigenza di riforma della stessa³⁴, va comunque riconosciuto come tale strumento abbia le potenzialità per favorire la creazione di una sorta di cittadinanza *de facto*, in relazione alla quale in dottrina si è parlato di una "cittadinanza civica", o "cittadinanza sociale" o, ancora, di "cittadinanza di residenza"³⁵, mettendo in evidenza che la stessa rappresenta uno statuto privilegiato di cui è possibile godere a prescindere dalla cittadinanza e in considerazione del legame di fatto che l'individuo, in quanto tale, ha creato con lo Stato territoriale in cui ha consolidato la propria residenza. Uno statuto, cioè, che in prospettiva potrebbe consentire, addirittura, di "denazionalizzare" il tema dell'immigrazione³⁶ e di applicare il principio di non discriminazione in base alla nazionalità sancito dall'art. 18

³³ In tal senso, v. Corte giust. 26 aprile 2012, C-508/10, *Commissione/Paesi Bassi*, punto 66; 2 settembre 2015, C-309/14, *CGIL e INCA*, punto 21; 7 dicembre 2017, C-636/16, *López Pastuzano*, punto 23.

³⁴ V. Commissione europea, proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo (rifusione), COM (2022) 650 final, del 27 aprile 2022. Con riferimento al processo di revisione della direttiva in questione v. ad es. A. DI STASI, *L'(in)effettività dello statuto del soggiornante di lungo periodo. Verso la riforma della direttiva 2003/109/CE fra criticità applicative e prassi giurisprudenziale*, in *Papers di diritto europeo*, n. 2, 2021, p. 9; S. PEERS, *Taking Rights Away Seriously: the Council's Position on the Long-Term Residents Directive*, in *EU Law Analysis*, 25 November 2023.

³⁵ In proposito, v. B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione europea e cittadinanza di residenza. Recenti profili*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, p. 1301; ID., *Le droit de la nationalité et le droit des organisations d'intégration régionales. Vers de nouveaux statuts de résidents?*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 2014, p. 253, spec. p. 322; D. ACOSTA ARCARAZO, *Civic Citizenship Reintroduced? The Long-Term Residence Directive as a Post-National Form of Membership*, in *ELJ*, 2015, p. 200; B. NASCIBENE, *La cittadinanza europea e la cittadinanza di residenza. Quali prospettive per uno statuto del cittadino di Paese terzo*, in P. DE PASQUALE, C. PESCE (a cura di), *I cittadini e l'Europa. Principio democratico e libertà economiche*, Napoli, 2015, p. 149; E. TRIGGIANI, *I residenti provenienti da Paesi terzi: cittadini senza cittadinanza?*, in *FSJ*, n. 2, 2017, p. 52, spec. p. 60 ss.; A. DI STASI, *Novae e veteres "frontiere" della cittadinanza europea*, in *FSJ*, n. 3, 2022, p. 1, spec. p. 8 ss.; B. NASCIBENE, *Nationality Law and the Law of Regional Integration Organisation. Towards New Residence Status?*, Leiden, 2022, p. 75 ss.

³⁶ V. A. DI STASI, *Cittadinanza nazionale under evolution e cittadinanza europea under stress tra vecchie e nuove "frontiere": le ragioni di un itinerario di ricerca*, in A. DI STASI, M. C. BARUFFI, L. PANELLA (a cura di), *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale. Sviluppi normativi e approdi giurisprudenziali*, Napoli, 2023, p. 11, spec. p. 33 ss.

TFUE non più soltanto ai cittadini dell'Unione³⁷, ma anche ai cittadini degli Stati terzi a condizione che gli stessi abbiano consolidato un legame effettivo con il territorio dello Stato membro ospitante.

6. *Riflessioni conclusive*

Il collegamento effettivo tra l'individuo e il territorio o la società di uno Stato membro è un fattore rilevante, sotto molti punti di vista, nei rapporti tra cittadinanza statale e cittadinanza dell'Unione.

Non vi è dubbio che le indicazioni emerse nel corso di questo mio intervento siano eterogenee, in ragione anche dei diversi ambiti presi in considerazione.

Ad ogni modo, l'indagine svolta induce ad alcune riflessioni che provo a sintetizzare qui di seguito in modo da dare risposta ai quesiti sollevati in apertura del mio intervento.

- a) Non può essere sostenuto, a mio avviso, che il diritto dell'Unione europea imponga agli Stati membri di concedere la cittadinanza solo a condizione che l'interessato abbia un collegamento effettivo con il loro territorio.
- b) Gli Stati membri possono decidere di stabilire che la mancanza di *genuine link* sia una causa di perdita della cittadinanza. Nel caso, però, in cui alla perdita della cittadinanza statale consegua anche la perdita della cittadinanza dell'Unione, occorrerà verificare che la misura sia in linea con il principio di proporzionalità e che all'interessato vengano forniti meccanismi di tutela effettivi contro la stessa.
- c) La legislazione di uno Stato membro che preveda la perdita della cittadinanza per mancanza del *genuine link* senza peraltro tenere in considerazione l'eventuale consolidamento da parte dell'interessato di un legame effettivo con un altro Stato membro, potrebbe essere ritenuta incompatibile con il diritto dell'Unione nella misura in cui sia tale da ostacolare in modo sproporzionato la libertà di circolazione.
- d) Il collegamento effettivo può essere considerato un elemento in grado di attenuare il rilievo stesso della cittadinanza statale, nella misura in cui permette di spingere verso la progressiva affermazione di uno statuto di residenza applicabile non soltanto ai cittadini dell'Unione, ma anche ai

³⁷ In proposito v. ad es. C. FAVILLI, *L'applicazione ai cittadini di Paesi terzi del divieto di discriminazione per motivi di nazionalità*, in G. CAGGIANO (a cura di), *op. cit.*, p. 115.

cittadini di Stati terzi che dimostrino di essere sufficientemente integrati nello Stato membro ospitante.

Le riflessioni che ho qui svolto in modo schematico richiedono certo un maggiore approfondimento. Ritengo, ad ogni modo, che il consolidamento di un collegamento effettivo tra l'individuo ed uno Stato membro rappresenti una delle molte chiavi di lettura che consentono di evidenziare i rapporti tra cittadinanza statale e cittadinanza dell'Unione e di chiarire la natura e l'essenza di quest'ultima, in modo da poter dare contenuto all'affermazione, più volte ripetuta dalla Corte di giustizia, secondo cui la cittadinanza dell'Unione è destinata ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri.

Abstract (ita)

La rilevanza del criterio dell'effettività in materia di cittadinanza è fonte di discussione in dottrina quanto meno fin dalla sentenza *Nottebohm* della Corte internazionale di giustizia. Nel presente contributo, il criterio dell'effettività, quindi del legame effettivo (o *genuine link*), viene utilizzato quale chiave di lettura al fine di verificare se ed in quale misura sia possibile riscontrare tendenze evolutive nei rapporti tra cittadinanza statale e cittadinanza dell'Unione europea. Così facendo, potranno essere forniti elementi utili per chiarire la natura della cittadinanza dell'Unione e, al contempo, per dare contenuto all'affermazione, più volte ripetuta dalla Corte di giustizia, secondo cui la cittadinanza dell'Unione è destinata ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini dell'Unione.

Abstract (eng)

The relevance of the criterion of effectiveness in matters of nationality has been a topic of discussion in doctrine at least since the International Court of Justice's judgment in the *Nottebohm* case. In this contribution, the criterion of effectiveness, *i.e.* of the genuine link, is used as a key to ascertain whether and to what extent it is possible to detect evolutionary trends in the relations between state nationality and EU citizenship. This way, valuable elements may clarify the nature of EU citizenship and, at the same time, give substance to the statement that the Court of Justice repeated several times, according to which Union citizenship is destined to be the fundamental status of nationals of the Member States.

Interventi

EUROPEAN IDENTITY THROUGH FREE MOVEMENT LAW?
THE INTERACTIONS BETWEEN UNION CITIZENSHIP,
FREE MOVEMENT OF PERSONS, AND EU VALUES

Fulvia Ristuccia*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Free movement of persons built around EU values.
– 3. Free movement of persons as the tool for mediation of conflict on EU
values. – 4. Conclusions.

1. *Introduction*

The composite European identity is an evolving concept that results from the conjunction of several processes where national, individual, and common identities interact in articulate ways. Recently, given the tensions concerning the rule of law backsliding, we are witnessing the development of an institutional narrative that defines the European legal identity as founded in the values under Article 2 TEU, which are not merely aspirational but have a legally binding nature.¹ As EU citizenship and free movement are themselves part of the apparatus of symbols and rights that form the European identity, one may wonder to what extent the formation of that identity through values has an impact on Union citizenship and not only on Member States and their (sometimes dubious) commitment to the values that underpin European integration.

The question builds on the rising scholarly interest² in the bond between

* Assistant Professor in EU law, Maastricht University.

¹ The Court of Justice of the European Union (hereinafter “the Court” or the “ECJ”) has identified Article 2 TEU as the provision defining the European Union legal identity. See Court of Justice, 16 February 2022, Case C-156/21, *Hungary v EP and Council*, para 232.

² See L. AZOULAI, *Transfiguring European Citizenship: From Member State Territory to Union Territory*, in D. KOCHENOV (ed.), *EU Citizenship and Federalism*, Cambridge, 2017, p. 178-203; N. NIC SHUIBHNE, *The “Territory of the Union” in EU Citizenship Law: Charting a Route from Parallel to Integrated Narratives*, in YEL, 2019; S. COUTTS, *The Shifting Geometry of Union Citizenship: A Supranational Status from Transnational Rights*, in CYELS, vol 21, 2019, p. 318; L. AZOULAI, *The Law of European Society*, in CMLR, vol. 59, 2022, p. 203; H. KROEZE, *EU Citizenship and Family Reunification: The Evolving Concept of a European Union Territory*, in T. KOSTAKOPOULOU, D. THYM (eds.), *Research handbook on European Union citizenship law and policy: navigating challenges and crises*, Edward Elgar, 2022, p. 178.

en Union citizenship, free movement of persons, and the territory of the Union as a legal space featuring common values and where citizens have the possibility to fully enjoy the potential of European integration and their European rights.³ Indeed, a growing body of literature is analysing the case law on EU citizenship in light of the link that it establishes with the Union territory and what it represents in terms of rights and shared values across the EU.⁴

In particular, many authors have remarked that in the case law on the loss and acquisition of citizenship, that on «the genuine enjoyment of the substance» of citizenship rights (i.e. the *Ruiz Zambrano* doctrine),⁵ and the cases on extradition of EU nationals, the Court is establishing a «link between Union citizenship and finding a home – cushioned by the security that this terms implies – within the Union territory»,⁶ which is not only a geographical area but epitomises the common values that form the Union identity.⁷ As Azoulai noted, the EU legal order, and free movement in particular, by forcing «individuals to think of themselves as embedded into a transnational set of political, economic and social relations», is a «proxy for a sort of made-up “European society”». ⁸ According to the same author, the *Ruiz Zambrano* doctrine, which establishes a link between the territory of the Union and EU citizenship, «refers to Union territory as a metaphor for a certain conception of the space referred to in Article 2 TEU as “a [European] society [...]”». Following the ECJ’s reasoning, leaving European territory means not only leaving Europe in the geographical sense, it also means leaving a community of ideals and values, it means being deprived of a certain mode of existence corresponding to the standards of European society». ⁹

Against this background, the present contribution intends to start a reflection on how those values – and specifically the values as defined in Article 2 TEU, that define the normative identity of the EU¹⁰ – interact with

³ This is visible in case Court of Justice, 12 March 2019, Case C-221/17, *Tjebbes*, paras. 46-47. See also L. AZOULAI, *op. cit.* n. 2, p. 181; N. NIC SHUIBHNE, *op. cit.* n. 2, p. 280–285 and 290.

⁴ L. AZOULAI, *op. cit.* n. 2.

⁵ Court of Justice, 8 March 2011, Case C-34/09, *Ruiz Zambrano*, para 42.

⁶ N. NIC SHUIBHNE, *op. cit.* n. 2, p. 285.

⁷ L. AZOULAI, *op. cit.* n. 2; N. NIC SHUIBHNE, *op. cit.* n. 2; S. COUTTS, *op. cit.* n. 2; H. KROEZE, *op. cit.* n. 2.

⁸ L. AZOULAI, *op. cit.* n. 2, p. 205.

⁹ L. AZOULAI, *op. cit.* n. 2, p. 181.

¹⁰ Case C-156/21, *Hungary v EP and Council*, cit., para 145.

the most visible and cherished expression of Union citizenship:¹¹ i.e., free movement rights. The goal is to understand whether, how, and with what effects does free movement of Union citizens, which constitutes the backbone of the mechanisms to construct the European society, relate to the values that contribute to the building of a European identity.¹² There could be two perspectives on such an interaction: on the one hand, a “top-down” movement where values influence the development of citizenship rights; on the other hand, a more “bottom-up” movement, where citizenship and free movement might be contributing to the definition of those values.

This paper only deals with the first of the two perspectives and inspects whether the link between Union citizenship, free movement, and EU values is apparent also beyond the protection of the connection with the territory of the Union. The focus of this research lies in two questions: first, to what extent is Union citizenship linked to the respect of and the identification in certain common values, so that the respect for those values conditions the possibility to exercise the rights attached to EU citizenship. Second, whether free movement is a tool to mediate conflicts of values in the EU and protect the common European values in domestic contexts. In order to answer those two research questions, the paper examines the case law of the Court that displays a connection between free movement of persons and EU values under Article 2 TEU, which has not happened frequently.

The crux of the analysis lies in assessing the legal consequences of this interaction: what are the implications of Union citizenship being imbued with values¹³ and what is the role of values in appraising restrictions to free movement rights? The first hypothesis is that EU citizenship (and the attached rights) are becoming associated to the values under Article 2 TEU. Should the respect for those values turn into a condition for the exercise of rights, this would point to the creation of a European *ordre public* (section

¹¹ See e.g., Opinion of Advocate General Emiliou, 7 September 2023, Case C-128/22, *Nordic Info BV*, para 128.

¹² The choice of the term “identity” is due to the fact that the Court, in the case *Hungary v EP and Council* (cit., para 145) spoke of “identity” in relation to values under Art. 2 TEU. Nevertheless, the present author is hesitant in using the word “identity”, as it carries the risk of conveying a message of exclusion towards non-European and to establish a uniform and hierarchical conception of values, and welcomes any comment and discussion on alternative definitions. Azoulai speaks convincingly of “European society” (L. AZOULAI, *op. cit.* n. 2, 205). For instance, sociology literature has been studying the effects of bi-national marriages born out of geographical mobility on the identification as “European”. See J. DÍEZ MEDRANO, *Europe in Love: Binational Couples and Cosmopolitan Society*, London, 2020, p. 151 and ff.

¹³ L. AZOULAI, *op. cit.* n. 2, 208.

2).¹⁴ Moreover, free movement fosters those values through the protection of fundamental rights and thus contributes in itself to the development and safeguard of values in domestic context, even though the Court has not – so far – explored possible synergies with Article 2 TEU (section 3).

The contribution will conclude with remarks (or rather, open questions) on the possibility that both trajectories contribute to the construction of a European identity through movement, the legal implications of which however are still to be fully worked out. The question concerns the role of Union citizenship and free movement in building a European identity based on common values and the expansion of the legal, social, and personal sphere of Union citizens.¹⁵

2. *Free movement of persons built around EU values*

As underlined above, there is a developing body of scholarship that highlights how the exercise of rights of EU citizens is increasingly connected to and shaped by common values. There are two dimensions to this bond between common values as part of the European identity and EU citizenship law.

First, speaking of the relationship between individuals and Member States, the protection of the tie between citizens and the Union territory points to the idea that the latter is the «special legal habitat» for Europeans.¹⁶ That protection is engaged when Member States' action endangers the possibility for Union citizens to stay¹⁷ or move to¹⁸ the territory of the Union altogether, such as in cases on extradition from the host State¹⁹ or *Ruiz Zambrano* cases.

¹⁴ L. AZOULAI and S. COUTTS, *Restricting Union Citizens' Residence Rights on Grounds of Public Security. Where Union Citizenship and the AFSJ Meet: P.I.*, in *CMLR*, vol. 50, 2013, p. 566; F. DE WITTE, *Sex, Drugs & EU Law: The Recognition of Moral and Ethical Diversity in EU Law*, in *CMLR*, vol. 50, 2013, p. 1559.

¹⁵ N. NIC SHUIBHNE, *op. cit.* n. 2; S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *A Citizenship Right to Stay? The Right Not to Move in a Union Based on Free Movement*, in D. KOCHENOV (ed.), *EU Citizenship and Federalism* cit.

¹⁶ L. AZOULAI, *op. cit.* n. 2, p. 198.

¹⁷ As in *Ruiz Zambrano*, cit., due to the expulsion of the parents of the Union citizens.

¹⁸ As in Court of Justice, 22 June 2023, Case C-459/20, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Mère thaïlandaise d'un enfant mineur néerlandais)*.

¹⁹ For instance, Court of Justice, 6 September 2016, Case C-182/15, *Petruhhin*, on an extradition order from a third country and protection against extradition only for nationals of the host State.

This paper will not analyse that first dimension further, because the focus here is on free movement. As a matter of fact, the common trait for those situations is that the actual or possible engagement of free movement triggers what Nic Shuibhne has called the «protective narrative»,²⁰ i.e. that the citizen's home is in the EU and that Member States should use tools at their disposal to allow the citizen to live in the EU where their rights are protected and public authorities are ultimately committed to the same shared values. Nevertheless, despite that link, when it comes to the line of case law on extradition, movement is merely the tool to establish EU law protection for citizens residing in a Member State other than that of nationality and this allows the activation of Art. 21 TFEU.²¹ In the *Ruiz Zambrano* doctrine, the connection with movement is defined by the ECJ as “intrinsic”, but it actually refers to the fact that the forced departure from the territory of the Union inevitably precludes the exercise of free movement, even when never exercised and in situations that otherwise would be purely internal.²²

The second dimension of the relationship between common values as part of the European identity and EU citizenship law is much more closely connected to free movement, as it concerns cases of expulsion from the host State, i.e. the most straightforward form of restriction to free movement rights. As such, it will be the focus of this section, and in particular, the Grand Chamber ruling in *K. and H.F.*,²³ where the Court has made that link especially apparent by referring explicitly to Article 2 TEU.

As is known, a Member State can expel a mobile EU citizen on grounds public policy, public security or public health.²⁴ Scholarly debate has already noted how, in the area of expulsion of Union citizens on grounds of public policy or public security, supranational values are imbuing the exercise of free movement rights and the concept of integration for the purposes of the right to reside. What is more, the Court is increasingly relying on a EU-wide conception of public policy and public security – permeated with moral judgement and based on a connection with AFSJ and EU criminal law com-

²⁰ N. NIC SHUIBHNE, *op. cit.* n. 2, p. 270.

²¹ For a very clear explanation of this point, see N. NIC SHUIBHNE, *op. cit.* n. 2, p. 295.

²² See S. REYNOLDS, *Exploring the “Intrinsic Connection” between Free Movement and the Genuine Enjoyment Test: Reflections on EU Citizenship after Iida*, in *ELR*, vol. 38, 2013, p. 376; N. NIC SHUIBHNE, *op. cit.* n. 2, p. 284–285.

²³ Court of Justice, 2 May 2018, Cases C-331/16 and C-366/16, *K. & H.F.*

²⁴ Art. 27, Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States.

petences – especially when it comes to citizens who have committed very serious crimes, such as in *P.I.* (sexual abuse against minors) and *Tsakouridis* (international drug trafficking).²⁵

Both *P.I.* and *Tsakouridis* concerned the definition of “imperative grounds of public security” for the purposes of the increased protection for citizens who have lived in the host State for ten continuous years prior to the expulsion measure, under Article 28(3)(a) Directive 2004/38. In *Tsakouridis*, the Court held that while public security is a concept that encompasses «a threat to the functioning of the institutions and essential public services and the survival of the population, as well as the risk of a serious disturbance to foreign relations or to peaceful coexistence of nations, or a risk to military interests»,²⁶ international dealing in narcotics may fall under that definition too. Indeed, the «devastating effects of crimes linked to drug trafficking» have prompted the EU legislature to take action in that field to protect «health, safety and the quality of life of citizens of the Union, and to the legal economy, stability and security of the Member States». ²⁷ The seriousness of the crime and the Europeanisation of the level of protection, which testifies to the severity of the consequences of drug trafficking, gives leeway to the Member States to consider that those crimes «threaten the calm and physical security of the population as a whole or a large part of it», and thus qualify as public security concern.²⁸

In *P.I.*, the Court held that sexual exploitation of minors is a crime so serious that the EU legislature can intervene (and has intervened) to fight against it. For this reason, precisely because the Treaties themselves regard sexual abuse against minors as a heinous and dangerous crime and give the Union competence to act, Member States can consider those crimes as falling within the concept of “imperative grounds of public security”. The ECJ, thus, used Union criminal law competences and EU values – not expressly referred to, but implicit in the array of conducts where the EU can intervene in the area of criminal law – to strengthen the Member States’ stance on the

²⁵ L. AZOULAI, S. COUTTS, *op. cit.* n. 15; S. COUTTS, *Union Citizenship as Probationary Citizenship: Onuekwere*, in *CMLR*, vol. 52, 2015, p. 531; S. COUTTS, *The Expressive Dimension of the Union Citizenship Expulsion Regime: Joined Cases C-331/16 and C-366/16, K and HF*, in *EP*, vol. 3, 2018, p. 833; M. BENLOLO CARABOT, *Citizenship, Integration, and the Public Policy Exception: B and Vomero and K. and H.F.*, in *CMLR*, vol. 56, 2019, p. 793–794.

²⁶ Court of Justice, 23 November 2010, Case C-145/09, *Tsakouridis*, para 44.

²⁷ *Tsakouridis*, *cit.*, para 46.

²⁸ *Ivi*, para 47.

violation of certain (State) values.²⁹ Still, in those cases, the Court was assessing those crimes from a transnational angle, as it reinforced the national perspective with the European one to support the classification of certain conducts as public security matters.

In *K. and H.F.*, the perspective changed and the link with Union values became much more explicit, as, for the first time in its case law on expulsion, the Court referred to Articles 2 and 3 TEU. The referring court had asked whether an EU citizen or a family member of an EU citizen could be expelled on the ground that they were suspected (without having been sentenced in that regard) of having committed war crimes or crimes against humanity respectively during the war in former Yugoslavia and in Afghanistan during the communist period.³⁰

For what concerns our purposes here, Advocate General Saugmandsgaard Øe's reasoning hinged on the fact that public policy/public security restrictions relate to the protection of the "fundamental interests of society" in the host State.³¹ The Court, while overall upholding the Advocate General's reasoning shifted its focus on the protection of Union values.³² True, in their submissions, France and the UK had referred to the values under Article 2 and 3 TEU too, as they argued that not expelling someone who is suspect of having committed international crimes would threaten the fundamental values of Member State and of the international order, endanger social cohesion, and undermine the «credibility of [Member States'] commitment to protect the fundamental values enshrined in Articles 2 and 3 TEU». ³³ Yet, the Court went further as the reference to the TEU provisions was not only meant to reinforce the stance of Member States but to *directly link the gravity of the crimes to the hostility towards Union values*, hence the need to protect the "European society" beyond «national particular perspectives». ³⁴ This point is clearer if we refer to the words of the Grand Chamber itself: «*the crimes and acts that are the subject of Article 1F of the Geneva Convention*

²⁹ Court of Justice, 22 May 2012, Case C-348/09, *PI.*, paras. 23-28.

³⁰ *K. & H.F.*, cit., paras 18 and 33, respectively for K. and for H.F. In particular, Dutch authorities wanted to expel the claimants based on the fact that their asylum applications had been rejected in the past on the basis of Article 1(F)(a) of the Geneva Convention, due to serious suspicions of having committed war crimes or crimes against humanity.

³¹ Opinion of Advocate General Saugmandsgaard Øe, 14 December 2017, Joined Cases C-331/16 and C-366/16, *K. & H.F.*, paras 59 and ff.

³² M. BENLOLO CARABOT, *op. cit.* n. 25, p. 794.

³³ *K. & H.F.*, cit., para 44.

³⁴ M. BENLOLO CARABOT, *op. cit.* n. 25, p. 795.

or Article 12(2) of Directive 2011/95 seriously undermine both fundamental values such as respect for human dignity and human rights, on which, as stated in Article 2 TEU, the European Union is founded, and the peace which it is the Union's aim to promote, under Article 3 TEU».³⁵

Then, since under article 27 Directive 2004/38, the person should be a genuine, present, and sufficiently serious threat to public policy or public security, the ruling went on to point out that: «however improbable it may appear that such crimes or acts may recur outside their specific historical and social context, conduct of the individual concerned that shows the persistence in him of a disposition hostile to the fundamental values enshrined in Articles 2 and 3 TEU, such as human dignity and human rights, as revealed by those crimes or those acts, is, for its part, capable of constituting a genuine, present and sufficiently serious threat affecting one of the fundamental interests of society».³⁶

Such a connection between expulsion grounds and the values of the Union shows three things: first, a shift – we do not know how permanent and how prominent – from the transnational dimension of integration in the host State to a greater accent on the supranational dimension of a relationship with the European society.³⁷ In this regard, individuals who show their hostility to those values are a danger for the Union and not solely for the host society. This is a step towards a closer link between the citizen and the supranational polity.

Such a shift relates to a second element, that the values in Article 2 TEU seem to be not only obligations on the Member State and the EU but also on individuals, despite the text of those articles. This, of course, is not exceptional for the Union, since individuals have always had a key role in the European legal order. Moreover, we already know from the case law on citizenship and residence rights that the ultimate achievement of free movement is social integration and such integration has a qualitative nature³⁸ in-

³⁵ *K. & H.F.*, cit., para 45.

³⁶ *K. & H.F.*, cit., para 60, emphasis added.

³⁷ The traditional understanding of Union citizenship is anchored to its transnational nature that hinges on free movement, and integration in the host State, see A. ILIOPOULOU PENOT, *The Transnational Character of Union Citizenship*, in M. DOUGAN, N. NIC SHUIBHNE, E. SPAVENTA (eds.), *Empowerment and disempowerment of the European citizen*, Oxford, 2012, p. 18–26; S. COUTTS, *Union Citizenship, Social Integration and Crime: Duties through Crime*, in L. AZOULAI, S. BARBOU DES PLACES, E. PATAUT (eds.), *Constructing the Person in EU Law: Rights, Roles, Identities*, Oxford, 2016, p. 225–226. S. COUTTS, *op. cit.* n. 25, p. 841.

³⁸ See Court of Justice, 21 July 2011, Case C-325/09, *Dias*, para 64.

creasingly linked to the respect for the values of the host society.³⁹ Yet, what is interesting in *K. and H.F.* is that the ruling bridges the role of individuals as subjects of the Union legal system and their rights *and obligations* with a requirement of integration⁴⁰ through respect *for the founding values of the Union*. Not only is that connection symbolically important, but it also has relevant legal consequences, in that a “disposition hostile” to those founding values – expressed by past conducts for which there has been no sentence – can deprive citizens of the possibility to exercise the rights inherent to Union citizenship.⁴¹ Understandably, those who are deemed being hostile to those values are not “good citizens” – once again in the words of Azoulai – and are not meant to fully enjoy the prerogatives of Union citizenship.⁴² This, in turn shows, that the Court’s understanding of Union citizenship and its role in the construction of the European identity is value based.⁴³ Citizenship – and the rights attached to it – is shaped in connection with the values that found the Union’s identity. As Benlolo Carabot highlighted, the Court «promotes human rights not primarily as universal values, but as EU foundations and part of EU identity».⁴⁴

The third remark on the textual reference to the values enshrined in Article 2 and 3 TEU concerns the distribution of the burden of having to deal with a person whose “disposition” threatens the fundamental interest of society. Whereas, on the one hand, it is understandable that Member States do not accept within their borders individuals who are suspected of having committed international crimes, on the other hand, one Member State – that of nationality – is left with dealing with an individual who does not respect the values upon which the entire EU is founded. Precisely those common values that found the European identity and permeate Union citizenship are used to expel the citizen and exclude them from a portion of the Union territory or all of it except their State of nationality,⁴⁵ contrary to the notion of the

³⁹ See Court of Justice, 16 January 2014, Case C-378/12, *Onuekwere*, para 26. L. AZOULAI, S. COUTTS, *op. cit.* n. 15; S. COUTTS, *op. cit.* n. 25, p. 539–543.

⁴⁰ That Art. 28 Directive 2004/38 is meant to protect as it establishes a gradual system of protection where the greater the integration the enhanced the protection (see F. RISTUCCIA, “Cause Tramps like Us, Baby We Were Born to Run”: *Untangling the Effects of the Expulsion of “Undesired” Union Citizens: FS*, in *CMLR*, vol. 59, 2022, p. 910).

⁴¹ M. BENOLO CARABOT, *op. cit.* n. 25. P. 796; S. COUTTS, *op. cit.* n. 25, p. 841.

⁴² L. AZOULAI, *op. cit.* n. 2, p. 194.

⁴³ L. AZOULAI, *op. cit.* n. 2, p. 208.

⁴⁴ M. BENOLO CARABOT, *op. cit.* n. 25, p. 794.

⁴⁵ As Azoulai and Coutts underlined in respect to *P.I.* and its interaction with *AFSJ*: L. AZOULAI and S. COUTTS, *op. cit.* n. 15, p. 566.

Union as a space without internal borders.⁴⁶ Thus, after the expulsion, the danger to public security/public policy is displaced to a limited section of the EU territory, a section, however, that is also supposed to share the same values. If it is ascertained that those citizens constitute a danger because of their “disposition”, the latter should be deemed to threaten the peace of mind of the population not only in the host State, but everywhere they go, even in their country of origin, which cannot refuse their entry or expel them.⁴⁷ Arguably, the same is likely to occur whenever a person’s conduct endangers the fundamental interests of society. Nevertheless, when those fundamental interests characterise the European society as a whole, all Member States could potentially invoke the public policy/public security justification – or even should, to show their commitment to the common values – irrespective of the behaviour of the person in the host State or the specific threat to that particular context. This means that the European-ness of the values at stake appears to change the parameters of the proportionality assessment to weigh the lawfulness of the expulsion. In a way, then, the defence of common values that characterise the whole Union territory seems almost to require a “confinement” of the individual in one part of the territory.

3. Free movement of persons as the tool for mediation of conflict on EU values

The past section dealt with the question the development of EU citizenship and free movement in conjunction with EU values, and the creation of a European legal space where Member States have an obligation to protect EU values and individuals an obligation to respect them to fully enjoy the rights associated to EU citizenship. The current section analyses whether and how free movement of persons is a tool to protect or affirm those values in domestic legal systems, i.e., if there is any role for those values in the

⁴⁶ On the contradiction between regime of free movement and the possibility to expel citizens, see D. KRAMER, *On the Futility of Expelling Poor Union Citizens in an Open Border Europe*, in *EP*, vol. 6, 2021, p. 156.

⁴⁷ Then in the case, for instance, of K. who had Croatian and Bosnian nationality and who was suspected of having committed crimes against humanity while serving in the Bosnian Army, there might also be a question of safety in his Member State of nationality, that was the reason why he had claimed asylum in the first place. And this is especially thorny since K. was never sentenced for those crimes. Furthermore, arguably, the peace of mind of the population in the place where those crimes were possibly committed is even more in danger in the country of origin.

assessment of EU-compliance of restrictions to free movement enacted by Member States. This concerns the relationship between the values shared at the EU level and the specific values of the Member States, when the exercise of free movement rights causes the interaction between those two sets of values.

The crux of the question lies much more in the role that free movement law can play in fostering those values rather than on the role of Article 2 TEU more broadly in the EU legal system. For this reason, I will not deal with questions of breach of those values under the point of view of the rule of law, although there is an evident connection between the protection of rights stemming from the EU legal system and the defence of the rule of law. Furthermore, before delving into the substance of the matter, it should be noted that this research is limited to the use of Article 2 TEU in free movement of persons cases and does not expand to free movement of services and freedom of establishment of legal persons.

The first finding is that there is no ruling – at the time of writing – where the Court has referred to Article 2 TEU in the assessment of a restriction to free movement of persons to check whether the Member State's values (expressed by the justification) can be in conflict with common values.⁴⁸ The lack of rulings expressly referring to Article 2 TEU in EU citizenship law means that the Court is not – yet – fully considering to use free movement provisions as a jurisdictional trigger to prompt the application of Article 2 TEU on top of a fundamental rights assessment.⁴⁹ It has been underlined that Article 2 TEU adds a «new legal and political layer to the judicial development of core features of the EU legal order».⁵⁰ Yet, in the area of free movement of persons, we are not witnessing a synergy with those values, despite the clear connection between fundamental rights and the right to move and reside for Union citizens and their families.

⁴⁸ This is not the same as what happened in *K.* and *H.F.* The difference lies not in the type of cases – that concern always restrictions to free movement – but in the type of interaction between values and justifications. In *K.* and *H.F.*, common values are the foundation of the restriction and the assessment does not concern a restriction liable to conflict with those values.

⁴⁹ See, on the need to engage the scope of EU law to apply the Charter, M. DOUGAN, *Judicial Review of Member State Action under the General Principles and the Charter: Defining the Scope of Union Law*, in *CMLR*, vol. 52, 2015, p. 1201. On the relationship between violations of Art. 2 TEU and the scope of EU law when it comes to infringement procedures, M. BONELLI, *Infringement Actions 2.0: How to Protect EU Values before the Court of Justice*, in *ECLR*, vol. 18, 2022, p. 30.

⁵⁰ T. T. KONCEWICZ, *Values*, in *The Oxford Encyclopedia of EU Law*, 2023, para 23.

To the best of the present author's knowledge, the only case where free movement of EU citizens and Article 2 TEU expressly interacted in the way just illustrated is the Opinion of Advocate General Kokott in *Pancharevo*.

This incidentally, shows a certain coalescence of the protection of common values around the rights of LGBTQI+ persons and against the questionable narrative of certain Member States' governments,⁵¹ that establishes a dichotomy between the protection of an alleged "traditional family" and the non-discriminatory protection of the rights of rainbow families. Indeed, the rights of LGBTQI+ communities are also the focus of the recent infringement action against Hungary,⁵² based – among others – on free movement of services and Article 2 TEU *as distinct grounds of infringement*,⁵³ a move so innovative that the scholarship has dubbed it as "crossing the Rubicon".⁵⁴

The convergence of the debate on values on such themes, and the rights of rainbow families in EU citizenship law, however, is not so astonishing since this is inevitably a field dense with fundamental rights questions. What is more surprising is rather the opposite: I would have expected from the outset more references to those common values given that the rights of rainbow families have come to the spotlight in Union citizenship case law, and the protection against discrimination based on sexual orientation is one of the main battlefields of the conflict of values. In other words, if the Hungarian law that heavily discriminates against LGBTQI+ communities has triggered an infringement procedure with those ground-breaking traits, one may wonder whether those values also play a role when it comes to cases on free movement of persons when the full enjoyment of free movement rights (and beyond) for rainbow families are at stake.

We already know from the case law that, in the assessment of a restriction to free movement of Union citizens (or more broadly measures affecting Union citizenship that have to comply with EU law, such as e.g. loss of nationality or *Ruiz Zambrano* cases), the State measure has to be proportionate and comply with fundamental rights.⁵⁵ One might therefore argue that there is no need to incommode EU values, since Charter rights constitute already

⁵¹ M. BONELLI and M. CLAES, *Crossing the Rubicon? The Commission's Use of Article 2 TEU in the Infringement Action on LGBTQI+ Rights in Hungary*, in *MJECL*, vol. 30, 2023, p. 9.

⁵² Action brought on 19 December 2022, Case C-769/22, *Commission v Hungary*, OJ 2023/C 54/19.

⁵³ M. BONELLI and M. CLAES, *op. cit.* n. 51, p. 4–5.

⁵⁴ *Ivi.*

⁵⁵ First and foremost, Court of Justice, 11 July 2002, Case C-60/00, *Carpenter*.

strong and clear benchmark to assess restrictions to free movement, and free movement offers a good tool to protect those fundamental rights. Furthermore, despite the advantages that could derive from a more upfront use of fundamental rights in free movement cases⁵⁶ that puts them at the centre of the analysis and not as a step of the assessment of the justification,⁵⁷ there is still a difference between violations of fundamental rights or EU law more generally and violation of founding values under Article 2 TEU.⁵⁸ Breaches of founding values engage a deeper, systemic, and more symbolic dimension of the conflict with domestic systems. As one can see from the infringement against Hungary mentioned above, where Article 2 TEU was used autonomously, it is the severity of the violations of fundamental rights – brought within the scope of EU law by restrictions to free movement – that justifies the use of Article 2 TEU.⁵⁹

The reliance on Article 2 TEU moves the battle to a different level, that of the core values, which escalates the symbolic and political dimension of the conflict.⁶⁰ If, as it seems widespread opinion in the scholarship, the severity of the breach of the values is the key to the use of Article 2 TEU, it is not so unconceivable that – as long as systemic threats to Union values are not at stake in Union citizenship law – the Court has not used that provision to assess justifications to free movement of persons restrictions. As Von Bogdandy and Spieker have argued, Article 2 TEU protects the essence of fundamental rights and, even in the form of a judicial application of the “reverse Solange” doctrine, it would only come into operation in exceptional circumstances, when the essential standards are under threat.⁶¹

⁵⁶ The scholarship has praised the move towards a clearer and more transparent use of fundamental rights review of Member States action that transcends from its instrumentality to free movement. See Opinion of Advocate General Kokott, 5 March 2020, C-66/18, *European Commission v Hungary (CEU)*, para 180 highlighted by M. BONELLI, *op. cit.* n. 49, p. 42.

⁵⁷ To be kept distinct from the use of fundamental rights as justifications to restrictions to free movement, on which, see S. REYNOLDS, *Explaining the Constitutional Drivers behind a Perceived Judicial Preference for Free Movement over Fundamental Rights*, in *CMLR*, vol. 53, 2016, p. 643.

⁵⁸ T.T. KONCEWICZ, *op. cit.* n. 50, para 39; M. BONELLI, *op. cit.* n. 49, p. 47–48.

⁵⁹ See press release at ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_2689 and on the doubts on the autonomous use of Art. 2 TEU due to the gravity of the violations or simply because of the enactment of the law, see M. BONELLI and M. CLAES, *op. cit.* n. 51, p. 6.

⁶⁰ See indeed for the critiques on the autonomous use of Art. 2 TEU, M. BONELLI and M. CLAES, *op. cit.* n. 51.

⁶¹ A. VON BOGDANDY, L. D. SPIEKER, *Countering the Judicial Silencing of Critics: Article 2 TEU Values, Reverse Solange, and the Responsibilities of National Judges*, in *ECLR*, vol. 15,

The “headspace” between breaches of free movement and Charter rights and violation of Article 2 TEU seems to be exactly what Advocate General Kokott had in mind in her Opinion in *Pancharevo*,⁶² despite starting from different theoretical premises than the “reverse Solange” doctrine. Let me now clarify this point. In *Pancharevo*, the Advocate General used Article 2 TEU to gauge whether the essence of fundamental rights is respected even in an area where the EU does not have competence and that falls – according to the Member State concerned – within the scope of the national identity clause under Article 4(2) TEU. Without entering in the details of the case, suffices it here to recall that the Bulgarian authorities had invoked Article 4(2) TEU to justify the refusal to issue a Bulgarian birth certificate to the child, born in Spain from a Bulgarian citizen and her wife both registered in Spain as mothers.

Advocate General Kokott first argued that Art. 4(2) TEU is not “merely” a legitimate objective to derogate to free movement provisions, but it constitutes a limit to negative integration and the scope of EU law. Since, in this way, Article 4(2) TEU limits the reach of Union law, the Advocate General held that Member States can only rely on it to safeguard core aspects of national identity. Following this reasoning, the Opinion maintained that, when a Member State invokes those critical aspects of national identity to justify restrictions to free movement, and that justification corresponds to genuine concern on the pillars of the national identity, the Court should not carry out a proportionality review. According to Advocate General Kokott, the definition and regulation of family structures is precisely such a fundamental element of national identity, since it pertains to the basic unit of societies, i.e. the family.⁶³ As a key element of family law, rules on parentage

2019, p. 395 and 409. The doctrine of “reverse Solange” is based on the presumption of compliance with founding common values, if that presumption is rebutted, the Court of Justice (or any European judge) would be empowered to carry out a review of any act of any Member State that is breaching those basic standards that also encompass the essence of Charter fundamental rights. It should be noted that the present contribution does not deal with the proposal – never upheld by the Court – on the use of the “reverse Solange” doctrine in *Ruiz Zambrano* cases, as the focus is on free movement law. See on this: A. M. RUSSO, *La cittadinanza «sostanziale» dell’UE alla luce della proposta del Gruppo di Heidelberg: verso una «reverse Solange»?*, in *Federalismi*, 2014, p. 12 and ff; S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *Fundamental Rights and Citizenship of the Union at a Crossroads: A Promising Alliance or a Dangerous Liaison?*, in *ELJ*, vol. 20, 2014, p. 464; A. VON BOGDANDY, L. D. SPIEKER, *op. cit.* n. 61, p. 411.

⁶² Opinion of Advocate General Kokott, 15 April 2021, C-490/20, *Stolichna obshtina, rayon „Pancharevo“*.

⁶³ *Ivi*, paras. 75-79.

fall within that core of national identity. Thus, even if those rules restrict free movement, and the failure to release a birth certificate to the child identifying the claimant and her wife as the parents was deemed an obstacle to the right to move,⁶⁴ the proportionality review cannot take place at EU level.⁶⁵

However, since the recognition of the national identity defence cannot amount to a blank cheque for Member States to derogate to EU values, the Advocate General proposed the review to be carried out in light of Article 2 TEU, used as a minimum threshold to ensure respect for the common values.⁶⁶ In this sense, Article 2 TEU would only cover the essence of fundamental rights and would not amount to a fundamental rights review in light of the Charter (that includes a proportionality assessment). Just like in the reverse Solange doctrine, the reasoning of the Advocate General gives Article 2 TEU legal effects limited to the establishment of a minimum common ground – corresponding to the core of fundamental rights – without uprooting the foundations of national identity.⁶⁷ In this way, Article 2 TEU acts as a countervailing provision to Article 4(2) TEU, which establishes a sort of carved-out area of national identity that needs to abide by a less extensive but also more fundamental standard of common values. This means, however, to waive proportionality and balancing on those issues and introduce an ultimate “red line” that cannot be surpassed. Article 2 TEU would «negatively determin[e] what is not allowed, without positively determining how it should be instead», «with regard to fundamental rights, such a red line approach concentrates on their “essence”».⁶⁸

While the suggestion has been explored in the literature, this more “light touch” review does not square entirely with the Court’s approach to free movement restrictions. And indeed, the ECJ in *Pancharevo*, did not uphold the Advocate General’s reasoning and, arguably, it did not need to do so. Unlike Advocate General Kokott, the Court did not explore the possibility that the child was not a Bulgarian national due to domestic rules on parentage. By doing so, the judgment anchored straightforwardly the issue in free movement law, rather than on the shakier ground of the acquisition of nationality based on core family law. The Grand Chamber did not need to

⁶⁴ *Ivi*, para 67.

⁶⁵ *Ivi*, paras. 95-96 and 107. That review, according to the Advocate General should be carried out at national level, see para 131.

⁶⁶ *Ivi*, paras. 116 and following.

⁶⁷ See for an explanation of the mechanism, A. VON BOGDANDY, L. D. SPIEKER, *op. cit.* n. 61.

⁶⁸ *Ivi*, p. 423.

get into an analysis of conflict between fundamental values,⁶⁹ since, as Tryfonidou noted, it decided the case on the terrain of free movement and not on the minefield of the conflict of values.⁷⁰ The Court held that the denial of an identity document for a child with two mothers is contrary to free movement and *not* that Bulgaria was under the obligation to release a birth certificate (and bestow Bulgarian nationality) to that child for all legal effects.⁷¹

Furthermore, we already know that the Court is rather wary to use Article 4(2) TEU as a limit to its power to review breaches of EU law and carry out a proportionality assessment of those violations.⁷² True, the ECJ is at times more lenient in its proportionality assessment or leave it mostly to the national judge in delicate cases where national identity is at stake,⁷³ so as to carefully balance countervailing interests. However, to completely waive proportionality assessment in cases of application of Article 4(2) TEU is not heard of especially when free movement law is at stake.⁷⁴

This shows that EU free movement law already allows – without having to use Article 2 TEU – to scrutinise measures that could be at odds with fundamental rights and the degree of intensity of the review can be adjusted according to the complexity of the case. In *Pancharevo*, the focus on the restriction to free movement had the advantage of removing direct clash of values and facilitate compliance, since the solution that the Court found does not impose fundamental changes to the legal system as long as the Member State enacts any necessary adjustment to the form to issue identity or travel documents. In purely internal situations the legal arrangements

⁶⁹ See on this, I. MARCHIORO, *Quali prospettive per il legislatore europeo dopo Coman e Pancharevo?*, in *I Post di AISDUE*, 2023, p. 17.

⁷⁰ A. TRYFONIDOU, *The ECJ Recognises the Right of Rainbow Families to Move Freely between EU Member States: The VMA Ruling*, in *ELR*, vol. 47, 2022, p. 546.

⁷¹ Court of Justice, 14 December 2021, Case C-490/20, *Stolichna obshtina, rayon „Pancharevo“*, paras. 56-57.

⁷² See e.g., Court of Justice, 22 December 2010, Case C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*. Advocate General Kokott in *Pancharevo* discussed the differences between the line of case law on surnames and the case at stake: see paras 94-95. On the Court's use of proportionality when reviewing claims to the protection of national identity, see also F. DE WITTE, *op. cit.* n. 14, p. 1572.

⁷³ Compare e.g. the ruling and the Opinion of Advocate General Emiliou in *Cilevičs* and their different proportionality assessment with regard to fundamental rights of minorities: Court of Justice, 7 September 2022, Case C-391/20, *Cilevičs and Others*, paras. 83-86 and Opinion of Advocate General Emiliou, 8 March 2022, Case C-391/20, *Cilevičs and Others*, paras. 95-116.

⁷⁴ M. BONELLI, *National Identity and European Integration Beyond “Limited Fields”*, in *EPL*, vol. 27, 2021, p. 544 and 549 and ff.

may be left unchanged.⁷⁵ At the same time, however, it has rightly been noted⁷⁶ that the enjoyment of rights by rainbow families cannot only rest on free movement adjustments in countries where their rights are not equal to those of heterosexual/“traditional” families.⁷⁷

The comparison between the approach of the ECJ and that of the Advocate General shows the implications of the different ways in which free movement could be a tool to safeguard EU common values in the domestic context, in case of clashes.

First, there is the possibility of applying free movement provisions and the proportionality review with it.⁷⁸ Such an approach entails a more intense review of the domestic policy and its Charter compliance, but, as it was the case in *Pancharevo* – or in *Coman* – allows to limit the effects to the transnational and free movement dimension (i.e., for instance, the recognition of homosexual marriage only for residence purposes or the recognition of parentage only for the issuance of an identity document, with a mutual recognition of family relationships established in another Member State).⁷⁹ The functional reasoning would protect EU values but in a limited fashion, avoiding a direct clash of values without however solving the fundamental rights questions at stake and the legal implications of a recognition of family relationships only limited to movement.⁸⁰ Such an approach is at the same

⁷⁵ With the evident problem of reverse discrimination.

⁷⁶ A. TRYFONIDOU, *op. cit.* n. 70, p. 547.

⁷⁷ This point is, under different points of view, the subject of the thought-provoking contributions of Lazzarini and Marchioro in the panel *Cittadinanza dell'Unione, tutela degli status personali e identità costituzionali nazionali: quale equilibrio?*, in the 5th AISDUE Annual Conference, *Il Diritto dell'Unione europea nei rapporti tra ordinamenti: tra collaborazione, integrazione e identità*, Università di Padova, 2-3 novembre 2023, to be published as conference proceedings.

⁷⁸ De Witte suggested that in cases of sensitive ethic or moral questions the Court could approach the proportionality review from a procedural point of view, that takes into account the external (European) perspective but without imposing external policy choices, as opposed to a substantive review that «rationalizes the national moral or ethical choice in reference to the transnational public space». See F. DE WITTE, *op. cit.* n. 14, p. 1557 and 1570 and ff.

⁷⁹ For an analysis of the implications of the *Coman* and *Pancharevo* cases for the principle of mutual recognition, see: I. MARCHIORO, *op. cit.* n. 70, p. 27.

⁸⁰ See Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood, COM(2022) 695 final. The proposal is based on Art. 81 TFEU. For the competence implications on the choice between Art. 21 and Art. 81 TFEU as a legal basis, I. MARCHIORO, *op. cit.* n. 29.

time more intrusive than the use of Article 2 TEU as a minimum safeguard and less intrusive because it only deals with the movement aspects.

When that solution is not available, the conflict could escalate to the engagement of Article 2 TEU, the application of which would be anyway engaged because free movement restrictions fall within the scope of EU law. Free movement of persons would be a jurisdictional trigger to then check whether the restriction complies with the essence of fundamental rights protected under Article 2 TEU. This could happen, as Advocate General Kokott reasoned in *Pancharevo*, when the stakes for the national identity are higher. At the same time, this would be a more “hands-off” review with much more profound and serious consequences if no balancing is possible and the clash between values breaks out. What remains unconvincing however, in the reasoning of the AG, is that this less intrusive review could preserve legal arrangements that still violate EU fundamental rights, albeit not in their core. This would also leave the Member State free to decide whether to grant or not a level of protection higher than the bare minimum, since there is no intrusive proportionality review carried out in light of “external” (i.e. Charter) parameters, even when affording a higher level of protection to the individuals would not fundamentally put in jeopardy the core of national identity. For instance, in *Pancharevo*, the Advocate General admitted that granting a birth certificate and Bulgarian nationality with it did not as such threaten the traditional conception of family, and yet, the protection of national identity could not tolerate such a balancing to take place at EU level.⁸¹

Another approach, that neither the Advocate General nor the Court went for in *Pancharevo* (nor in *Coman*), could be that the engagement of free movement helps strengthening fundamental rights in a more comprehensive way by illuminating the interpretation of free movement (and attached fundamental rights) through the use of Article 2 TEU and the consistent interpretation of domestic law.⁸² Indeed, in light of what Lazzerini convincingly argues in her contribution to the present conference proceedings,⁸³ the protection of the «right to lead a normal family life»⁸⁴ seems now increasing-

⁸¹ Opinion of Advocate General Kokott, *Stolichna obshtina, rayon „Pancharevo“*, cit. para 107.

⁸² A. VON BOGDANDY, L. D. SPIEKER, *op. cit.* n. 61, p. 395.

⁸³ N. LAZZERINI, *Il diritto di condurre una normale vita familiare del cittadino dell'Unione “circolante”: stato dell'arte e prospettive di sviluppo*, Relazione alla V Conferenza Annuale AISDUE, “Il Diritto dell'Unione europea nei rapporti tra ordinamenti: tra collaborazione, integrazione e identità”, Università di Padova, 2-3 novembre 2023.

⁸⁴ Court of Justice, 14 November 2017, Case C-165/16, *Lounes*, para 52: «The rights

ly distinct and additional from the right to exercise free movement without being compelled to choose between family and mobility. Then, if family reunification rights under free movement go beyond a mere tool to strengthen free movement itself, and the latter is rather the (powerful) jurisdictional trigger for those rights,⁸⁵ it would be logical that those family rights do not solely cover travel documents. In practical terms, obstacles to those rights are to be found also in areas other than residency and travel, and they may concern for instance, parental leave, schooling, succession, and all ordinary occurrences where the legal qualification of a family bond is pivotal. The recognition of family ties formed in another Member State would then have to be for all legal purposes to allow the protection of “normal family life”.⁸⁶

This would mean to take into account that the free-movement-only solution is not a silver bullet and that further steps might need to be taken that could lead to a more profound review of discriminatory national policies not limited to residence or travel rights.⁸⁷ In this scenario, Article 2 TEU could have the role of expanding the appraisal of discriminatory measures beyond strictly movement-related rights. As free movement would trigger already the scope of EU law and thus the application of the Charter, Article 2 TEU could act as a systemic benchmark that connect the single fundamental rights at stake (such as family life, non-discrimination).⁸⁸ The common values, including of course, equality, plurality, and non-discrimination, would then cast light on the way citizens and their families should enjoy equal participation in the European society and in its national dimensions when there is a cross-border element.

which nationals of Member States enjoy under that provision include the right to lead a normal family life, together with their family members, in the host Member State».

⁸⁵ F. RISTUCCIA, *Ties That Bind and Ties That Compel: Dependency and the Ruiz Zambrano Doctrine*, in *CMLR*, vol. 60, 2023, p. 1227.

⁸⁶ A. TRYFONIDOU, *The Cross-Border Recognition of the Parent-Child Relationship in Rainbow Families under EU Law: A Critical View of the ECJ's V.M.A. Ruling*, in *European Law Blog*, 21 December 2021, europeanlawblog.eu/2021/12/21/the-cross-border-recognition-of-the-parent-child-relationship-in-rainbow-families-under-eu-law-a-critical-view-of-the-ecjs-v-m-a-ruling/

⁸⁷ A. TRYFONIDOU, *op. cit.* n. 70, p. 547 and ff.

⁸⁸ Perhaps this might seem far-fetched in light of the vagueness of Art. 2 TEU. However, that provision 2 TEU could be useful to assess the connections between the fundamental rights at stake and the way they are hindered systemically. In other words, Art. 2 TEU would serve as a “mutual amplification” similarly to what Spieker described in L.D. SPIEKER, *Breathing Life into the Union's Common Values: On the Judicial Application of Article 2 TEU in the EU Value Crisis*, in *GLJ*, vol. 20, 2019, p. 1199 and ff.

4. *Conclusions*

The analysis of the interaction between EU values and free movement of persons leads to a modest but honest doubt: does EU citizenship need explicit reference to Article 2 TEU? What are the advantages and the legal consequences of using that Article in combination with free movement and EU citizenship law?

Regardless of the answer, free movement remains a very useful tool as it confronts domestic systems with externalities and with other visions of the world that Member States need to address.⁸⁹ In this sense, EU free movement law – and EU citizenship in particular, thanks to its privileged connection to fundamental rights – offers a venue to introduce at least the question of how to protect identities and instances that lack recognition in domestic contexts, and this even if Article 2 TEU is not expressly used. Intra-EU movement, at the very least, exposes closed domestic context to alternative solutions and ensures the safeguard of a minimum standard of common values that contributes to the European identity made of plurality – even if this does not and cannot solve all issues.

Furthermore, what is interesting is that EU free movement of citizens, by epitomising both highly salient but abstract constitutional questions (e.g. do Europeans share a common identity? What are the limits of that identity?) and decisive pragmatic questions, could lead to the stone-by-stone construction of some form of European identity. Such a mix of day-to-day elements with lofty ambitions on the protection of values shows that the European integration which takes place through actual movement and the law built around it are contributing to the integration of societies and perhaps ultimately the formation of a European identity through a bottom-up collective path.⁹⁰ This applies all the more when people move bringing their identities, their cultures, their conflicts with them – or bringing them back to their home States (as it happened in *Coman* and *Pancharevo*). This last point bounces back in a broader question – worth researching further – concerning the role of European citizenship in the creation of a common identity through the protection of common values in a common territory (in principle) without borders. One could thus query if free movement – due to its role in enforcing those rights and expanding the personal and legal sphere of European citizens – is in itself a value to be protected and what would be the legal consequences of this.

⁸⁹ F. DE WITTE, *op. cit.* n. 14, p. 1552–53.

⁹⁰ L. AZOULAI, *op. cit.* n. 2.

Abstract (ita)

Il presente contributo analizza il rapporto tra la libera circolazione delle persone, che è l'aspetto più visibile e apprezzato della cittadinanza europea, e i valori di cui all'articolo 2 TUE, che costituiscono l'identità legale dell'Unione europea. Si esaminerà dunque in primo luogo come quei valori permeino lo sviluppo della cittadinanza europea e condizionino la possibilità di esercitare i diritti di libera circolazione. In secondo luogo, ci si concentrerà sul ruolo della libera circolazione come strumento di mediazione dei conflitti valoriali e di protezione dei valori europei nei contesti giuridici nazionali.

Abstract (eng)

This paper reflects on whether, how, and with what effects does free movement of persons, that is the most visible and cherished aspect of Union citizenship, interact with the values enshrined in Article 2 TEU, that define the normative identity of the EU. The contribution in particular examines on the one hand, how those values shape EU citizenship so that the respect for those values conditions the possibility to exercise the rights attached to EU citizenship. On the other hand, whether free movement is a tool to mediate conflicts of values in the EU and protect the common European values in domestic contexts.

L'INFLUENZA DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA NELLA
FORMAZIONE E NEL RICONOSCIMENTO DEGLI ATTI
DI NASCITA DEI FIGLI DI COPPIE OMOGENITORIALI,
TRA PUNTI FERMI E QUESTIONI APERTE

Irene Marchioro*

SOMMARIO: 1. Stato dell'arte in materia di riconoscimento e formazione di atti di nascita di figli di famiglie omogenitoriali: i punti fermi... – 2. ...e le questioni aperte. – 3. Il riconoscimento della filiazione derivante da gestazione per altri dopo *Pancharevo*. – 4. Quale ruolo per il diritto dell'Unione europea nella formazione o rettifica di atti interni? – 5. Prima direttrice: il diritto al mantenimento del nome. – 6. Seconda direttrice: il mantenimento della cittadinanza e dei legami familiari. – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Stato dell'arte in materia di riconoscimento e formazione di atti di nascita di figli di famiglie omogenitoriali: i punti fermi...*

In tema di riconoscimento e circolazione degli *status* familiari, sta prendendo sempre più piede, nella dottrina, nella prassi e nella giurisprudenza, l'accettazione del cd. metodo del riconoscimento delle situazioni giuridiche formatesi all'estero¹, nell'ottica di attribuire prevalenza alla tutela dei diritti

* Assegnista di ricerca in diritto dell'Unione europea presso l'Università di Padova.

¹ V. *ex multis* E. JAYME, C. KOHLER, *Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?*, in *IPRax*, vol. 21, 2001, p. 501 ss.; D. COESTER-WALTJEN, *Das Anerkennungsprinzip im Dornröschenschlaf?*, in H.-P. MANSEL E AL., (Hrsg.), *Festschrift für Erik Jayme*, München, 2004, p. 121 ss.; L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2007; H.-P. MANSEL, *Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums*, in *RabelsZ*, vol. 70, n. 4, 2006, p. 651 ss.; M. LEHMAN, *Recognition as a Substitute for Conflict of Laws?*, in S. LEIBLE (ed.), *General Principles of European Private International Law*, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 14; B. CORTESE, *Autonomia, libera circolazione e diritto internazionale privato dei rapporti personali: una nuova dimensione per la cittadinanza dell'Unione?*, in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: Profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Napoli, 2018, p. 330 ss.; F. SALERNO, *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, in *RCADI*, vol. 395, 2019, p. 21 ss.; A. DAVI, *Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero nella prospettiva di una riforma del sistema di diritto internazionale privato*, in *RDI*, vol. 102, n. 2, 2019, p. 319 ss. (in particolare p. 355-361); L. HÜBNER, *Die Integration der primärrechtlichen Anerkennungsmethode in das IPR*, in *RabelsZ*, vol. 85, n. 1, 2021, p. 111 ss.; O. FERACI, *Art. 14*

fondamentali dell'individuo che circola, piuttosto che al coordinamento degli ordinamenti².

In termini di codificazione, questo approccio, che comincia a fare capolino in alcune discipline nazionali³, trova chiara espressione nella recente risoluzione dell'*Institut de droit international* su *Human Rights and Private International Law*⁴. Nello specifico, l'art. 10 di tale risoluzione prevede che si assicuri «Respect for the rights to family and private life» attraverso «the recognition of personal status established in a foreign State», a condizione che l'interessato avesse «a sufficient connection» con lo Stato che ha accertato lo *status* personale e con quello la cui legge è stata applicata⁵ e che non

della risoluzione dell'Institut de droit international su Human Rights and Private International Law: la circolazione transfrontaliera del rapporto di filiazione, in *DUDI*, n. 2, 2022, p. 594. Sia consentito rimandare anche a I. MARCHIORO, *Quali prospettive per il legislatore europeo dopo Coman e Pancharevo?*, in *AA.VV., Quaderni AISDUE*, n. 3, Napoli, 2023, p. 385 ss.

² V. G. ROSSOLILLO, *Art. 10 della risoluzione dell'Institut de droit international su Human Rights and Private International Law: la continuità degli status come garanzia del rispetto della vita privata e familiare*, in *DUDI*, n. 2, 2022, p. 541. Più in generale sul tema v. P. KINSCH, *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, in *RCADI*, vol. 313, 2005, p. 9 ss.; L. PICCHIO FORLATI, *Critères de rattachement et règles d'applicabilité, à l'heure de la protection des droits de l'homme en Europe*, in *RDIPP*, vol. 41, n. 4, 2005, p. 907 ss.; G. ROSSOLILLO, *L'identità personale tra diritto internazionale privato e diritti dell'uomo*, in *RDI*, vol. 90, n. 4, 2007, p. 1028 ss.; G. CARELLA, *Sistema delle norme di conflitto e tutela internazionale dei diritti umani: una rivoluzione copernicana?*, in *DUDI*, n. 3, 2014, p. 523 ss.; F. SALERNO, *Il vincolo del rispetto dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti del diritto internazionale privato*, in *DUDI*, n. 3, 2014, p. 549 ss.; C. HONORATI, *Maternità surrogata, status familiari e ruolo del diritto internazionale privato*, in A. DI STASI (a cura di), *op. cit.*, p. 148, spiega la scarsa rilevanza internazionalprivatistica riservata al tema della circolazione degli *status* proprio in virtù del fatto che «ogni valutazione giuridica è interamente polarizzata dalla tematica dei diritti fondamentali».

³ V. art. 9 del Libro 10 del codice civile olandese.

⁴ Risoluzione dell'*Institut de droit international*, del 4 settembre 2021, disponibile al link www.idi-iil.org/app/uploads/2021/09/2021_online_04_en.pdf. Per una panoramica della risoluzione, si rinvia a P. PIRRONE, *La risoluzione dell'Institut de droit international su Human Rights and Private International Law: considerazioni generali*, in *DUDI*, n. 2, 2022, p. 243 ss.

⁵ Per alcune voci, il fatto che la norma implichi un controllo circa la sussistenza di un legame (anche) tra lo Stato che ha accertato lo *status* e la legge che quello Stato considera applicabile in base alle proprie regole di diritto internazionale privato costituisce un discostamento dal normale approccio in questa materia e rappresenta inoltre una richiesta eccessiva: così G. ROSSOLILLO, *Art. 10 della risoluzione dell'Institut de droit international su Human Rights and Private International Law*, cit., p. 539 e p. 541 ss., oltre a O. FERACI, *Art. 14 della risoluzione dell'Institut de droit international su Human Rights and Private International Law*, cit., p. 598.

vi sia una «manifest violation of the international public policy of the requested State...». Si tratta di condizioni cumulative, la seconda delle quali, tuttavia, va letta (e mitigata) alla luce dell'esigenza di garantire comunque il superiore interesse del minore. In questo senso va inteso l'art. 14 della risoluzione, in base al quale «in view of the recognition of a parentage relationship established in a foreign State, the best interests of the child should be taken into particular account in the assessment of the public policy of the State where recognition is sought».

Nelle situazioni intraeuropee, il metodo del riconoscimento ha assunto fattezze diverse, delineate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia come argine a diverse e contrastanti soluzioni nazionali che rischino di pregiudicare il godimento dei diritti di circolazione riconosciuti ai cittadini dell'Unione. A partire dalle sentenze *Coman*⁶ (in materia matrimoniale) e *Pancharevo*⁷ (in materia di filiazione), infatti, vige all'interno del territorio dell'Unione un tipo peculiare di riconoscimento, che opera come limite all'applicazione del diritto internazionale privato degli Stati membri per permettere il dispiegarsi dei diritti di circolazione europea. Per questo motivo, è stato anche definito come riconoscimento funzionalmente orientato⁸.

⁶ Corte giust. 5 giugno 2018, C-673/16.

⁷ Corte giust. 14 dicembre 2021, C-490/20. Per la giurisprudenza della Corte di giustizia che si era precedentemente pronunciata sul tema della genitorialità sociale, al fine di valutare (con decisioni poi risultate di segno negativo) l'estensibilità dei diritti del congedo di maternità e allattamento anche alla madre non gestante, v. C. CAMPIGLIO, *Il diritto dell'Unione Europea si confronta con la maternità su commissione*, in NGCC, vol. 30, n. 9, 2014, p. 763 ss.; A. PISAPIA, *Maternità surrogata versus libera circolazione nel mercato interno*, in SIE, vol. 14, n. 1, 2019, p. 204 ss. Con riferimento alla sentenza *Pancharevo*, si rinvia anche al contributo di N. LAZZERINI in questo volume.

⁸ V. J. MEEUSEN, *Functional Recognition of Same-sex Parenthood for the Benefit of Mobile Union Citizens – Brief Comments on the CJEU's Pancharevo Judgment*, in *EAPIL Blog*, 3 February 2022; O. FERACI, *Il riconoscimento "funzionalmente orientato" dello status di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo: una lettura internazionalprivatistica della sentenza Pancharevo*, in *RDI*, vol. 105, n. 2, 2022, p. 571; G. ROSSOLILLO, *Art. 10 della risoluzione dell'Institut de droit international su Human Rights and Private International Law*, cit., p. 534; E. DI NAPOLI, G. BIAGIONI, O. FERACI, R. CALVIGIONI, P. PASQUALIS, *La circolazione dello status dei minori attraverso le "frontiere" d'Europa: intersezioni tra diritto dell'Unione e diritto internazionale privato alla luce della sentenza Pancharevo*, in *Papers di diritto europeo*, numero speciale 2023, p. 78. Di prospettiva "funzionalistica" della Corte di giustizia nel riconoscimento degli status familiari parla anche F. BUONOMENNA, *Riflessioni sull'evoluzione degli status familiari tra la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e quella della Corte di giustizia*, in A. DI STASI, L. S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia a vent'anni dal Consiglio Europeo di Tampere*, Napoli, 2020, p. 267 ss.

Tale metodo appare infatti circoscritto, quanto alla sua portata normativa, alle ipotesi in cui la sua applicazione sia necessaria a garantire il godimento di quei diritti⁹. Allo stesso tempo, se confrontato con la soluzione avanzata dall'*Institut de droit international*, il metodo del riconoscimento così affermato per le situazioni interne all'Unione appare più flessibile dal punto di vista delle condizioni necessarie, in quanto è sufficiente che la situazione di cui si chiede il riconoscimento sia stata *legalmente* acquisita in un diverso Stato membro. Resta salvo il rispetto dell'ordine pubblico e dell'identità nazionale dello Stato richiesto, di cui si dà però una lettura restrittiva.

Oltre questa giurisprudenza della Corte si pone la proposta di regolamento in materia di riconoscimento della filiazione¹⁰, che prevede il riconoscimento automatico delle decisioni (art. 24) e degli atti pubblici (art. 36) emanati in uno Stato membro, nella forma di un riconoscimento pieno, non funzionalmente orientato. Rimane fermo anche nella proposta di regolamento il necessario rispetto del limite dell'ordine pubblico del foro¹¹, che peraltro non può mai essere invocato per rifiutare un riconoscimento "alla *Pancharevo*", ossia funzionale ai soli diritti di circolazione¹².

⁹ Cfr. M. GRASSI, *Riconoscimento del rapporto di filiazione omogenitoriale e libertà di circolazione all'interno dell'Unione Europea*, in *RDIPP*, vol. 58, n. 3, 2022, p. 596 ss., che ricorda come, per dar seguito alle sentenze della Corte, gli Stati membri siano tenuti a riconoscere i rapporti familiari solo nella misura in cui la loro esistenza «rilevi quale questione pregiudiziale ai fini dell'applicazione di un diritto dell'Unione che trova la propria base giuridica nell'art. 21 TFUE». Sul fatto che i diritti scaturenti dall'art. 21 TFUE, tuttavia, non paiono esaurirsi nel mero diritto alla circolazione e al soggiorno, si rimanda ancora a I. MARCHIORO, *op. cit.*, p. 395 ss.

¹⁰ Proposta di regolamento del Consiglio, del 7 dicembre 2022, 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, COM (2022) 695final. Su tale proposta, si rimanda *inter alia* a L. VÁLKOVÁ, *The Commission Proposal for a Regulation on the Recognition of Parenthood and other Legislative Trends affecting Legal Parenthood*, in *RDIPP*, vol. 58, n. 4, 2022, p. 854 ss.; R. LEGENDRE, *À propos de la proposition de Règlement européen en matière de filiation*, in *Rev. crit. dr. int. privé*, n. 2, 2023, p. 495 ss.; M. C. BARUFFI, *La proposta di Regolamento UE sulla filiazione: un superamento dei diritti derivanti dalla libera circolazione*, in *Famiglia e diritto*, n. 6, 2023, p. 535 ss.; D. DANIELI, *La proposta di regolamento UE sul riconoscimento della filiazione tra Stati membri: alla ricerca di un equilibrio tra obiettivi di armonizzazione e divergenze nazionali*, in *SIDIBlog.it*, 23 febbraio 2023; L. CARPANETO, *Filiazione, circolazione degli status e diritto internazionale privato: la nuova proposta di regolamento UE e orizzonti di sviluppo*, in *Aldricus*, 9 gennaio 2023.

¹¹ V. art. 22 della proposta.

¹² V. art. 2(1) della proposta, che fa salvo «il limite alla possibilità di far valere la clausola dell'ordine pubblico a giustificazione del rifiuto di riconoscere la filiazione se, ai sensi del

Anche questo limite è però contornato da precisazioni e controllimiti che ne attenuano la portata¹³, tanto che si è parlato, in dottrina, di un ordine pubblico di matrice europea attenuato o rimodellato¹⁴. La proposta, infatti, sancisce a più riprese che le autorità che intendono invocare l'ordine pubblico devono agire nel rispetto dei diritti fondamentali e dei principi riconosciuti dalla Carta, tra cui spicca in particolare il principio di non discriminazione¹⁵. L'eccezione dell'ordine pubblico va inoltre bilanciata con la tutela del superiore interesse del minore, il quale, diversamente da quanto avviene nella risoluzione dell'*Institut de droit international*, non è menzionato espressamente in alcun articolo della proposta, ma solo in sede di considerando¹⁶. Ciononostante, esso rappresenta il vero filo conduttore della proposta, che contiene molte previsioni specificamente dedicate ai minori e che è stata concepita dal legislatore europeo principalmente per la loro tutela, in quanto parte debole di qualunque rapporto¹⁷.

2. ...e le questioni aperte

Allo stato attuale, la mancata adozione del regolamento sulla filiazione, in uno con le scarse probabilità che esso venga adottato in un vicino futuro¹⁸, impone di provare a dare una risposta alle questioni che, a livello intraeuropeo, rimangono ancora aperte.

In tema di procreazione medicalmente assistita effettuata da una coppia

diritto dell'Unione sulla libera circolazione, gli Stati membri sono tenuti a riconoscere un documento che accerta il rapporto di filiazione rilasciato dalle autorità di un altro Stato membro ai fini dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione».

¹³ Cfr. F. PISTELLI, *Lo status di figlio nato da maternità surrogata oltre la dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino*, in *BioLaw Journal*, n. 1, 2023, p. 243 ss.

¹⁴ V. S. DE VIDO, *Il riconoscimento delle decisioni in materia di filiazione nella proposta di Regolamento del Consiglio del 2022: oltre Pancharevo verso un ordine pubblico "rafforzato" dell'Unione europea*, in *EJ*, n. 1, 2023, p. 50 ss. Sul punto v. anche C. CAMPIGLIO, *Della tirannia del best interest of the child. Nuove forme di genitorialità e ordine pubblico internazionale*, in *NGCC*, vol. 37, n. 6, 2021, p. 1419; N. CHIRICHALLO, *La libera circolazione delle persone e la (quasi) libera circolazione dello status di figlio*, in *NGCC*, vol. 38, n. 3, 2022, p. 545 ss.

¹⁵ Cfr. artt. 22(2), 31(2), 39(2) e 45(2) della proposta.

¹⁶ V. considerando n. 17 della proposta.

¹⁷ V. M. C. BARUFFI, *La proposta di Regolamento UE sulla filiazione*, cit., p. 541.

¹⁸ Sulla posizione critica espressa dalla Commissione politiche europee del Senato italiano rispetto alla proposta di regolamento cfr. G. BIAGIONI, *Malintesi e sottintesi rispetto alla proposta di regolamento UE in tema di filiazione*, in *SIDIBlog.it*, 3 aprile 2023.

dello stesso sesso, alla luce di *Pancharevo* gli obblighi che incombono sugli Stati membri sono stati chiariti. Non dovrebbero più esserci dubbi, infatti, sul necessario riconoscimento degli *status* acquisiti in un diverso Stato membro, quantomeno al fine di garantire il pieno dispiegarsi della libertà di circolazione, anche, peraltro, nell'ipotesi in cui il minore non abbia circolato in precedenza¹⁹.

Se il principio di diritto è chiaro, tuttavia, negli Stati membri particolarmente restii ad ammettere forme di riconoscimento delle famiglie cd. arcobaleno le conseguenze concrete di *Pancharevo* saranno oltremodo difficili da mettere in pratica. Le autorità statali, infatti, saranno obbligate a identificare e attuare nuove soluzioni – che passeranno necessariamente per un adeguamento delle regole sull'attività degli ufficiali di stato civile, sulla formazione degli atti di stato civile o, quantomeno, sulla formazione dei documenti di viaggio dei soggetti interessati – al fine di ottemperare alle indicazioni ricevute dalla Corte. Cosa che si sta già rivelando non agevole: le autorità bulgare, per esempio, continuano a rifiutare di adeguarsi alla pronuncia della Corte, adducendo come giustificazione che non è accertata la cittadinanza bulgara della bambina, in ragione del fatto che, come è noto, non è mai stato dichiarato chi, tra le due madri della minore, ne sia la madre biologica. E ciò avviene, cosa ancora più grave, con decisione della Corte suprema, senza che questa si senta in dovere di sollevare questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia²⁰.

Un'ipotesi di compromesso, che permetta di dare seguito alle indicazioni della Corte senza incidere in modo eccessivo sugli ordinamenti statali, potrebbe essere quella, suggerita in dottrina e in una certa misura abbracciata anche dalla Polonia²¹, di «ideare un certificato europeo, una sorta di carta d'identità, che garantisca i diritti fondamentali dei minori sanciti dalla Carta dell'Unione europea e quindi serva ad accertare il loro status al solo fine di esercitare i diritti spettanti in forza del diritto

¹⁹ Cfr. M. C. BARUFFI, *Il riconoscimento della filiazione tra persone dello stesso sesso e la libera circolazione delle persone nell'Unione Europea*, in *Famiglia e diritto*, n. 12, 2022, p. 1100.

²⁰ V. www.ilga-europe.org/news/bulgarias-supreme-court-rejects-baby-saras-bulgarian-citizenship/ (consultato a febbraio 2024). Per il testo della decisione, in lingua bulgara, si rinvia a www.info-adc.justice.bg/courts/portal/edis.nsf/e_act.xsp?id=2060937&code=-vas&guid=1443879393.

²¹ V. M. C. BARUFFI, *Il riconoscimento della filiazione tra persone dello stesso sesso*, cit., p. 1103. La Polonia è stata destinataria di una decisione analoga a *Pancharevo*, ossia Corte giust. ord. 24 giugno 2022, C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich*.

to derivato dell'UE sulla libera circolazione quando si tratta di cittadini dell'Unione»²².

Può sembrare che il nostro Paese sia più avanzato nel far spazio al riconoscimento richiesto dalla Corte in *Pancharevo*, se si guarda alle soluzioni da tempo affermatesi nel diritto vivente. La giurisprudenza della Corte di cassazione, infatti, ammette ormai da alcuni anni il riconoscimento pieno (e non solo funzionalmente orientato) di un atto di nascita straniero in favore di due madri, compresa la madre intenzionale che non abbia un legame biologico con il figlio²³.

Per giurisprudenza costante, tuttavia, lo stesso non si può dire rispetto al riconoscimento del provvedimento straniero che inserisce il genitore intenzionale e non biologico nell'atto di nascita del figlio, laddove questo sia nato attraverso la tecnica della maternità surrogata praticata all'estero²⁴.

²² M. C. BARUFFI, *Cittadinanza dell'Unione e maternità surrogata nella prospettiva del mercato interno alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in F. PESCE (a cura di), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Napoli, 2022, p. 33 ss.

²³ Si vedano, *ex multis*, O. FERACI, *Il riconoscimento "funzionalmente orientato"*, cit., p. 577 ss.; E. DI NAPOLI, G. BIAGIONI, O. FERACI, R. CALVIGIONI, P. PASQUALIS, *op. cit.*, p. 76; C. CAMPIGLIO, *Della tirannia del best interest of the child*, cit., p. 1420 ss. In particolare, il principio per cui il limite dell'ordine pubblico non osta al riconoscimento della filiazione in favore di due madri che abbiano concepito un figlio tramite inseminazione artificiale all'estero, ivi inclusa la madre non biologica, è stato sancito con la sentenza Cass. 30 settembre 2016, n. 19599 (commentata *ex multis* in O. FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio "nato da due madri" all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di cassazione n. 19599/2016*, in *RDI*, vol. 100, n. 1, 2017, p. 169 ss.; M. C. BARUFFI, *Co-genitorialità "same sex" e minori nati con maternità surrogata*, in *Famiglia e diritto*, n. 7, 2017, p. 674 ss.; C. HONORATI, *Maternità surrogata, status familiari e ruolo del diritto internazionale privato*, cit., p. 140 ss.), con principi poi ripresi dalle successive sentenze Cass. 15 giugno 2017, n. 14878 e Cass. 23 agosto 2021, n. 23319. Sui profili processuali rilevanti in caso di rifiuto dell'ufficiale di stato civile di procedere alla trascrizione dell'atto si rinvia a C. CAMPIGLIO, *Il procedimento di riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di stato civile*, in *RDI*, vol. 102, n. 4, 2019, p. 1132 ss. Per un'analisi della giurisprudenza italiana di merito inerente alle trascrizioni di certificati di nascita redatti all'estero, cfr. S. TONOLO, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore*, in *RDIPP*, vol. 50, n. 1, 2014, p. 81 ss.; e ancora S. TONOLO, *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *RDI*, vol. 100, n. 4, 2017, p. 1082 ss.

²⁴ V. Corte cost. sent. 9 marzo 2021, n. 33, commentata tra gli altri da N. BALDANZI, *Nuovi sviluppi in tema di maternità surrogata e diritto del minore ad avere una famiglia: la sentenza n. 33/2021 della Corte Costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2021; E. LAMARQUE, G. MINGARDO, *Gestazione per altri e best interests of the child. La prospettiva della Corte Costituzionale italiana*, in F. PESCE (a cura di), *op. cit.*, p. 123 ss. La sentenza conferma quanto

Questo, peraltro, crea un'evidente disparità di trattamento tra coppie omosessuali femminili, che possono ricorrere a una fecondazione eterologa all'estero e poi vedere riconosciuto in modo pieno il loro rapporto di filiazione, e coppie omosessuali maschili²⁵, che sono giocoforza costrette a ricorrere alla gestazione per altri, dando così vita a un legame familiare – quello tra il figlio e il padre d'intenzione – che non avrà *nessun* riconoscimento. Con la conseguenza ulteriore che le famiglie fondate su una coppia di madri potranno circolare e soggiornare liberamente in Italia, mentre quelle fondate su una coppia di padri che hanno legittimamente fatto ricorso alla gestazione per altri in uno Stato membro che la prevede soffriranno di tutti gli ostacoli posti dal mancato riconoscimento della filiazione. Tale disparità, là dove si potesse affermare che anche il riconoscimento della filiazione derivante da maternità surrogata è imposto, almeno nella forma del riconoscimento funzionalmente orientato (e su questo punto si tornerà più avanti), non si giustificerebbe alla luce dei principi generali dell'Unione e delle regole della Carta.

Uscendo dal perimetro di azione tratteggiato dalla Corte di giustizia nella giurisprudenza citata, rimane poi certamente esclusa la formazione, all'interno dell'ordinamento italiano, di un atto di nascita che indichi come

già affermato a Sezioni Unite da Cass. 8 maggio 2019, n. 12193, che aveva considerato come trascrivibile unicamente la genitorialità del genitore biologico, e non di quello d'intenzione, che dovrebbe quindi fare ricorso all'adozione in casi particolari. Su quest'ultima decisione, si rimanda *inter alia* a M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, in *Famiglia e diritto*, n. 7, 2019, p. 667 ss.; G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in *Famiglia e diritto*, n. 7, 2019, p. 677 ss.; M. C. BARUFFI, *Gli effetti della maternità surrogata al vaglio della Corte di cassazione italiana e di altre Corti*, in *RDIPP*, vol. 56, n. 2, 2020, p. 299 ss.; G. LUCCIOLI, *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, in *GenIUS*, n. 1, 2021, p. 152 ss.; R. CALVIGIONI, *La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero ed il ruolo dell'ufficiale di stato civile*, in F. PESCE (a cura di), *op. cit.*, p. 37 ss., il quale tra l'altro evidenzia (p. 42) che alla luce di questa giurisprudenza sembra che, in caso di genitori dello stesso sesso, l'ufficiale di stato civile debba indagare sul legame genetico e biologico tra i genitori richiedenti e il figlio, per verificare che non sussista maternità surrogata, ipotesi in contrasto con l'ordine pubblico, con il risultato che il detto ufficiale verrebbe onerato di nuovi compiti, che vanno oltre le competenze che gli sono assegnate dal regolamento dello stato civile; A. RENDA, *Maternità surrogata all'estero e status del nato: le Sezioni Unite confermano l'intrascrivibilità e ribadiscono la via dell'adozione in casi particolari*, in *GI*, vol. 175, n. 1, 2023, p. 46 ss.

²⁵ Cfr. M. DOGLIOTTI, *op. cit.*, p. 675; E. FALLETTI, "Di chi sono figlio? Dipende da dove mi trovo". *Riflessioni comparative su status, genitorialità e GPA*, in *Famiglia e diritto*, n. 7, 2020, p. 750.

genitori due persone dello stesso sesso²⁶. Come per l'Italia, altrettanto vale per quegli Stati membri le cui regole interne non contemplino il riconoscimento dell'omogenitorialità.

Con riferimento specifico al nostro Paese, la nota sentenza della Corte Costituzionale n. 230/2020²⁷, nel confermare la trascrivibilità del certificato estero che indichi come genitori due madri che hanno fatto ricorso alla procreazione medicalmente assistita, ha chiarito che non è possibile indicare la doppia maternità nel certificato di nascita di un minore nato in Italia, neppure nei confronti della madre non gestante con cui il bambino abbia un rapporto biologico. Ciò significa, quindi, che il minore nato all'estero da due madri potrà vedersi riconosciuto in Italia un rapporto di filiazione piena, anche laddove non abbia alcun legame biologico con una delle due. Viceversa, il minore nato in Italia non vedrà riconosciuto il proprio *status* di figlio, non solo nei confronti della madre d'intenzione, ma neppure nei confronti della madre che, seppur non gestante, abbia però dato il proprio apporto biologico, fornendo l'ovulo che è successivamente fecondato e impiantato nell'utero della gestante. In tal modo, anche nei confronti della madre di cui porta il patrimonio genetico, quel figlio potrà vedersi riconosciuto al più un legame di adozione in casi particolari *ex art.* 44, lett. *d*), l. n. 184/1983²⁸.

Ci si chiede quindi, in primo luogo, se sia immaginabile un ruolo per il diritto dell'Unione europea anche nel riconoscimento (per quanto funzionalmente limitato) del rapporto di filiazione avvenuta tramite gestazione per altri, ossia se i principi del caso *Pancharevo* possano essere ritenuti applicabili anche ad un legame familiare derivante da maternità surrogata. Secondariamente, questo scritto si interroga sul possibile rilievo che il diritto dell'Unione europea può avere in relazione ad un procedimento – come quello di formazione o rettifica di un atto di nascita di minore nato in Italia – che, oltre a ricadere nella sfera di naturale ed esclusiva competenza delle

²⁶ Con riferimento all'Italia, v. art. 29, d.p.r. 396/00, e art. 8, l. 40/04.

²⁷ A commento di questa decisione, cfr. tra gli altri M. PICCHI, "Figli di un dio minore": quando lo status filiationis dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte Costituzionale), in *Forum di QC*, n. 1, 2021, p. 1 ss.; S. FLORE, Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte Costituzionale, in *federalismi.it*, n. 24, 2021, p. 38 ss.

²⁸ Sul punto v. M. PICCHI, *Il riconoscimento dei certificati di nascita stranieri in caso di filiazione omogenitoriale. Riflessioni su una necessaria quanto complessa disciplina, a partire dalla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2022, p. 168.

autorità interne, sembra a prima vista riferirsi ad una situazione anch'essa puramente interna.

3. *Il riconoscimento della genitorialità derivante da gestazione per altri dopo Pancharevo*

Il tema del riconoscimento di un atto di nascita avvenuta tramite gestazione per altri – il quale, evidentemente, può interessare tanto coppie omosessuali, quanto coppie eterosessuali – e del possibile ruolo del diritto dell'Unione europea può apparire poco rilevante dal punto di vista statistico, atteso che la maggior parte degli Stati membri vieta la maternità surrogata²⁹. Rimane che tale pratica è lecita in alcuni Stati, tra cui la Grecia³⁰ e Cipro³¹, ed è ammessa *de facto*, in assenza di una disciplina legislativa o di un divieto specifico, in altri, come la Repubblica Ceca, il Belgio³² e i Paesi Bassi³³, mentre in altri Stati ancora l'adozione di un *corpus* normativo chiamato a regolare la maternità surrogata sembra imminente³⁴: pertanto, tale questione non può essere tralasciata.

²⁹ Per una breve panoramica sulla regolamentazione della gestazione per altri nei diversi Stati europei e del mondo, si rinvia a R. BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello "status filii" in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in DUDI, n. 2, 2016, p. 312 ss. Per una disamina del trattamento penalistico della maternità surrogata nei principali Paesi democratici dell'Europa e del Nord America, si rinvia a V. TIGANO, *La surrogazione di maternità in prospettiva comparata: scelte di politica criminale e modelli regolamentativi di alcuni dei principali ordinamenti europei e nordamericani*, in GenIUS, 1° febbraio 2024.

³⁰ Cfr. F. G'SELL, *La légalisation de la maternité pour autrui à l'étranger: exemples de droit comparé*, in *Droit, Science et Technologies*, n. 7, 2017, p. 93 ss.

³¹ V. il documento redatto in seno al Consiglio d'Europa, del 30 novembre 2021, dal titolo *Maternité de substitution. Addendum aux réponses au questionnaire sur l'accès à la procréation médicalement assistée (PMA) et sur le droit à la connaissance de ses origines pour les enfants nés après PMA* (DH-BIO/INF (2016) 4 Addendum), reperibile al link www.rm.coe.int/inf-2022-13-addendum-f-/1680ae84a3 (consultato a febbraio 2024).

³² V. G. SCHAMPS, J. SOSSON (sous la direction da), *La gestation pour autrui vers un encadrement?*, Bruxelles, 2013. In Belgio, i criteri di accesso alla gestazione per altri, in assenza di una disciplina normativa, sono rimessi alle scelte delle singole cliniche che praticano forme di fecondazione assistita, alcune delle quali ammettono anche coppie omosessuali: v. *Maternité de substitution*, documento sopra citato, p. 24.

³³ Cfr. il documento *Note sur la gestation pour autrui*, redatto nell'ottobre 2023 dalla *Direction de l'initiative parlementaire et des délégations* del senato francese (www.senat.fr/lc/lc327/lc327.pdf).

³⁴ In Irlanda, esiste una proposta legislativa che è ormai ad uno stadio avanzato (v. www.

Laddove la gestazione per altri avvenga in uno Stato terzo, invece, si tratterebbe di una situazione non rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, e dunque puramente interna allo Stato membro cui è richiesto il riconoscimento³⁵. Anche in questo caso, tuttavia, la situazione è più sfaccettata di quanto potrebbe apparire ad un primo sguardo. Infatti, ben potrebbe darsi il caso in cui la nascita tramite maternità surrogata, avvenuta in uno Stato terzo, venga poi riconosciuta in uno Stato membro dell'Unione, e ne venga in seguito richiesto il riconoscimento in un diverso Stato membro³⁶. Questo *iter* porrebbe, dal punto vista sostanziale, i medesimi problemi di una nascita avvenuta in uno Stato membro e registrata nei confronti di entrambi i genitori committenti: darebbe luogo, cioè, all'accertamento di uno *status* all'interno di un paese dell'Unione, la cui continuità intraeuropea dovrebbe, nel miglior interesse del minore, venire in qualche modo salvaguardata³⁷.

In ogni caso, se si guarda agli interessi in gioco, essa si dimostra questione di primaria importanza, poiché attiene alla necessità di impedire la

irishtimes.com/politics/2023/12/12/ministers-approve-plans-to-recognise-international-surrogacy-for-first-time/). In Portogallo, invece, sono stati fatti dei tentativi di regolamentazione, ma i decreti adottati dal Parlamento in questa materia sono stati annullati in due diverse occasioni dalla Corte costituzionale portoghese: v. *Maternité de substitution*, documento sopra citato, p. 7.

³⁵ V. E. DI NAPOLI, G. BIAGIONI, O. FERACI, R. CALVIGIONI, P. PASQUALIS, *op. cit.*, p. 81.

³⁶ Nei Paesi Bassi, per esempio, è stato riconosciuto un certificato di nascita estero indicante due padri d'intenzione, a seguito della verifica che la procedura di maternità surrogata si fosse svolta regolarmente, secondo le procedure previste nel Paese di origine, e sulla scorta del fatto che quel certificato era già stato riconosciuto in un altro Paese membro dell'Unione (la Spagna): v. Corte di Amsterdam, decisione del 12 febbraio 2020.

³⁷ Si noti che questa possibilità astratta rappresenta anche uno dei nodi più critici della proposta di regolamento sulla filiazione. Ai sensi dell'art. 3(3), della proposta, infatti, il regolamento non si applica al riconoscimento delle decisioni e degli atti pubblici provenienti da Stati terzi, rispetto ai quali continuerebbe a trovare applicazione il diritto nazionale. Tuttavia, ciò non impedisce che il riconoscimento, all'interno di uno Stato membro, di un certificato di nascita formato in uno Stato terzo e relativo ad una nascita avvenuta tramite maternità surrogata renda quel certificato liberamente circolante all'interno dell'Unione: v. M. C. BARUFFI, *La proposta di Regolamento UE sulla filiazione*, cit., p. 548; S. DE VIDO, *op. cit.*, p. 48 ss. Sulle differenze tra le legislazioni nazionali in materia di maternità surrogata, che potrebbero determinare il ricorso a un *forum shopping* tra ordinamenti, e per questo tramite ad un mercato dei servizi sanitari, v. M. C. BARUFFI, *Cittadinanza dell'Unione e maternità surrogata*, cit., p. 20 ss. Più in generale, sull'autonomia dell'individuo che si realizza quando la scelta di circolare è guidata proprio dall'individuazione di un diverso (e più favorevole) regime giuridico applicabile ai propri rapporti personali, cfr. B. CORTESE, *op. cit.*, p. 313 e p. 327.

creazione di *status* di “indegnità” di persone la cui dignità e il cui superiore interesse vanno tutelati, anche in quanto essa si esprima nella relazione con i propri genitori. E proprio per questo motivo, anche a livello di società civile organizzata transnazionale, sta emergendo una riflessione circa l’esigenza di proteggere quei bambini a prescindere dal disvalore che un singolo ordinamento possa collegare alla pratica della gestazione per altri³⁸, con possibili ricadute anche a livello di diritto internazionale dei diritti umani³⁹.

La domanda che ci si deve porre, dunque, è se i principi sanciti nella sentenza *Pancharevo* possano ritenersi senz’altro applicabili ad una filiazione avvenuta tramite maternità surrogata o se debbono ritenersi implicitamente limitati a situazioni diverse. A tal proposito, va segnalato come in dottrina vi siano posizioni che propendono per un’interpretazione restrittiva della portata del principio di diritto enunciato dalla Corte. Le argomentazioni che si avanzano in tal senso sono fondate sulla diversità delle tecniche di procreazione medicalmente assistita potenzialmente rilevanti e sull’osservazione secondo cui, in relazione alla maternità surrogata, l’esigenza di tutelare i valori che esprimono l’identità dell’ordinamento interno potrebbe «essere elevata a legittima causa di restrizione delle libertà di circolazione stabilite dal diritto dell’Unione nella forma di ragione imperativa di interesse generale»⁴⁰.

In effetti, è indubbio che la gestazione per altri ponga con più forza, rispetto a una “semplice” inseminazione artificiale, il tema della possibile

³⁸ Si segnala infatti che la ONG International Social Service (ISS), il 21 marzo 2021, ha pubblicato un documento dal titolo *Principles for the Protection of the Rights of the Child Born through Surrogacy (Verona Principles)*, (reperibile all’indirizzo [VeronaPrinciples_25February2021.pdf](https://www.bettercarenetwork.org/VeronaPrinciples_25February2021.pdf) bettercarenetwork.org), consultato nel febbraio 2024, redatto da un gruppo di esperti in diritto internazionale e diritti umani, che ha lo scopo di proporre degli standard condivisi tra gli Stati per la protezione dei bambini nati tramite maternità surrogata. Il documento è idealmente suddivisibile in cinque gruppi di disposizioni, relativi a: (i) diritti del bambino nato tramite maternità surrogata; (ii) azioni che gli Stati dovrebbero intraprendere per regolare la fase pregestazionale (con riferimento, per esempio, alla validità del contratto di surrogazione o alla validità del consenso prestato dai soggetti coinvolti nella nascita); (iii) azioni che gli Stati dovrebbero intraprendere per regolare la fase successiva alla nascita (con riferimento, per esempio, all’introduzione di un quadro normativo per il riconoscimento di questo tipo di filiazioni, all’obbligo di registrazione del minore appena dopo la nascita, e così via); (iv) azioni relative alla prevenzione di reati come lo sfruttamento o la tratta di persone; (v) obblighi di cooperazione e informazione reciproca tra gli Stati.

³⁹ L’autorevolezza dei *Verona Principles* è infatti testimoniata dalla dichiarazione formale di sostegno all’iniziativa rilasciata dal Comitato ONU sui diritti dell’infanzia e riportata nella parte introduttiva del documento.

⁴⁰ Cit. E. DI NAPOLI, G. BIAGIONI, O. FERACI, R. CALVIGIONI, P. PASQUALIS, *op. cit.*, p. 80.

violazione dell'ordine pubblico⁴¹, come ha ricordato la Corte Costituzionale nella sentenza n. 33/2021⁴², e come hanno di recente ribadito anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la decisione n. 38162/2022⁴³. Cosicché la posizione ormai consolidatasi nel diritto vivente italiano si può esprimere nel senso che, in ipotesi di gestazione per altri, il miglior interesse del bambino possa essere efficacemente garantito tramite un'adozione in casi particolari, non rendendosi quindi necessario il riconoscimento dell'atto di nascita straniero, il quale contrasti in modo insuperabile con l'ordine pubblico dello Stato del foro⁴⁴. Una posizione siffatta si pone, del resto, all'interno di quel margine di discrezionalità che anche la Corte europea dei diritti dell'uomo riconosce in materia: se è vero che, secondo la Corte, gli Stati devono prevedere la possibilità di riconoscere il legame di filiazione di un minore nato all'estero tramite maternità surrogata con il genitore committente, è però altrettanto vero che quegli Stati restano liberi di optare per l'iscrizione nei registri di stato civile ovvero di pervenire a quel risultato tramite un'adozione⁴⁵.

⁴¹ Tanto che, in Italia, tale tecnica è assolutamente vietata, e sanzionata con pena sia pecuniaria che detentiva *ex art.* 12, comma 6, l. 40/2004.

⁴² Cit. punto 5.1 del considerato in diritto, ove si legge che la pratica della maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane». In aggiunta ai contributi citati in precedenza, si segnalano a commento di questa decisione e della gemella Corte Cost. sent. 9 marzo 2021, n. 32 (che si è pronunciata con riferimento ai limiti intrinseci dell'adozione in casi particolari) anche i lavori di G. D'AMICO, M. FORTINO, F. POGGI, S. TONOLO, A. ZANOTTI, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 3, 2021, p. 623 ss., oltre che S. TONOLO, *La Corte Costituzionale e la genitorialità delle coppie dello stesso sesso tra trascrizione degli atti di nascita esteri e soluzioni alternative*, in *CG*, nn. 8-9, 2021, p. 1043 ss.; M. CALDIRONI, *The circulation of the Child's Legal Status in Italy: Open Issues*, in *Papers di diritto europeo*, 2023, p. 15 ss.

⁴³ V. G. BAZZONI, *La nuova pronuncia delle Sezioni Unite sulla maternità surrogata*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2023; R. CALVIGIONI, *Le Sezioni Unite della Cassazione e la maternità surrogata, tra aperture, chiusure e conferme*, in *I Servizi Demografici*, n. 3, 2023, p. 26 ss.; F. FERRARI, «La giurisprudenza non è fonte del diritto». Nota a *SS.UU. n. 38162 del 2022 in tema di maternità surrogata, ordine pubblico e preminente interesse del minore, in federalismi.it*, n. 6, 2023, p. 98 ss.

⁴⁴ Sul punto, v. le considerazioni critiche di S. TONOLO, *Status filiationis da maternità surrogata e adozione da parte del genitore "intenzionale": i limiti nella formula dell'adattamento*, in *RDI*, vol. 102, n. 4, 2019, p. 1151 ss.

⁴⁵ Con riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in questa materia si rimanda *ex multis* a S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *DUDI*, n. 1, 2015, p. 202 ss.; A. DI BLASE, *Riconoscimento della filiazione da procreazione medicalmente assistita: problemi di diritto internazionale privato*, in *RDIPP*, vol. 54, n. 4, 2018,

Allo stesso tempo, tuttavia, giova ricordare che la sentenza *Pancharevo* opera una scissione documentale, in quanto obbliga lo Stato richiesto del riconoscimento al rilascio di un documento di viaggio che permetta la circolazione del minore, senza necessità, tuttavia, che l'atto di nascita riporti l'indicazione delle due madri ovvero dei due padri. Questa scissione estrinseca la portata del riconoscimento funzionalmente orientato (e limitato) di cui si è detto prima, che non comporta, appunto, il pieno dispiegarsi degli effetti civilistici di un riconoscimento per così dire ordinario. Il rilascio di un mero documento di viaggio, in sostanza, non accerta la relazione familiare sottostante⁴⁶, e tale riconoscimento ad effetti limitati potrebbe far propendere per un'indifferenza, dal punto di vista della Corte, rispetto alle tecniche procreative utilizzate per giungere alla nascita del figlio.

Ora, nonostante tutto, sembra a chi scrive preferibile non leggere, nella sentenza *Pancharevo*, un limite che in essa non trova in effetti alcuno spazio. In tal senso si deve anzitutto osservare che né quella sentenza, né la successiva sentenza *Rzecznik Praw Obywatelskich*⁴⁷, danno alcun rilievo al tipo di tecnica utilizzata per la fecondazione. L'*incipit* della decisione *Pancharevo* esaurisce le informazioni biografiche relative alla bambina con un secco riferimento alla sua nascita da due madri («Nel dicembre 2019, V.M.A. e

p. 847 ss.; M. GERVAZI, *The European Court of Human Rights and Technological Development: the Issue of the Continuity of the Family Status Established Abroad through Recourse to Surrogate Motherhood*, in *DUDI*, n. 2, 2018, p. 213 ss.; G. ROSSOLILLO, *Art. 10 della risoluzione dell'Institut de droit international su Human Rights and Private International Law*, cit., p. 535 ss.; O. FERACI, *Art. 14 della risoluzione dell'Institut de droit international su Human Rights and Private International Law*, cit., p. 600 ss.; M. PICCHI, *Il riconoscimento dei certificati di nascita stranieri in caso di filiazione omogenitoriale*, cit., p. 163; R. BARATTA, *op. cit.*, p. 317 ss.; F. PESCE, *Gestazione per altri e discrezionalità nazionale "depotenziata" nella prospettiva della Cedu*, in F. PESCE (a cura di), *op. cit.*, p. 155 ss. Con riferimento specifico al parere della Corte europea dei diritti dell'uomo ex Protocollo n. 16 allegato alla CEDU del 10 aprile 2019, che ha ribadito gli argomenti sopra riportati, v. I. ANRÒ, *Il primo parere reso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi del Protocollo n. 16 alla CEDU: il nuovo strumento alla prova del dialogo tra giudici sul delicato tema della maternità surrogata*, in *SIDIBlog.it*, 6 maggio 2019; A. DI BLASE, *Il riconoscimento della genitorialità a favore del genitore non biologico nel parere della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 aprile 2019*, in *SIDIBlog.it*, 16 maggio 2019; L. RICCARDI, *Il primo parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo tra maternità surrogata e genitorialità "intenzionale": il possibile impatto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *FSJ*, n. 2, 2019, p. 160 ss.; L. POLI, *Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri*, in *DUDI*, n. 1, 2019, p. 418 ss.

⁴⁶ Cfr. O. FERACI, *Il riconoscimento "funzionalmente orientato"*, cit., p. 570.

⁴⁷ V. *Rzecznik Praw Obywatelskich*, sopra citata.

K.D.K. hanno avuto una figlia, S.D.K.A.»⁴⁸) con cui ora convive, e nulla ci dice circa le circostanze che hanno condotto a quella nascita. E non si tratta di un caso, in una situazione in cui uno degli elementi controversi era proprio il rifiuto, da parte delle due madri della minore, di dichiarare alle autorità bulgare quale delle due donne fosse la madre biologica.

L'irrilevanza delle circostanze del concepimento della minore emerge anche nella parte della decisione dedicata all'indagine sulla possibile violazione dell'ordine pubblico e dell'identità nazionale dello Stato richiesto del riconoscimento⁴⁹. Nel ricordare che la nozione di ordine pubblico, laddove invocata per giustificare una deroga ad una delle libertà previste dai Trattati, va intesa in senso restrittivo, la Corte di giustizia nega che l'obbligo «di rilasciare una carta d'identità o un passaporto a un minore [...] nato in un altro Stato membro e il cui atto di nascita [...] designa come suoi genitori due persone dello stesso sesso, e [...] di riconoscere il rapporto di filiazione tra tale minore e ciascuna di queste due persone nell'ambito dell'esercizio, da parte del medesimo, dei suoi diritti»⁵⁰ di soggiorno e circolazione possa violare l'identità nazionale di uno Stato ovvero minacciarne l'ordine pubblico, in quanto lo Stato membro non viene con ciò obbligato ad introdurre nel proprio ordinamento l'omogenitorialità, né a riconoscere il rapporto di filiazione a fini diversi dai diritti di circolazione.

Ebbene, diversamente da quanto sostengono alcuni autori⁵¹, non pare che le *modalità* della nascita possano incidere sui due profili in relazione ai quali si costituisce l'obbligo di riconoscimento funzionalmente orientato, ossia sull'esistenza di un rapporto di filiazione costituitosi altrove, e sul connesso obbligo di rilascio di un documento di viaggio che, come il riconoscimento che ne è il presupposto, opera unicamente a garanzia dei diritti di

⁴⁸ Cit. punto 19 della decisione *Pancharevo*. Analogamente, la narrazione dell'ordinanza pronunciata nel caso *Rzecznik Praw Obywatelskich*, ai punti 15 e 16, fornisce unicamente le seguenti informazioni: «K.S., cittadina polacca, e S.V.D., cittadina irlandese, hanno contratto matrimonio in Irlanda nel 2018. Nel 2018 è nata in Spagna la loro figlia, S.R.S. – D. La nascita di quest'ultima è stata registrata dall'anagrafe spagnola in base ad una dichiarazione congiunta della madre della minore, K.S., e della sua coniuge, S.V.D. Tale atto di nascita designa K.S. e S.V.D., rispettivamente come “madre A” e “madre B”».

⁴⁹ V. *Pancharevo*, sopra citata, punto 53.

⁵⁰ *Pancharevo*, sopra citata, punto 56.

⁵¹ V. E. DI NAPOLI, G. BIAGIONI, O. FERACI, R. CALVIGIONI, P. PASQUALIS, *op. cit.*, p. 81, a parere dei quali «pare improbabile che il principio *Pancharevo* possa contribuire al superamento del disvalore insito nella gestazione per altri, equiparando, nell'ottica della libertà di circolazione e soggiorno di un cittadino europeo quest'ultima tecnica alla fecondazione eterologa».

circolazione e non implica invece il riconoscimento della relazione familiare sottostante ad altri fini. La valutazione della Corte, in sostanza, non guarda al possibile disvalore delle modalità della nascita del minore per lo Stato del foro, bensì all'incidenza delle conseguenze del riconoscimento all'interno di quell'ordinamento, per concludere che dette conseguenze non sono tali da violare ordine pubblico e identità nazionale di quello Stato. In tale prospettiva è allora normale che siano del tutto ininfluenti, nel ragionamento della Corte, le circostanze che hanno portato, in un altro Stato membro, alla formazione dell'atto di nascita o al suo iniziale riconoscimento, nel caso di un atto formato in uno Stato terzo.

Quest'indifferenza, d'altronde, non appare sorprendente, se si tiene a mente che è posta a fondamento anche della proposta di regolamento in materia di filiazione. Il regolamento proposto, infatti, si applicherebbe alla filiazione indipendentemente dal modo in cui il figlio è stato concepito o è nato⁵². Tant'è che l'estensione dell'ambito di applicazione *ratione materiae* a qualunque tipo di filiazione, indipendentemente da come sia stata generata, insieme con l'eccezionalità del ruolo dell'ordine pubblico⁵³, rappresenta proprio uno dei principali ostacoli all'approvazione dell'atto legislativo⁵⁴.

Alla luce di questi ragionamenti, quindi, mi sembra opportuno concludere che la giurisprudenza *Pancharevo* si può applicare anche a nascite avvenute tramite maternità surrogata.

4. *Quale ruolo per il diritto dell'Unione europea nella formazione o rettifica di atti interni?*

Il secondo ambito di indagine di questo scritto concerne la formazione e la rettifica di atti di nascita che indichino come genitori due persone dello stesso sesso.

⁵² Cfr. il considerando n. 21 della proposta, nonché la relazione della Commissione europea sulla proposta 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, *passim*.

⁵³ V. M. C. BARUFFI, *La proposta di Regolamento UE sulla filiazione*, cit., p. 537, dove si ricorda, opportunamente, che quel limite non è invocabile in via astratta, ma solo a seguito di un esame caso per caso.

⁵⁴ Si ricorda che la base giuridica prescelta, l'art. 81, par. 3, TFUE, richiede infatti l'unanimità in Consiglio, mentre diversi Stati membri, tra cui l'Italia, si sono già espressi in modo critico nei confronti della proposta: cfr. ancora G. BIAGIONI, *op. cit.*

È noto infatti che in Italia, nel corso dell'anno appena passato, le Prefetture, forti del richiamo alla sentenza n. 38162/2022 della Corte di Cassazione⁵⁵ e alla circolare n. 3/2023 del 19 gennaio 2023 del Ministero dell'Interno⁵⁶, che invitava all'osservanza del citato arresto delle Sezioni Unite, hanno dato indicazione ai sindaci dei Comuni di non provvedere più alla formazione di atti di nascita che indicassero, come genitori, due persone dello stesso sesso. Queste istruzioni governative, che hanno sollevato preoccupazione anche in seno al Parlamento europeo⁵⁷ per i rischi di discriminazione e violazione dei diritti fondamentali delle persone interessate, hanno fatto sì che nei luoghi in cui le amministrazioni locali, in assenza di un chiaro divieto promanante dallo Stato centrale, si erano dimostrate aperte a tali registrazioni, gli ufficiali di stato civile abbiano interrotto quelle attività.

Così, a Milano sono stati impugnati quattro atti di nati indicanti due genitori dello stesso sesso (una coppia omosessuale maschile e tre femminili) che erano stati formati successivamente all'emanazione della citata circolare ministeriale n. 3/2023⁵⁸. Il 6 febbraio di quest'anno, in parte confermando e in parte riformando in sede di reclamo la decisione adottata in primo grado del Tribunale di Milano nel giugno scorso, la Corte d'appello di Milano ha disposto la cancellazione della madre intenzionale dai certificati di nascita di tre neonati dopo che il Tribunale aveva già annullato un atto indicante due padri che avevano fatto ricorso alla maternità surrogata⁵⁹.

A Padova, tutto questo si è tradotto in qualcosa di ancora più dirompente: la Procura ha infatti richiesto l'annullamento retroattivo di ben trentatré

⁵⁵ Citata *supra*, par. 3.

⁵⁶ Reperibile a questo link: www.dait.interno.gov.it/servizi-demografici/circolari/circolare-dait-n3-del-19-gennaio-2023 (consultato a febbraio 2024).

⁵⁷ Cfr. risoluzione del Parlamento europeo, del 30 marzo 2023, sullo Stato di diritto 2022 – La situazione dello Stato di diritto nell'Unione europea (2022/2898(RSP)), in particolare il punto n. 10, ove si legge che il Parlamento europeo «condanna le istruzioni impartite dal governo italiano al comune di Milano di non registrare più i figli di coppie omogenitoriali; ritiene che questa decisione porterà inevitabilmente alla discriminazione non solo delle coppie dello stesso sesso, ma anche e soprattutto dei loro figli; ritiene che tale azione costituisca una violazione diretta dei diritti dei minori [...]; invita il governo italiano a revocare immediatamente la sua decisione». Sul diritto alla registrazione alla nascita come diritto fondamentale cfr. G. M. RUOTOLO, *Art. 12 della Risoluzione dell'Institut de droit international su Human Rights and Private International Law: il diritto alla registrazione alla nascita e alla documentazione dell'identità*, in *DUDI*, n. 2, 2022, p. 555 ss.

⁵⁸ www.milano.corriere.it/notizie/cronaca/23_giugno_23/tribunale-di-milano-trascrizioni-padri-mamme-f9b18bc-c9a4-4679-8617-e93bd8983xk.shtml

⁵⁹ www.ilpost.it/2024/02/06/trascrizione-anagrafe-coppie-omogenitoriali/.

atti di nascita, formati tra il 2017 e il 2023, che indicavano due donne come madri, con la conseguenza che un totale di trentasette minori, che vanno dai pochi mesi di vita fino ai sei anni di età, potrebbero venire improvvisamente spogliati – a livello giuridico – di una madre, quella non biologica, oltreché venire privati di parte del loro cognome, che verrebbe rettificato⁶⁰. Il primo di questi ricorsi è stato discusso in udienza lo scorso 14 novembre 2023 e in quella sede i legali delle famiglie hanno sollevato questione di legittimità costituzionale, cui la Procura ha aderito⁶¹; a inizio di marzo di quest'anno, tuttavia, i ricorsi sono stati dichiarati inammissibili⁶². Ad oggi, sono pendenti davanti alla Corte d'appello di Venezia i ricorsi sulle impugnazioni presentate dalla Procura di Padova contro le ordinanze di inammissibilità del Tribunale di primo grado⁶³.

Le questioni sollevate dalla circolare governativa, dalle successive pronunce milanesi e dalle procedure padovane sembrano giocare essenzialmente sul piano del diritto costituzionale interno. In prima battuta, è del tutto normale che sia così. Infatti, è dubbio perfino che, in questo ambito, si possano ritenere operanti le norme di diritto internazionale privato dello Stato del foro le quali, in presenza di elementi di estraneità nella fattispecie sottostante, ritenessero applicabile una legge straniera che ammetta la formazione dell'atto⁶⁴.

In una situazione di questo tipo, infatti, ben potrebbe dirsi – come è accaduto nella giurisprudenza italiana⁶⁵ – che le norme materiali nazionali

⁶⁰ www.ilsole24ore.com/art/padova-procura-impugna-33-atti-nascita-due-mamme-il-leggittimi-AEdbZRID?refresh_ce=1. Nel mese di gennaio 2024, la Procura ha impugnato un ulteriore atto di nascita, relativo a un minore nato nel settembre 2023: https://www.ansa.it/veneto/notizie/2024/01/09/mamme-gay-procura-padova-ricorre-ancora-su-certificato-nascita_eff6c257-1ee6-4128-9c19-206b7e4b3b2a.html.

⁶¹ www.open.online/2023/11/14/padova-processo-trascrizioni-famiglie-arcobaleno-consulta/.

⁶² www.mattinopadova.gelocal.it/regione/2024/03/05/news/mamme_arcobaleno_tribunale_padova_ricorso_inammissibile_procura_omosessuali_gay-14120977/.

⁶³ www.ilpost.it/2024/03/15/ministero-interno-ricorso-tribunale-padova-figli-coppie-omogenitoriali/.

⁶⁴ Questa situazione è regolata, in Italia, dall'art. 33, comma 1, della l. n. 218/1995, ai sensi del quale, come è noto, «Lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio o, se più favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino, al momento della nascita».

⁶⁵ Si veda, a tal proposito, Tribunale Pisa ord. 15 marzo 2018, che ha non ha ritenuto possibile, invocando norme di applicazione necessaria, la formazione di un atto di nascita che indicasse come genitori due madri che erano ricorse a fecondazione eterologa in Danimarca, le quali insistevano per l'applicazione della legge statunitense (legge di cittadinanza di una

che regolano la formazione di un atto di nascita, aventi per loro natura carattere pubblicistico, sono di applicazione necessaria, e in quanto tali non sono quindi suscettibili di cedere il passo alle regole di un diverso ordinamento. Quest'orientamento è stato criticato in quanto sembra presupporre il carattere generalizzato di applicazione necessaria di tutte le norme che regolano l'attività della pubblica amministrazione, tesi difficilmente sostenibile e comunque smentita dalla prassi⁶⁶; si è inoltre detto che la necessaria applicabilità sarebbe al più da attribuirsi alle norme relative alla sola formazione della struttura dell'atto, e non a quelle che individuano il suo contenuto⁶⁷. Al di là che tali norme siano o meno di applicazione necessaria, tuttavia, rimane il fatto che la possibile violazione dell'ordine pubblico, che può non riscontrarsi nel riconoscimento di atti stranieri (così avviene in Italia in ipotesi di procreazione medicalmente assistita senza ricorso alla gestazione per altri, come emerso dalla giurisprudenza sopra citata), si pone con maggiore forza laddove si tratti di dare diretta applicazione ad una legge straniera che richiederebbe la formazione *ab origine* di un atto contrastante con le norme del foro⁶⁸.

Se poi ci si sposta dalla prospettiva del diritto internazionale privato a quella della valutazione di tale prassi italiana alla luce del diritto dell'Unione, sembra anche qui, almeno a prima vista, che le questioni relative alla formazione e alla rettifica di atti di nascita di minori nati in Italia sfuggano ad un giudizio basato su parametri esterni al nostro ordinamento. Le situazioni in questione appaiono in effetti, dal punto di vista strutturale, puramente interne all'ordinamento italiano. Il profilo della formazione dell'atto, insomma, sembra privo in linea di principio degli addentellati ai diritti di circolazione e cittadinanza che permetterebbero di ancorarla al diritto dell'Unione europea. Tuttavia, la vicenda milanese e, ancor di più, quella padovana, offrono nella loro peculiarità degli spunti che inducono a immaginare possibili

delle due madri). Secondo il Tribunale, infatti, all'ufficiale dello stato civile non sarebbe in ogni caso consentito formare un atto di nascita in cui sono indicati due genitori stranieri. Per un commento sulla vicenda pisana – ivi incluso il rinvio di costituzionalità effettuato dal giudice di merito, ritenuto inammissibile dalla Corte Costituzionale – v. A. CANNONE, *Norme italiane in tema di fecondazione eterologa per coppie same-sex: norme di applicazione necessaria?*, in *RDI*, vol. 103, n. 2, 2020, p. 563 ss.

⁶⁶ Si veda C. HONORATI, *Il diritto al nome e all'identità personale*, in Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza (a cura di), *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, p. 201 ss.

⁶⁷ Cfr. A. SCHILLACI, *L'omogenitorialità a Palazzo della Consulta: osservazioni a prima lettura dell'ordinanza del Tribunale di Pisa del 15 marzo 2018*, in *articolo29*, 15 marzo 2018.

⁶⁸ Cfr. C. HONORATI, *Il diritto al nome e all'identità personale*, cit., p. 202.

ambiti di applicazione del diritto dell'Unione in tema di rettifica degli atti di nascita, al fine di salvaguardare taluni diritti dei soggetti coinvolti, diritti che verrebbero altrimenti compromessi. Tali spunti possono essere articolati secondo due direttrici.

5. *Prima direttrice: il diritto al mantenimento del nome*

In primo luogo, il diritto dell'Unione europea potrebbe venire in rilievo, a determinate condizioni, per bloccare la rettifica del nome coercitivamente imposta dalla pubblica autorità a seguito dell'eliminazione dell'indicazione della madre d'intenzione dall'atto di nascita del minore.

Come è noto, il nome, assieme alla cittadinanza e all'indicazione dei genitori, funge da elemento essenziale nella formazione dell'identità del minore⁶⁹. La stessa Convenzione Onu sui diritti del fanciullo ricorda, all'art. 8, che «Gli Stati parti si impegnano a rispettare il diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali»⁷⁰. In ambito regionale, poi, l'identità personale e i suoi elementi costitutivi, quali appaiono il nome e le relazioni familiari, sono tutelati dall'art. 8 CEDU. Una rettifica del nome del minore incide, quindi, sulla continuità temporale della sua stessa identità⁷¹. L'esistenza di un *consensus* in materia si esprime anche in autorevoli atti di codificazione, seppur non formalmente vincolanti: l'art. 11 della risoluzione dell'*Institut de droit international* su *Human Rights and Private International Law*, in connessione con il già citato art. 10 di quella stessa risoluzione, esplicita il legame del nome con l'identità personale e ne prevede il riconoscimento, insieme allo *status* personale su cui quel nome è costruito, in Stati diversi da quello in cui si è formato⁷².

⁶⁹ C. HONORATI, *Il diritto al nome e all'identità personale*, cit., p. 183.

⁷⁰ In tema, si veda anche l'art. 7 della Convenzione sui diritti del fanciullo, secondo la quale «Il fanciullo è registrato immediatamente al momento della sua nascita e da allora ha diritto a un nome».

⁷¹ Come ricorda S. MARINO, *L'identità personale alla prova delle libertà di circolazione*, in *EJ*, n. 4, 2020, p. 187, «Se il cognome è simbolo dell'appartenenza a una determinata famiglia, il rifiuto di riconoscimento dello *status* è idoneo a travolgere logicamente anche l'identità personale, con possibili ulteriori gravi ripercussioni per il minore».

⁷² Secondo quella previsione, «A person's name forms part of that person's identity which is protected by the right to private life, irrespective of the rules on conflict of laws in a given State. A person's name registered with a State according to the applicable domestic law must be recognized in another State without regard to its conflict of laws rules unless

In chiave di diritto dell'Unione, tutto ciò si esprime, oltre che in una necessaria ripresa di quelle garanzie a titolo di principi generali dell'ordinamento, nella dimensione della cittadinanza dell'Unione e nei limiti che essa impone agli Stati membri nel momento in cui essi regolano, in concreto, il nome di un cittadino. Se, dunque, venendo alle misure italiane in questione, uno dei minori (o delle minori) interessato avesse la cittadinanza di un altro Stato membro, o una doppia cittadinanza come nel caso *Garcia Avello*⁷³, o se comunque, tra la formazione dell'atto di nascita e la sua impugnazione, il minore avesse risieduto in un diverso Stato membro, e fosse stato lì conosciuto e registrato con quel nome, analogamente al caso *Grunkin e Paul*⁷⁴, la situazione potrebbe diventare rilevante anche dal punto di vista del diritto dell'Unione europea. Si potrebbe, in sostanza, pensare di sfruttare la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di circolazione del nome⁷⁵ per affermare che il nome originariamente attribuito non può essere rettificato, se è stato "cristallizzato" dal rilievo della cittadinanza dell'Unione o dalla circolazione intraeuropea. La giurisprudenza della Corte che ha imposto il riconoscimento del nome attribuito da uno Stato membro anche nel diverso Stato di circolazione o di soggiorno potrebbe, in sostanza, essere usata in senso inverso, per sostenere che la rettifica del nome nel paese di origine potrebbe rappresentare un ostacolo di fatto alla circolazione futura di quel soggetto, in quanto tale rettifica farebbe venire meno l'unicità, a livello europeo, dell'identità di quel soggetto.

Né, a parere di chi scrive, si potrebbero opporre ragioni di ordine pubblico ovvero di rispetto dell'identità nazionale dello Stato d'origine, che intenda rettificare il nome: la giurisprudenza della Corte in materia di circolazione del nome, infatti, finora ha dato rilievo a tali profili solo nell'ipotesi in cui fosse il nome stesso, in virtù di suoi elementi intrinseci, a violare principi fondamentali dello Stato, come in *Sayn Wittgenstein*⁷⁶ e in *Runevič*

that name is manifestly incompatible with the international public policy of that other State, taking into account Article 8»: su questo articolo, cfr. G. ROSSOLILLO, *Art. 11 della risoluzione dell'Institut de droit international su Human Rights and Private International Law: riconoscimento del nome e tutela dell'identità personale*, in *DUDI*, n. 3, 2022, p. 543 ss.

⁷³ Corte giust. 2 ottobre 2003, C-148/02.

⁷⁴ Corte giust. 14 ottobre 2008, C-353/06.

⁷⁵ Vedi ancora *Garcia Avello* e *Grunkin e Paul*, sopra citate, oltre a Corte giust. 8 giugno 2017, C-541/15, *Freitag*. Su queste decisioni, cfr. G. ROSSOLILLO, *Art. 11*, cit., p. 549 ss.

⁷⁶ Corte giust. 22 dicembre 2010, C-208/09. Il rifiuto delle autorità austriache a riconoscere il nome della ricorrente era qui dovuto al divieto di far uso di cognomi nobiliari sancito dalla Costituzione austriaca in conformità al principio di uguaglianza.

*Vardyn*⁷⁷. Del resto, anche rispetto all'impatto di una tale conclusione sulle scelte dello Stato di origine in materia di diritto di famiglia, il ragionamento sarebbe analogo a quello svolto in precedenza: poiché il mantenimento del proprio nome nei documenti identificativi non incide sull'accertamento della relazione familiare sottostante, in relazione a profili diversi da quelli connessi con l'esercizio dei diritti del cittadino UE, nemmeno per tali profili dovrebbe potersi configurare una violazione dell'ordine pubblico e dell'identità nazionale dello Stato.

6. *Seconda direttrice: il mantenimento della cittadinanza e dei legami familiari*

In secondo luogo, la modifica del proprio atto di nascita e, con questo, dei propri legami familiari, potrebbe venire in rilievo come elemento di applicazione dei principi di diritto UE ogniqualvolta una delle due madri sia cittadina di uno Stato terzo e l'altra, invece, cittadina dell'Unione.

Si pensi, innanzitutto, alla situazione di un minore, figlio di una madre biologica cittadina di uno Stato terzo e di una madre d'intenzione cittadina europea. Ebbene, la rimozione della madre d'intenzione dall'atto di nascita di quel minore comporterebbe, evidentemente, la perdita della cittadinanza europea. Ora, se l'attribuzione e la revoca della cittadinanza nazionale rimangono nella sfera di competenza degli Stati membri, è ben nota la giurisprudenza della Corte di giustizia che, a partire da *Rottmann*⁷⁸, ha stabilito che una decisione di revoca della cittadinanza nazionale che ponga un soggetto nella condizione di perdere lo *status* di cittadino europeo e dei diritti a questo correlati «ricade, per sua natura e per le conseguenze che produce, nella sfera del diritto dell'Unione»⁷⁹. In questo caso, pur non trattandosi di una revoca in senso stretto, si deve ammettere che la caducazione retroattiva

⁷⁷ Corte giust. 12 maggio 2011, C-391/09. In questo caso, il riconoscimento del nome si scontrava con il rifiuto, da parte delle autorità lituane, di modificare il nome del ricorrente secondo la grafia originaria polacca, in ragione dell'esigenza di tutelare la lingua lituana.

⁷⁸ Corte giust. 2 marzo 2010, C-135/08. Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte in materia di revoca della cittadinanza nazionale, si rinvia tra gli altri a C. MORVIDUCCI, *La cittadinanza dell'Unione Europea come status fondamentale dei cittadini degli stati membri: dalla sentenza Grzelczyk alla sentenza JY*, in A. DI STASI, M. C. BARUFFI, L. PANELLA (a cura di), *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale. Sviluppi normativi e approdi giurisprudenziali*, Napoli, 2023, p. 231 ss. Sul punto, si rinvia anche al contributo di S. MARINAI in *questo volume*.

⁷⁹ *Rottmann*, sopra citata, punto 42.

della cittadinanza europea ha forti affinità con la revoca. Siffatta analogia impone allora di vagliare, secondo i parametri della Corte di giustizia, la proporzionalità di una misura che, rettificando un atto di nascita, privi un soggetto della cittadinanza europea legalmente acquisita in precedenza.

La seconda ipotesi è quella in cui la madre biologica sia cittadina europea, mentre la madre d'intenzione sia cittadina di uno Stato terzo. In questo caso, la cittadinanza europea del minore sarebbe salva, ma la rimozione del genitore d'intenzione farebbe venir meno non soltanto il legame familiare con il figlio, ma anche le connesse situazioni giuridiche relative alla residenza della madre d'intenzione. La madre d'intenzione, in particolare, perderebbe lo *status* di ascendente del minore, cittadino dell'Unione. Ebbene, in una situazione in cui il diritto di residenza del genitore d'intenzione nello Stato membro di residenza del figlio dovesse dipendere proprio da tale legame familiare (in ipotesi, cioè, di una situazione alla *Ruiz Zambrano*⁸⁰), il risultato di questa situazione sarebbe il disconoscimento del diritto del minore, cittadino europeo, di vivere assieme alla persona con cui ha sviluppato un vincolo affettivo e familiare e la quale, in ipotesi, si occupi del suo accudimento e sostentamento. Si potrebbe pertanto giungere a veder pregiudicato lo stesso diritto del minore di continuare a vivere nel proprio Paese di origine. Il diritto dell'Unione europea, in questo contesto, potrebbe allora intervenire per fornire una tutela minima a quel minore, ascrivendo, alla luce della vita familiare di fatto instauratasi tra i soggetti coinvolti, il "non più genitore" tra gli «altri familiari» di cui all'art. 3, par. 2, lettera a), della direttiva 38/2004⁸¹, al fine perlomeno di agevolare – anche se non garantire – il suo diritto di soggiornare nello Stato membro del figlio.

7. Considerazioni conclusive

L'ambito del diritto di famiglia, genericamente inteso, non è certo il primo in cui si assiste ad una certa tendenza espansiva del diritto dell'Unione

⁸⁰ Corte giust. 8 marzo 2011, C-34/09.

⁸¹ Direttiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Ai sensi dell'art. 3(2), di tale direttiva, «lo Stato membro ospitante, conformemente alla sua legislazione nazionale, agevola l'ingresso e il soggiorno delle seguenti persone: a) ogni altro familiare, qualunque sia la sua cittadinanza, non definito all'articolo 2, punto 2, se è a carico o convive, nel paese di provenienza, con il cittadino dell'Unione titolare del diritto di soggiorno a titolo principale [...]».

europea fuori dai meccanismi di attribuzione diretta di competenze regolati dai Trattati, ma è con ogni probabilità, per il rilievo dei diritti dei singoli che vengono implicati e per il valore identitario che certi principi assumono agli occhi degli ordinamenti statali, quello più sensibile.

In questo contesto, il fatto di identificare un ruolo per il diritto dell'Unione nel riconoscimento dei rapporti di filiazione derivanti da maternità surrogata significa probabilmente spingere la sua applicazione in materia di famiglia fino al confine più lontano cui si può immaginare, allo stato attuale delle cose, di poter giungere. Questa nuova estensione dell'ambito di azione del diritto europeo può certamente apparire ardita, ma in effetti si presenta, per i motivi sopra visti, come il portato naturale, almeno dal punto di vista logico-giuridico, della giurisprudenza che la Corte di giustizia ha già elaborato con riferimento a rapporti di filiazione derivanti da fecondazione eterologa.

Allo stesso tempo, l'estensione del diritto dell'Unione in questi ambiti non avviene solo per via frontale, in relazione a casi in cui l'operare delle scelte nazionali risulti in una limitazione diretta ed attuale dei diritti di cittadinanza dell'Unione, ma anche con modalità che potremmo definire trasversali. Come si è cercato di dimostrare, infatti, anche in ipotesi a prima vista puramente interne, e per di più in un settore tanto legato all'esercizio della sovranità statale come è quello della formazione e della tenuta dei registri di stato civile, si possono elaborare azioni che, dando applicazione al diritto dell'Unione, mirano a porre rimedio agli effetti collaterali di una decisione statale in linea di principio sottratta ad obblighi di natura europea, depotenziando o addirittura neutralizzando quella decisione per mezzo della valorizzazione prospettica della cittadinanza dell'Unione e dei principi generali in materia di diritti fondamentali.

Questi spunti di riflessione dimostrano quindi, una volta di più, come il diritto dell'Unione europea possa variamente intervenire, nell'ottica di salvaguardare diritti fondamentali della persona quali il mantenimento dell'identità personale e la tutela della vita familiare, anche in settori nei quali la sua applicazione potrebbe sembrare esclusa.

Abstract (ita)

In materia di riconoscimento e circolazione degli *status* personali e familiari, dottrina, prassi e giurisprudenza si stanno allineando nel senso di una sempre maggiore semplificazione, sulla scorta del rilievo che questo tema riveste nel contesto dei diritti fondamentali della persona. A livello di Unione, la giurisprudenza della Corte di giustizia (v. *Coman* e *Pancharevo*) ha aperto ad un particolare tipo di riconoscimento, ad effetti limitati, che ha lo scopo di garantire il dispiegarsi dei diritti di circolazione e soggiorno previsti dai Trattati.

Rimangono, tuttavia, alcune questioni aperte. La prima è quella della potenziale applicabilità dei principi sanciti in *Pancharevo* rispetto a situazioni familiari costituite a seguito di maternità surrogata, là dove, rispetto ad una filiazione avvenuta tramite fecondazione eterologa, viene in rilievo con maggiore forza il tema della possibile violazione dell'ordine pubblico. La seconda, di particolare attualità, attiene al possibile rilievo del diritto dell'Unione europea rispetto alla rettifica retroattiva di atti di nascita formati in Italia, indicanti due persone dello stesso sesso come genitori di un minore.

Abstract (eng)

In the area of recognition and circulation of personal and family statuses, scholars, practitioners and the jurisprudence are aligning in the direction of increasing simplification, based on the importance of this issue in the context of the fundamental rights of the individual. At the level of the Union, the caselaw of the Court of Justice (see *Coman* and *Pancharevo*) has opened up a particular type of recognition, with limited effects, which is intended to ensure the unfolding of the rights of movement and residence provided by the Treaties.

A number of open questions remain, however. The first is that of the potential applicability of the principles enshrined in *Pancharevo* to family situations constituted through surrogacy, where, with respect to a filiation that took place through heterologous fertilization, the issue of the possible violation of public order comes into sharper relief. The second, very topical, concerns the possible relevance of European Union law with respect to the retroactive rectification of birth certificates formed in Italy, indicating two persons of the same sex as parents of a minor.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE ALLA SESSIONE III

Bruno Nascimbene*

Ho avuto l'onore di presiedere una sessione non facile, ricca di spunti di riflessione e di problemi, come appare evidente anche dal suo titolo.

L'incipit del titolo è «Cittadinanza dell'Unione»: una nozione non definita nei Trattati, ma definibile, come emerge dalle relazioni e dagli interventi svolti (e qui pubblicati), attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia.

Il tema della sessione riguarda la cittadinanza e anche la «tutela degli *status* personali»: espressione questa che evoca i diritti della personalità e gli *status* nell'ambito familiare.

Il riferimento nel titolo è anche alle «identità costituzionali nazionali» degli Stati membri: espressione, questa, che evoca, a sua volta, l'art. 4, par. 2, TUE sull'identità nazionale e in qualche misura anche l'art. 6, par. 3 sulla tutela dei diritti fondamentali e sui principi comuni agli ordinamenti nazionali.

Ci si chiede – sempre nel titolo – a conferma della problematicità del tema, se vi sia un “equilibrio” fra questi profili, o punti di riferimento, che sono stati oggetto delle relazioni e degli interventi.

Esiste un equilibrio, e in caso affermativo quale è la sua consistenza? All'interrogativo hanno risposto Giacomo Biagioni, Nicole Lazzerini, Simone Marinai, nonché (interventi) Fulvia Ristuccia e Irene Marchioro.

La relazione di Giacomo Biagioni pone un interrogativo in un contesto che mi sembra più ampio di quello della cittadinanza ovvero quello dei diritti dei cittadini. Ci si chiede infatti: «Quali destinatari per le garanzie “costituzionali” europee in materia di cooperazione giudiziaria dell'Unione?».

Il suo punto di riferimento o quadro generale della questione così posta è la cooperazione giudiziaria civile e penale, lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia: quali garanzie sono riconosciute? Quale valore (“costituzionale”) hanno? Chi sono i destinatari, i beneficiari? La cooperazione, anche attraverso la tutela giurisdizionale, amplia – allarga la sfera dei destinatari?

Il relatore risponde alle domande compiendo un'ampia disamina degli obblighi degli Stati nell'ambito della cooperazione giudiziaria, declinata nel

* Professore emerito di diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Milano, già ordinario di diritto internazionale nell'Università degli Studi di Genova.

civile e nel penale. Alla base, con carattere fondamentale, vi è il presupposto della fiducia reciproca del nuovo riconoscimento, del ruolo che la fiducia gioca, delle conseguenze se essa viene meno.

Credo si possa affermare che esiste un patrimonio costituzionale (l'aggettivo costituzionale meriterebbe, invero, un approfondimento) che è comune, malgrado le diverse identità nazionali ove i destinatari sono, *in primis*, i cittadini UE: non solo, perché i destinatari possono essere anche i cittadini di Paesi terzi, che abbiano diritti derivati dai primi.

Ai destinatari vanno riconosciute garanzie giurisdizionali, previste *a)* dai Trattati, *b)* dalla Carta, *c)* dalla giurisprudenza della Corte (di cui si è dato ampio conto).

È difficile assicurare tali garanzie se manca la cooperazione fra giudici, pur dovendo, questi, tenere conto delle diverse identità nazionali-costituzionali, ma pur sempre ciò deve avvenire nel rispetto del diritto UE, quali che siano i destinatari (cittadini o non cittadini).

La relazione di Nicole Lazzarini ci porta ad esaminare i diritti sostanziali di cui godono i cittadini dell'Unione e i loro familiari. Il tema è, precisamente, il «diritto di condurre una normale vita familiare»: diritto, questo, connesso al fondamentale diritto di libera circolazione. Il titolo si riferisce al cittadino «circolante»: stato dell'arte e prospettive di sviluppo. Un profilo dinamico, insomma.

La libertà di circolazione, di cui all'art. 21 TUE e la tutela della vita privata e familiare, di cui all'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali, sono le norme di riferimento. In questi diritti – come riconosce la Carta – rientra – come riconosce la Corte di giustizia – il diritto per i cittadini UE «di condurre una normale vita familiare nello Stato membro ospitante, beneficiando della vicinanza dei loro familiari»¹.

Il tema riguarda dunque *a)* i rapporti familiari, *b)* il mantenimento e la continuità degli stessi (ricordando, nella giurisprudenza della Corte, le sentenze *Coman e a.*² e *Pancharevo*³).

Il diritto sostanziale descritto incontra ostacoli, non diversamente da tutte le manifestazioni della libertà di circolazione. Ha una stretta connessione con le materie dell'immigrazione e del diritto di famiglia.

¹ Corte giust. 14 novembre 2017, C-165/16, *Lounes*, punto 52, relativa a un cittadino algerino coniugato con cittadina spagnola divenuta britannica, che cita «per analogia» Corte giust. 25 luglio 2008, C-127/08, *Metock e a.*

² Corte giust. 5 giugno 2018, C-673/16.

³ Corte giust. 14 dicembre 2021, C-490/20.

Una lettura trasversale della giurisprudenza è indispensabile anche se il diritto a condurre una normale vita familiare può ben essere configurato come autonomo (così sembra): evoca, invero, i diritti fondamentali tutelati sia dalla Carta, art. 7 e art. 24 (diritti del minore), sia dalla CEDU (si veda il *leading case Marckx c. Belgio*⁴).

Rilevante, anche per il tema affrontato in altra relazione e negli interventi, è il riferimento alla cittadinanza come *status* fondamentale (si veda la sentenza della Corte di giustizia *Grzelczyk*⁵) e alla proposta di regolamento sul riconoscimento dello *status filiationis*⁶, la cui adozione è improbabile, considerata la base giuridica (art. 81, par. 3, TFUE, richiedendo l'unanimità; diversamente se la base giuridica fosse l'art. 21, par. 2, TFUE).

La relazione di Simone Marinai, come appare dal titolo, «Ruolo dell'effettività nei rapporti fra cittadinanza statale e cittadinanza dell'Unione», pone a confronto due diverse nozioni, quella della cittadinanza statale, che nel nostro caso è la cittadinanza di uno Stato membro, e la nozione di cittadinanza europea.

Il confronto evoca il “ruolo dell'effettività”, quindi del legame effettivo, del *genuine link*. La giurisprudenza (e non solo quella europea) insegna che lo Stato è libero nel determinare i criteri di acquisto e perdita della cittadinanza, ma nel rispetto del diritto dell'Unione europea. Discrezionalità ben nota, insomma, ma vincolata: si tratta di una discrezionalità che deve sicuramente rispettare il principio di proporzionalità, ma (almeno ad avviso di chi scrive) anche quello di leale cooperazione.

L'effettività, nella materia esaminata, ha un ruolo: sarà più chiaro quando la Corte si sarà pronunciata nella causa *Commissione c. Malta*, avviata dalla Commissione a seguito di un programma di concessione della cittadinanza (per investitori). Ad avviso della Commissione, tale programma che “premia” chi faccia determinati investimenti, prescinde dal vincolo effettivo fra lo Stato e la persona, pregiudicando e minando l'essenza e integrità della cittadinanza dell'Unione, in violazione dell'art. 20 TFUE e disattendendo il principio di leale cooperazione di cui al già ricordato art. 4, par. 3, TUE.

Sono state indicate delle prospettive, di probabile evoluzione della no-

⁴ Corte EDU 13 giugno 1979, ric. n. 6833/74.

⁵ Corte giust. 20 settembre 2001, C-184/99.

⁶ Proposta di regolamento del Consiglio, del 7 dicembre 2022, 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, COM (2022) 695final.

zione di cittadinanza verso la cittadinanza di residenza, applicabile a cittadini di Paesi terzi. È, questa, una nozione più recente, ove assume rilievo l'integrazione nella comunità nazionale, la durata del soggiorno, il radicamento del singolo nel territorio dello Stato. Un'affermazione recente è contenuta nella sentenza della Corte costituzionale del 28 luglio 2023, n. 178, che è il *suivi* della sentenza della Corte di giustizia O.G.⁷ in materia di mandato d'arresto europeo, e nella più recente sentenza della Cassazione penale del 24 ottobre 2023, n. 1826.

Quale sarà l'evoluzione della nozione di cittadinanza? Si andrà verso una maggiore parificazione fra cittadini UE e cittadini di Paesi terzi (pur con determinate caratteristiche) o l'evoluzione sarà di segno contrario (cioè di contrapposizione)? Le domande pongono, in realtà, un problema che riguarda il futuro del processo di integrazione europea, di cui lo *status* di cittadinanza è uno dei profili.

Due sono gli interventi svolti, da Fulvia Ristuccia e da Irene Marchioro. Essi riprendono alcuni temi già affrontati nelle relazioni e forniscono un utile completamento.

Il primo intervento vuole mettere in luce i rapporti fra la cittadinanza, la libertà di movimento e i valori comuni tutelati dall'art. 2 TUE. Viene inoltre posta la questione, anche alla luce della giurisprudenza della Corte, se il rispetto dei valori è connesso, e in quale misura, alla cittadinanza, su quale sia il ruolo della libera circolazione delle persone nella definizione dei valori della cittadinanza, dei valori comuni. Si interroga sulle prospettive.

Il secondo intervento riguarda, pur nel generale contesto della libera circolazione delle persone, un tema di attualità: precisamente quello della registrazione degli atti di nascita dei figli delle famiglie arcobaleno. Ci sono dei punti fermi (come si afferma nel titolo dell'intervento) anche con riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenza *Pancharevo* in particolare), ma (sempre il titolo lo precisa) vi sono delle questioni aperte. Non poche, a seguito del contenzioso determinato dal rifiuto di alcuni Comuni italiani di registrare tali atti di nascita.

Le relazioni e gli interventi inducono ad alcune riflessioni.

La prima riguarda l'opportunità di valutare, dopo trent'anni dal Trattato di Maastricht (in vigore dal 1.1.1993) ove per la prima volta sono previste delle norme (artt. 8 ss., inserite dall'art. G del Trattato) sulla cittadinanza

⁷ Corte giust. 6 giugno 2023, C-700/21 (si veda anche in www.eurojustitalia.eu).

europea, il valore e l'intento politico dell'istituzione della cittadinanza, le realizzazioni compiute al di là del significato simbolico della sua istituzione. Il Trattato definisce fra i propri obiettivi (art. B) quello di rafforzare la tutela dei diritti e degli interessi dei cittadini e dei suoi Stati membri mediante l'istituzione, appunto, di una cittadinanza dell'Unione.

La cittadinanza ha anche un valore strumentale che ben si inquadra nel processo di integrazione. La giurisprudenza della Corte di giustizia ha fornito un importante contributo a tal fine. Una delle affermazioni più ricorrenti nella giurisprudenza è l'espressione, usata per la prima volta nella sentenza *Grzelczyk*, secondo cui lo *status* di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri (più recentemente la sentenza *X*⁸, punto 20). Sembra legittimo chiedersi, oggi, se lo *status*, già destinato ad essere lo *status* fondamentale, sia ormai divenuto tale o sia prossimo a divenirlo anche in considerazione della prassi applicativa delle norme della Carta dei diritti fondamentali (artt. 39-46) e del Trattato di Lisbona (entrambi in vigore dal 1.12.2009), che ha introdotto, in materia di cittadinanza, gli artt. 9 TUE e 20-25 TFUE.

Il positivo risultato conseguito con l'istituzione della cittadinanza dell'Unione è stato definito, con toni enfatici, ma che sottolineano il *quid novum* della cittadinanza, come un «miracolo», poiché è stata creata una cittadinanza che non è determinata dalla nazionalità. Come afferma l'Avvocato generale Pöiares Maduro⁹ la cittadinanza dell'Unione e quella dello Stato membro «sono due nozioni allo stesso tempo inestricabilmente connesse e autonome», ma il cittadino, grazie alla sua istituzione, «si emancipa», poiché è cittadino al di là dello Stato di origine e appartenenza. Una novità, insomma, di rilevante significato.

Per quanto la competenza a riconoscere (o revocare) la cittadinanza, con tutti i diritti che ne conseguono, appartenga allo Stato, non v'è dubbio che si assiste a una progressiva erosione di tale affermazione, grazie al riconoscimento di diritti fondamentali della persona. Si tratta, in realtà, di un riconoscimento che si afferma a livello sia europeo, sia internazionale, così «modernizzando» lo *status* a vantaggio del singolo e, per quanto riguarda la condizione dello straniero, migliorandone il trattamento, poiché il primo viene ad essere beneficiario di diritti (per sé, nonché per i propri familiari) un tempo negati. La nozione è dinamica, non già statica, come d'altra parte il processo di integrazione europea e (in tale contesto) la realizzazione del-

⁸ Corte giust. 22 giugno 2023, C-459/20.

⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale Maduro, del 30 settembre 2009, C-135/08, *Rottmann*, par. 23.

lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. La persona viene posta al centro dell'azione dell'Unione: in questi termini si esprime il preambolo (seconda frase) della Carta, secondo cui l'Unione «pone la persona la centro della sua azione, istituendo», appunto, «la cittadinanza» e «creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia». La circolazione delle persone, la creazione di famiglie miste, l'elemento di collegamento con il territorio in cui la persona (e la famiglia) vive, contribuiscono a fornire una nuova dimensione alla cittadinanza.

L'evoluzione che la nozione di cittadinanza ha subito nel corso del tempo e i possibili sviluppi che, quanto al contenuto sostanziale, può avere, fanno comprendere per quale ragione esista una varietà di definizioni, caratterizzate da elementi soggettivi e oggettivi diversi. Esiste, dunque, la cittadinanza locale, nazionale, europea, civica, amministrativa, sociale, culturale, attiva, digitale. Aggettivazione, questa, non esaustiva, la nozione essendo (come si è detto) variabile e dinamica.

La definizione, anche attraverso l'esame delle relazioni e interventi qui pubblicati, non è compito facile per il giurista. Come affermava, peraltro, un noto giurista in anni lontani, ma il suo pensiero è quanto mai attuale¹⁰, l'essenza della cittadinanza è «inafferrabile nei suoi caratteri fondamentali», proprio perché le definizioni sono molte, variabili non solo nel tempo, ma nello spazio, subendo «l'influenza dei più vari fattori politici e sociali» ed assumendo anche «gradazioni» diverse, considerata la «grande varietà di contenuto e portata» e di «forme». A maggior ragione (sottolinea chi scrive) se si considerano le fonti, a quelle di diritto interno essendosi aggiunte, con rilevanza crescente, quelle di diritto internazionale ed europeo, in particolare quelle per la protezione dei diritti fondamentali della persona garantiti dal diritto dell'Unione.

¹⁰ R. QUADRI, *Cittadinanza*, in *Novissimo Digesto*, vol. 3, Torino, 1959, p. 307.

Sessione IV
L'effettività della tutela giurisdizionale
nell'Unione europea

Relazioni

I LIMITI ALLA SINDACABILITÀ DEGLI ATTI
DEI RAPPRESENTANTI DEI GOVERNI
DEGLI STATI MEMBRI CON RILEVANZA “COMUNITARIA”

Chiara Amalfitano*

SOMMARIO: 1. Premessa: l’Unione europea quale “comunità di diritto” e il ruolo centrale della Corte di giustizia nella sua costruzione. – 2. I limiti al controllo giurisdizionale da parte del giudice dell’Unione degli “atti dei rappresentanti dei governi degli Stati membri” con rilevanza “comunitaria”: luci e ombre. – 3. I criteri impiegati dalla giurisprudenza più risalente per definire la sindacabilità degli atti in parola. – 4. *Segue*: il non corretto impiego dei suddetti criteri nel caso *NF...* – 5. *Segue*: ... e nei casi *EMA* e *ELA*. – 6. Possibili diverse soluzioni ad opera del giudice o del costituente dell’Unione a garanzia dell’effettività della tutela giurisdizionale.

1. *Premessa: l’Unione europea quale “comunità di diritto” e il ruolo centrale della Corte di giustizia nella sua costruzione*

La tutela giurisdizionale effettiva è un caposaldo dell’ordinamento giuridico dell’Unione europea, principio generale di diritto UE, oggi sancito dall’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali (CdfUE)¹.

Come noto, la Corte di giustizia ha svolto un ruolo fondamentale nella definizione di tale principio e nella delimitazione dei suoi contorni, ponendo – qui come in relazione ad ogni altro principio generale – un tassello essenziale nello sviluppo del processo di integrazione europea: a partire dal celeberrimo caso *Les Verts*² il giudice del Kirchberg ha sancito che la (allora) Comunità economica europea è una “comunità di diritto”, dove in linea di principio ciò che accade di giuridicamente rilevante, sia esso posto in essere dalle istituzioni o dagli Stati membri (soggetti dell’«ordinamento giuridico

* Professore ordinario di diritto dell’Unione europea, Università degli Studi di Milano.

¹ Sul tema v., per tutti, i contributi (specie di S. PRECHAL, M. BONELLI, A. WALLERMAN GHAVANINI e C. RAUCHEGGER) in M. BONELLI, M. ELIANTONIO, G. GENTILE (eds.), *Article 47 of the EU Charter and Effective Judicial Protection, Volume 1 The Court of Justice’s Perspective*, London, 2022; G. GENTILE, *Effective Judicial Protection: Enforcement, Judicial Federalism and the Politics of EU Law*, in *European Law Open*, vol. 2, n. 1, 2023, p. 128 ss.

² Corte giust. 23 aprile 1986, 294/83, *Les Verts*.

di nuovo genere», al pari degli individui³), deve essere giustiziabile⁴. E in virtù di un approccio sostanzialistico che ha sempre contraddistinto il suo operato, la Corte di giustizia ha altresì costantemente ritenuto che l'impugnabilità degli atti delle istituzioni dipende non dalla loro natura e forma, bensì dagli effetti giuridici che essi sono in grado di produrre e, dunque, dal loro contenuto, a prescindere dal *nomen iuris*⁵.

Tranne rare eccezioni (la mente corre, ad esempio, al caso *UPA* del

³ V. Corte giust. 5 febbraio 1963, 26/62, *Van Gend en Loos*.

⁴ V. *Les Verts*, sopra citata, spec. punto 23, dove si legge, appunto: «[...] si deve anzitutto sottolineare che la Comunità economica europea è una *comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal trattato*. In particolare, con gli artt. 173 e 184, da un lato, e con l'art. 177, dall'altro, il trattato ha istituito un *sistema completo di rimedi giuridici e di procedimenti* inteso ad affidare alla Corte di giustizia il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni». La Corte prosegue affermando che «24. [...] a differenza dell'art. 177 del trattato, che si riferisce agli atti delle istituzioni senza ulteriori specificazioni, l'art. 173 menziona solo gli atti del Consiglio e della Commissione. Tuttavia, in base al sistema del trattato, è consentito proporre un ricorso diretto contro "tutte le disposizioni adottate dalle istituzioni (...) miranti a produrre effetti giuridici", come la Corte ha già avuto occasione di sottolineare nella sentenza 31 marzo 1971 (causa 22/70, Commissione/Consiglio [...]). Il Parlamento europeo non figura espressamente fra le istituzioni i cui atti possono essere impugnati, perché il trattato CEE, nella versione originaria, gli conferiva solo poteri consultivi e di controllo politico e non il potere di adottare atti destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. L'art. 38 [...] CECA dimostra che, quando al Parlamento è stato conferito fin dall'inizio il potere di adottare disposizioni di carattere vincolante, come avviene in forza dell'art. 95, quarto comma, ultima frase, dello stesso trattato, i suoi atti non sono stati sottratti, in via di principio, al ricorso d'annullamento. 25. Mentre nell'ambito del trattato CECA il ricorso d'annullamento contro gli atti delle istituzioni costituisce oggetto di due disposizioni distinte, nell'ambito del trattato CEE esso è disciplinato solamente dall'art. 173, che riveste così carattere generale. *L'interpretazione dell'art. 173 del trattato che escludesse gli atti del Parlamento europeo dal novero di quelli impugnabili porterebbe ad un risultato contrastante sia con lo spirito del trattato, espresso nell'art. 164, sia col sistema dello stesso*. Gli atti che il Parlamento europeo adotta nell'ambito del trattato CEE potrebbero *infatti invadere la competenza degli Stati membri o delle altre istituzioni, ovvero oltrepassare i limiti posti alla competenza del loro autore senza poter essere deferiti alla Corte*. Si deve pertanto considerare che il ricorso d'annullamento può essere diretto *contro gli atti del Parlamento europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi*» (corsivi aggiunti).

⁵ V., per tutte, Corte giust. 31 marzo 1971, 22/70, *Commissione/Consiglio (AETS)*, punto 42, dove si legge, appunto, che: «secondo la costante giurisprudenza, il ricorso di annullamento deve potersi esperire nei confronti di qualsiasi provvedimento adottato dalle istituzioni, indipendentemente dalla sua natura e dalla sua forma, che miri a produrre effetti giuridici».

2002⁶ ovvero, nelle dinamiche interistituzionali, al caso *Comitologie* del 1988⁷), la Corte di giustizia ha sempre dato prova di “attivismo giudiziario”, finalizzato a garantire il rispetto del principio in parola tanto nell’ordinamento dell’Unione europea quanto in quello degli Stati membri, anche a garanzia della effettività del diritto UE⁸. Si pensi, per tutte, con riguardo agli Stati membri, alla giurisprudenza *Simmenthal*⁹ sull’obbligo di (immediata) disapplicazione e, più di recente, a *Melki e Abdeli*¹⁰ sulla centralità del rinvio pregiudiziale al fine testé richiamato, alla giurisprudenza *Atlanta* e *Factor-tame*¹¹ sulla tutela cautelare, o, ancora, e con riguardo in particolare alla situazione polacca e ungherese, alla insistenza con cui la Corte ha ribadito la centralità del principio in parola per assicurare il rispetto dello stato di diritto e, quindi, la necessità di assicurare la tutela giurisdizionale effettiva per il tramite di autorità giudiziarie (dialoganti con la Corte per il tramite del rinvio pregiudiziale) indipendenti e imparziali¹².

⁶ Corte giust. 25 luglio 2002, C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores*, con peraltro invito agli Stati membri a modificare i trattati, invito cui si è dato seguito con il trattato di Lisbona e la revisione apportata all’(attuale) art. 263, c. 4, TFUE (sul punto v. *infra*, par. 6). Sulla sentenza della Corte e il di poco precedente tentativo del Tribunale, con sentenza 3 maggio 2002, T-177/01, *Jégo-Quéré*, di estendere le maglie della legittimazione attiva dei ricorrenti non privilegiati sia consentito rinviare a C. AMALFITANO, *La protezione giurisdizionale dei ricorrenti non privilegiati nel sistema comunitario*, in *DUE*, n. 1, 2003, p. 13 ss.

⁷ Corte giust. 27 settembre 1988, 302/87, *Parlamento/Consiglio*, che escludeva la legittimazione ad agire del Parlamento europeo, le cui prerogative eventualmente lese avrebbero potuto essere tutelate dalla Commissione europea. Come noto, la pronuncia è stata ribaltata da Corte giust. 22 maggio 1990, C-70/88, *Parlamento europeo/Consiglio (Tchernobyl)*, che ha riconosciuto la legittimazione attiva del Parlamento *ex art.* (allora) 173 CEE per reagire alla lesione delle sue prerogative. Tale giurisprudenza è stata codificata da Maastricht che ha inserito siffatta istituzione tra i ricorrenti semi-privilegiati; il Parlamento europeo è stato poi “elevato” a ricorrente privilegiato dal trattato di Nizza.

⁸ Nel senso che la tutela giurisdizionale dei singoli è «*le pendant barométrique de l’effectivité du droit communautaire*» v. A. BARAV, *Le juge et le justiciable*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. F. Mancini*, vol. II, Milano, 1998, p. 1 ss., spec. p. 4.

⁹ Corte giust. 9 marzo 1978, 6/77, *Simmenthal*.

¹⁰ Corte giust. 22 giugno 2010, C-188/10 e C-189/19, *Melki e Abdeli*.

¹¹ V., rispettivamente, Corte giust. 9 novembre 1995, C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft MBH e a./Bundesamt Fuer Ernaehrung*, e 5 marzo 1996, C-46/93, *Brasserie du pêcheur SA*.

¹² Con riguardo alla giurisprudenza relativa all’indipendenza della magistratura come elemento costitutivo dell’effettività della tutela, vengono in rilievo le pronunce rese in sede di ricorsi per inadempimento nella saga polacca, quali: Corte giust. 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione/Polonia* (indipendenza della Corte Suprema); 5 novembre 2019, C-192/18, *Commissione/Polonia* (indipendenza dei Tribunali ordinari); 15 luglio 2021, C-791/19,

Con riguardo specifico al sistema di protezione giurisdizionale dell'Unione, molte sono state le lacune colmate dall'opera interpretativa e creativa del giudice dell'Unione (non a caso definito “*fabrique du droit européen*”¹³), alcune poi oggetto di codificazione pattizia¹⁴. Dopo *Les Verts*, sancita a livello di diritto primario dal trattato di Maastricht, ed estesa dal trattato di Lisbona anche agli atti del Consiglio europeo e a quelli degli organi ed organismi (*in primis*, dunque, le agenzie¹⁵) che siano, appunto, produttivi di effetti giuridici vincolanti (v. l'attuale art. 263 TFUE), la stessa impostazione è stata applicata, più di recente, alla impugnabilità della risoluzione del Parlamento europeo ex art. 7 TUE relativa alla proposta recante l'invito al Consiglio dell'UE a constatare l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dei valori su cui si fonda l'Unione europea¹⁶, e, financo, alla impugna-

Commissione/Polonia (indipendenza della sezione disciplinare); 5 giugno 2023, C-204/21, *Commissione/Polonia* (vita privata dei giudici). Sempre in relazione alla Polonia, si vedano anche le seguenti pronunce pregiudiziali: Corte giust. 25 luglio 2018, C-216/18 PPU, *Minister for justice and equality/LM* (carenze del sistema giudiziario) (caso *Celmer*); 19 novembre 2019, C-585/18, C-624/18, C-625/18, *A.K.* (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema); 29 marzo 2022, C-132/20, *Getin Noble Bank*; 2 marzo 2021, C-824/18, *A.B. e a.* (nomina dei giudici alla Corte suprema – ricorsi). In via più specifica, la Corte ha affermato che la facoltà di adire essa stessa in via pregiudiziale è elemento costitutivo dello *status* di giudice indipendente, ad esempio, nella sentenza Corte giust. 26 marzo 2020, C-558/18 e C-563/18, *Miasto Łowicz e Prokurator Generalny* (regime disciplinare concernente i magistrati); e 23 novembre 2021, C-564/19, *IS* (illegalità dell'ordinanza del rinvio), in relazione all'Ungheria.

¹³ V. il volume di P. MBONGO, A. VAUCHEZ (sous la direction de), *Dans la fabrique du droit européen. Scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, 2009.

¹⁴ Sul *judicial activism* della Corte di giustizia con riguardo ai meccanismi di tutela giurisdizionale sia consentito rinviare a C. AMALFITANO, *La protezione giurisdizionale*, cit.; e, più di recente, C. AMALFITANO, *Il futuro del rinvio pregiudiziale nell'architettura giurisdizionale dell'Unione europea*, in *DUE*, n. 3-4, 2022, p. 501 ss.

¹⁵ Già prima dell'entrata in vigore di Lisbona v. Tribunale 8 ottobre 2008, T-411/06, *Sogelma/Agenzia europea per la ricostruzione*, e, poco dopo tale entrata in vigore, Tribunale 2 marzo 2010, T-70/05, *Evropaïki Dynamiki/Agenzia europea per la sicurezza marittima*.

¹⁶ V. Corte giust. 3 giugno 2021, C-650/18, *Ungheria/Parlamento europeo*, punti 37 ss., dove si legge che «45. [...] una risoluzione come quella impugnata [...] non può essere considerata espressione di una posizione provvisoria del Parlamento, e ciò a prescindere dal fatto che una siffatta constatazione successiva, ad opera del Consiglio, sia eventualmente subordinata alla previa approvazione del Parlamento, a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, TUE. Invero, una simile approvazione interverrà solo a condizione che il Consiglio constati l'esistenza di un rischio di tal genere e verterà, oltretutto, su un atto che trarrà origine da una valutazione, propria del Consiglio, in ordine all'esistenza del rischio stesso e che potrà discostarsi dalla valutazione svolta dal Parlamento in sede di adozione della risoluzione

bilità di atti del Coreper – *ex art. 240 TFUE*, organo ausiliario del Consiglio composto da «*rappresentanti permanenti dei governi degli Stati membri*» – là dove, evidentemente, produttivi di effetti giuridici (e di fatto vincolanti la scelta finale del Consiglio)¹⁷.

2. *I limiti al controllo giurisdizionale da parte del giudice dell'Unione degli "atti dei rappresentanti dei governi degli Stati membri" con rilevanza "comunitaria": luci e ombre*

Specie la giurisprudenza da ultimo richiamata è interessante perché “vicina”, in qualche modo, al tema oggetto di questo scritto, che intende concentrarsi sulla (non) giustiziabilità degli “atti dei rappresentanti dei governi degli Stati membri”, ovvero degli atti adottati dagli Stati membri che agiscono collettivamente, di comune accordo, nell’ambito (di regola) della “Conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri”.

Si tratta di atti adottati, di norma, a margine del Consiglio Affari Generali o del Consiglio europeo e di atti, senza dubbio, formalmente distinti da quelli imputabili alle due istituzioni politiche appena menzionate, e, come tali, impugnabili *ex art. 263 TFUE*. Tuttavia, si tratta di atti che (*i*) presentano con quelli di tali istituzioni anche “elementi formali di continuità” (si pensi, per tutti, al ruolo svolto dal Segretariato Generale del Consiglio o dalla Presidenza, in nulla dunque distinguendosi dai secondi dal punto di vista amministrativo, tanto che – alla luce della prassi – si potrebbe anche sostenere che la sola differenza tra le due tipologie di atti sia la carta intestata su cui sono “riprodotti”); e di atti che (*ii*), in ogni caso, presentano un “nesso organico e funzionale con l’attività dell’Unione”¹⁸ e sono fondamentali rispetto

impugnata. 46. [...] *un atto intermedio che produce effetti giuridici autonomi può essere oggetto di un ricorso di annullamento qualora non sia possibile porre rimedio ai suoi vizi nell'ambito di un ricorso avverso la decisione finale*, della quale esso costituisce una fase di elaborazione (v., in tal senso, [per tutte, la sentenza del] 13 ottobre 2011, *Deutsche Post e Germania/Commissione*, C463/10 P e C475/10 P, EU:C:2011:656, punti 53, 54 e 60)» (corsivi aggiunti).

¹⁷ V. Corte giust. 5 aprile 2022, C-161/20, *Commissione/Consiglio* (IMO), punto 29; già 20 novembre 2018, C-626/15 e C-659/16, *Commissione/Consiglio* (AMP Antartico), punti 59-67. Interessante anche la giurisprudenza sull’impugnabilità di atti adottati da organismi di normalizzazione su delega della Commissione (che poi adotta una decisione di esecuzione, ratificando le decisioni di tali organismi): v., per tutte, Corte giust. 27 ottobre 2016, C-613/14, *James Elliott Construction Limited/Irish Asphalt Limited*; Tribunale, 26 gennaio 2017, T-474/15, *Global Garden Products Italy SpA (GGP Italy)/Commissione*.

¹⁸ V. P. PESCATORE, *Remarques sur la nature juridique des "Décisions des représentants des*

al suo sviluppo istituzionale, anche se non trovano fondamento giuridico nei trattati. Si è parlato in dottrina di “diritto UE complementare”¹⁹ ed è stato rilevato che l’operato degli Stati membri che agiscono collettivamente per perseguire obiettivi fissati dai trattati potrebbe considerarsi esplicativo/attuativo del principio di leale cooperazione di cui (oggi) all’art. 4, par. 3, TUE e, come tale, deve essere coerente con il diritto primario²⁰.

Alla luce (a) di siffatti profili di sovrapposizione e (b) del fatto che essendo comunque (seppure in senso ampio, atecnico) riconducibili al quadro istituzionale dell’UE non possono non rispettarne le regole, questi atti, se idonei a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi, potrebbero considerarsi nella sostanza assimilabili agli atti del Consiglio o del Consiglio europeo e, come tali, (ed è quello che soprattutto rileva) dovrebbero quindi essere suscettibili di controllo giurisdizionale²¹: certo si possono anche immaginare e accettare casi in cui, al di fuori del quadro istituzionale ma comunque in un’ottica di leale cooperazione, gli Stati membri intervengono “politicamente” a supporto – quale forma di “ausilio esterno” – dell’intervento delle istituzioni che assume poi forma giuridica (e come tale è cen-

Etats membres réunis au sein du Conseil”, in *Sociaal Economische Wetgeving*, 1966, p. 579 ss., spec. p. 584.

¹⁹ In questo senso v. P. MORI, *Rapporti tra fonti nel diritto dell’Unione europea. Il diritto primario*, Torino, 2010, p. 235. C. SCHEPISI, *La nozione di atto impugnabile ai sensi dell’art. 173 del trattato CE. I. La natura comunitaria dell’atto impugnato e la sua imputabilità alle istituzioni*, in B. NASCIMBENE, L. DANIELE (a cura di), *Il ricorso di annullamento nel trattato istitutivo della Comunità europea*, Milano, 1998, p. 109 ss., spec. p. 121 porta anche l’esempio di come in alcuni accordi di adesione tali atti siano elencati nell’*acquis communautaire* che gli Stati aderenti devono rispettare per poter fare ingresso nell’Unione.

²⁰ V. le riflessioni di G. BEBR, *Acts of Representatives of the Governments of the Members States*, in *Sociaal Economische Wetgeving*, 1966, p. 529 ss.; P. PESCATORE, *op. cit.*, p. 583; C. CURTI GIALDINO, *La competenza della Corte di giustizia comunitaria circa gli atti dei rappresentanti dei Governi in sede di Consiglio*, in AA.VV., *Studi di Diritto europeo in onore di Riccardo Monaco*, Milano, 1977, p. 175, spec. p. 185 s.; G. GAJA, *Fonti comunitarie*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, VI, 1991, p. 446; A. VON BOGDANDY, F. ARNDT, J. BAST, *Legal Instrument in European Union Law and their Reform: A Systematic Approach on an Empirical Basis*, in *YEL*, vol. 23, n. 1, 2004, p. 91 ss., spec. p. 118.; P. MORI, *op. cit.*, p. 267 s.

²¹ Nel senso che una possibile classificazione delle decisioni dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, non può essere effettuata in astratto, ma in funzione delle circostanze, dunque caso per caso v. R. BERNHARDT, *Le fonti del diritto comunitario: la «Costituzione» della Comunità*, in *Trent’anni di diritto comunitario*, Bruxelles-Lussemburgo, 1981, p. 71 ss., spec. p. 81; P. MORI, *op. cit.*, p. 273, parla di modulazione delle risposte degli effetti dell’atto e della sua sindacabilità a seconda delle sue caratteristiche formali e sostanziali.

surabile) nel sistema delle fonti di diritto dell'Unione europea; ma occorre evitare che il possibile "ricorso" a strade diverse da quelle delineate dai trattati, pur per perseguire gli obiettivi ivi fissati, consenta agli Stati membri di agire "liberamente", ovvero appunto sottraendosi da qualsiasi sindacato di legittimità del loro operato²². Questo controllo, invece, resta escluso se si rimane ancorati, come ha fatto il giudice dell'Unione, almeno da ultimo (v. i casi oggetto di esame nel prosieguo), ad un approccio meramente formalistico, in controtendenza rispetto a quel *judicial activism* cui si è fatto cenno.

Attenzione in questa sede potrebbe meritare – specie alla luce della vicenda *Sharpston*²³ – anche il tema della non sindacabilità degli atti di nomina di giudici e avvocati generali di Corte e Tribunale che, ex artt. 253 e 254 TFUE, sono adottati «di comune accordo da governi degli Stati membri»²⁴.

²² In particolare C. SCHEPISI, *op. cit.*, p. 128, rileva come sarebbe troppo semplice (e improprio) ricorrere ad una base giuridica esterna ai trattati o ad atto formalmente "non comunitario" se tale scelta di per sé giustificasse l'operato degli Stati membri ed escludesse il controllo di legittimità della Corte ex art. (allora) 173 CE.

²³ Come si ricorderà, la sig.ra E. Sharpston ha impugnato dinanzi al Tribunale (i) la dichiarazione della Conferenza dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri del 29 gennaio 2020, sulle conseguenze del recesso del Regno Unito dall'Unione europea per gli Avvocati generali della Corte di giustizia dell'Unione europea, documento XT 21018/2020 (v. causa T-180/20, *Sharpston/Consiglio e Conferenza dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri*); (ii) la lettera del presidente della Corte di giustizia, K. Lenaerts, del 31 gennaio 2020, che comunicava al presidente del Consiglio dell'Unione una presa d'atto della vacanza, a partire dal 1° febbraio 2020, di un posto nel corpo degli avvocati generali e sollecitava, quindi, l'avvio delle procedure per la nomina di un nuovo membro della Corte, precisando tuttavia che E. Sharpston sarebbe rimasta in servizio – nel c.d. regime di *prorogatio* – fino alla presa di funzioni del suo successore (causa T-184/20, *Sharpston/Corte di giustizia dell'Unione europea*) e (iii) l'atto di nomina del 2 settembre 2020, dei governi degli Stati membri, del nuovo avvocato generale A. Rantos (v. causa T-550/20, *Sharpston/Consiglio e Rappresentanti dei Governi degli Stati membri*). Il *pourvoi* è stato presentato rispetto all'esito del ricorso contro gli atti di cui ai punti (i) e (iii), e – confermando l'impostazione del giudice di prime cure – è stato in entrambi i casi dichiarato irricevibile, perché proposto contro atti non impugnabili (v., rispettivamente, Corte giust. ord. 16 giugno 2021, C-684/20 P, *Sharpston/Consiglio e Conferenza dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri*; Corte giust. ord. 16 giugno 2021, C-685/20 P, *Sharpston/Consiglio e Rappresentanti dei Governi degli Stati membri*). Sulla vicenda v., per tutti, G. TESAURO, A. CIRCOLO, *Saturno che divora i suoi figli. La Corte di giustizia "conferma" la legittimità della decadenza dell'avvocato generale Sharpston*, in *EJ*, n. 4, 2020, p. 188 ss.; D. KOCHENOV, G. BUTLER, *Independence of the Court of Justice of the European Union: Unchecked Member States power after the Sharpston Affair*, in *ELJ*, vol. 27, n. 1-3, 2021, p. 262 ss.; R. TORRESAN, *Il c.d. "caso Sharpston" e il difficile bilanciamento tra indipendenza del giudice e membership dell'Unione europea*, in *EJ*, n. 4, 2021, p. 1 ss.

²⁴ L'altra previsione pattizia che conferisce un potere decisionale ai governi degli Stati

Ci si limita qui ad osservare che l'interrogativo circa la sussistenza di una lacuna *in parte qua* potrebbe risolversi (*i*) sostenendo che si tratta di "atto politico"²⁵, come tale sottratto al controllo giurisdizionale, e (*ii*) con la considerazione che anche in altre organizzazioni internazionali la nomina dei giudici è governativa/intergovernativa. Si tratta, nondimeno, di soluzione forse semplicistica, almeno se si considera il ruolo essenziale che la Corte di giustizia ha sempre avuto nel processo di integrazione europea (si pensi, per tutti, all'elaborazione di principi fondanti del sistema quali l'effetto diretto²⁶, il primato²⁷ e la responsabilità dello Stato per violazione del diritto allora ancora comunitario²⁸), sostituendosi spesso (ancora di più, forse, di recente) all'attività (*i.e.*, inerzia) delle istituzioni/del legislatore UE, benché, certo, con il benessere degli stessi Stati membri (si potrebbe parlare in proposito di "accordo tacito", di una sorta di "consuetudine regionale" rispetto alla sostituzione in parola). Ancora più evidente risulta il problema – e l'insoddisfazione per la carenza di controllo – laddove, come nel caso, l'atto dei governi degli Stati membri non sia "libero nei fini" o comunque privo di vincoli e parametri che discendono dai trattati. È infatti noto che i giudici debbono essere individuati tra soggetti dotati di certe peculiari caratteristiche, opportunamente gradate tra Corte e Tribunale, sì che quelle prescrizioni – tese in ultima analisi a garantire da parte dell'istituzione il corretto adempimento della missione di "interpretare" il diritto dell'Unione *ex art. 19, par. 1, TUE* – restano prive della possibilità di un controllo giurisdizionale e, quindi, di una garanzia di effettività²⁹.

membri è l'art. 341 TFUE, secondo cui «La sede delle istituzioni dell'Unione è fissata d'intesa comune dai governi degli Stati membri». È a tutti noto che, diversamente da quanto previsto dai menzionati artt. 253 e 254 TFUE, i giudici del Tribunale della funzione pubblica erano nominati, all'esito di apposito bando e di una valutazione di idoneità da parte di comitato *ad hoc*, con una decisione unanime del Consiglio, impugnabile *ex art. 263 TFUE*.

²⁵ Per una buona sintesi ricostruttiva con riguardo al diritto pubblico italiano v. L. BUSCEMA, *Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, in *Rivista AIC*, 21 febbraio 2014, p. 1 ss.

²⁶ V., per tutte, la sopra menzionata sentenza *Van Gend en Loos*.

²⁷ V. Corte giust. 15 luglio 1964, 6/64, *Costa/Enel*.

²⁸ V. Corte giust. 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Francovich e a.; Brasserie du Pêcheur SA*, sopra citata.

²⁹ Interessante sarebbe un parallelismo con la procedura di nomina dei componenti della Corte dei Conti, dove la discrezionalità nella scelta dei componenti è più ridotta ed è rimessa al Consiglio. Ai sensi dell'art. 286 TFUE, infatti, «I membri della Corte dei conti sono scelti tra personalità che fanno o hanno fatto parte, nei rispettivi Stati, delle istituzioni di controllo esterno o che posseggono una *qualifica specifica per tale funzione*. Essi devono offrire tutte le garanzie d'indipendenza. 2. I membri della Corte dei conti sono nominati per un periodo di

Anche alla luce di quanto sopra si potrebbe, quindi, concludere nel senso della opportunità, se non addirittura necessità (come già sostenuto da autorevole dottrina all'esito della vicenda *Sharpston*³⁰), di modificare il procedimento di nomina di giudici e avvocati generali, ormai anacronistico e affetto da un «bizantinismo dannoso»³¹ nell'ambito dell'organizzazione sovranazionale più evoluta, dove paradossalmente il procedimento di nomina dei giudici è il più intergovernativo, riconducendolo all'alveo istituzionale dell'Unione. Sia che si immagini un potere di nomina affidato al Consiglio, sia che nel procedimento venisse coinvolto anche il Parlamento europeo (che da tempo rivendica un ruolo in tale processo e, come noto, ad oggi ha solo competenza a designare una delle sette personalità di cui si compone il «Comitato 255»³²), occorrerebbe, in ogni caso, una revisione dei trattati:

sei anni. *Il Consiglio, previa consultazione del Parlamento europeo, adotta l'elenco dei membri, redatto conformemente alle proposte presentate da ciascuno Stato membro. Il mandato dei membri della Corte dei conti è rinnovabile»* (corsivi aggiunti). Si tratta di valutazione ben diversa dalla (mera) valutazione di indipendenza nonché dalla verifica del possesso delle condizioni richieste per l'esercizio delle più alte o alte funzioni giurisdizionali (in base alle norme nazionali rilevanti) o (per i soli membri della Corte) dell'essere «giureconsulti di notoria competenza» (ex artt. 253 e 254 TFUE). Eppure, nonostante vi sia tale vincolo più stretto (o forse proprio per quello) l'elenco dei componenti lo elabora il Consiglio (e, quindi, l'atto è impugnabile), e non i (rappresentanti dei) governi degli Stati membri.

³⁰ V. G. TESAURO, A. CIRCOLO, *op. cit.*, p. 201; D. KOCHENOV, G. BUTLER, *op. cit.*, p. 279 s.

³¹ V. G. TESAURO, A. CIRCOLO, *op. cit.*, p. 201, dove si legge: «Non sembra [...] più accettabile la differenziazione, operata dai Trattati stessi, tra le decisioni del Consiglio e le decisioni dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, soprattutto quando le ultime siano in grado di incidere sull'applicazione di altre norme di primo livello e, di conseguenza, sulle situazioni giuridiche soggettive dei terzi. La distinzione, che nasce con l'intento di garantire (almeno) formalmente l'indipendenza della Corte dalle altre istituzioni dell'Unione [A. TIZZANO, *Articolo 167*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, Milano, 1970, p. 1206] e che è rimasta invariata sin dalla prima versione del Trattato, appare oggi un bizantinismo dannoso, retaggio di un tempo in cui erano assenti i riferimenti espressi alla «Comunità di diritto». Infatti, non può dimenticarsi che in Consiglio siedono gli stessi rappresentanti dei governi degli Stati membri – seppur indossando un cappello diverso – e che le procedure di nomina dei membri di altri organi di individui, come la Commissione o la Banca centrale europea, sono già comunitarizzate, pur coinvolgendo nelle diverse fasi sia il Consiglio sia il Consiglio europeo».

³² Sul meccanismo di cui al «Comitato 255» (che per qualche verso si potrebbe forse ritenere che sia idoneo ad assicurare una legalità del sistema tale da giustificare la non impugnabilità dell'atto «finale» di nomina) v. B. VESTERDORF, *La nomination des juges de la Cour de justice de l'Union européenne: le comité Sauvé (l'article 255 TFUE)*, in CDE, n. 3, 2011, p. 601 ss.; J. MALENOVSKY, *Les éléments constitutifs du mandat des juges de la Cour de justice à l'épreuve du temps: l'iceberg commence à fonder*, in DUE, n. 4, 2011, p. 801 ss.; J-M.

e questo, a tacere ogni altra considerazione, rende evidente il carattere velleitario della proposta, perché è difficile immaginare che gli Stati membri accettino di assegnare all'area di ciò che può essere giurisdizionalmente sindacato un atto di cui appaiono particolarmente gelosi, al punto da apparire restii anche ad accettare costrizioni di diritto interno nella scelta dei soggetti da designare e quindi da proporre alla nomina da parte della Conferenza³³, che ovviamente si risolve in un assenso meramente formale, privo di qualsivoglia motivazione (se non, dopo il trattato di Lisbona, attraverso il rinvio al parere positivo del "Comitato 255")³⁴.

3. I criteri impiegati dalla giurisprudenza più risalente per definire la sinda-

SAUVÉ, *Le rôle du comité 255 dans la sélection du Judge de l'Union*, in A. ROSAS, E. LEVITS, Y. BOT (eds.), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case Law*, The Hague, 2013, p. 99 ss.; T. DUMBROVSKÝ, B. PETKOVA, M. VAN DER SLUIS, *Judicial Appointments: the Article 255 TFEU Advisory Panel and Selection Procedures in the Member States*, in CMLR, vol. 51, n. 2, 2014, p. 455 ss.; M. CONDINANZI, *Commento all'art. 255 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 1968 ss.; H. DE WAELE, *Belonging to a Club That Accepts You as One of Its Members: Some Further Thoughts on the Modern Procedure for Selection and Appointment as Judge or Advocate General*, in E. GUINCHARD, M.-P. GRANGER (eds.), *The New EU Judiciary. An Analysis of Current Judicial Reforms*, Alphen aan den Rijn, 2017, p. 197 ss.; F. BATTAGLIA, *Il sistema di selezione dei membri della Corte di giustizia dell'Unione europea fra valutazioni di merito e problemi di trasparenza*, in *EJ*, n. 2, 2019, p. 22 ss.; L. PIERDOMINICI, *The Mimetic Evolution of the Court of Justice of the EU. A Comparative Law Perspective*, Cham-Switzerland, 2020, p. 121 ss.

³³ Da ultimo, sulla prassi nazionale lituana di selezione del candidato interno da designare quale giudice o avvocato generale e la sua compatibilità con gli artt. 19, par. 2, TUE e (253 e) 254 TFUE è stata chiamata a pronunciarsi la Corte di giustizia nel caso *Valančius* (v. causa C-119/23, dove l'udienza si è tenuta in data 16 gennaio 2024, le conclusioni dell'avvocato generale sono state depositate il 28 aprile 2024 e la sentenza il 29 luglio 2024).

³⁴ Sarebbe interessante argomentare teoricamente la sostenibilità di una siffatta modifica normativa. La sola via (per evitare il cortocircuito, vista l'autoreferenzialità) parrebbe quella di dare un fondamento di validità esterno all'ordinamento sovranazionale. E ci si potrebbe interrogare sul se (a) avrebbe potuto esserlo la Costituzione europea o potrebbe individuarsi in un percorso indirizzato alla "creazione" di uno Stato federale; se (b) potrebbero esserlo modifiche delle costituzioni nazionali degli Stati membri che limitassero la sovranità nazionale, condizionando l'appartenenza all'ordinamento sovranazionale in modo più stringente di quanto accade in base (ad esempio) all'art. 11 Cost., che, almeno formalmente, prevede solo che siffatta limitazione sia funzionale all'adesione ad un ordinamento che assicuri «la pace e la giustizia tra le Nazioni» (vero è che limitazioni più stringenti esistono già nelle costituzioni di molti altri Stati membri, come la Germania, la Francia, la Spagna, persino – almeno sulla carta – la Polonia).

cabilità degli atti in parola

Prima di esaminare alcuni più recenti casi in cui il giudice dell'Unione si è rigidamente attenuto al dato formale dell'art. 263 TFUE per escludere la giustiziabilità di atti che ha ritenuto adottati dai rappresentanti dei governi degli Stati membri (v. par. 4 e 5), pare opportuno sinteticamente richiamare i criteri impiegati dalla Corte di giustizia per stabilire chi sia l'effettivo autore dell'atto e valutarne, dunque, l'impugnabilità³⁵.

La giurisprudenza "comunitaria" rilevante è, tutto considerato, limitata e i criteri utilizzati (e variamente combinati tra loro, come subito si vedrà) sono sostanzialmente tre: (i) il criterio del riparto delle competenze tra Stati membri e Comunità (prima) e Unione (poi); (ii) il criterio del contenuto dell'atto e (iii) il criterio del contesto in cui l'atto viene adottato, ovvero dell'insieme delle circostanze in cui, appunto, si giunge alla sua adozione.

Il primo criterio, quello della distribuzione delle competenze, venne impiegato per la prima volta (e si tratta, probabilmente anche della più nota) nel caso *AETS*³⁶, ove oggetto di ricorso per annullamento era una deliberazione del Consiglio, del 20 marzo 1970, in merito alla negoziazione e alla stipulazione, da parte degli Stati membri della CEE, dell'accordo europeo relativo al lavoro degli equipaggi dei veicoli che effettuano trasporti internazionali su strada (*AETS*, appunto). Il ricorso, infine respinto nel merito, fu considerato ricevibile perché l'atto impugnato venne ritenuto imputabile nella sostanza al Consiglio: la Corte impostò, infatti, il proprio ragionamento partendo dal presupposto che la materia in questione era disciplinata da un regolamento comunitario e che, di conseguenza, la competenza a negoziare e concludere l'accordo *de qua* spettava alla Comunità a partire dall'entrata in vigore di detto regolamento e siffatta competenza comunitaria escludeva qualsiasi competenza concorrente degli Stati membri (la cui attività, incompatibile con l'unicità del mercato comune, avrebbe pregiudicato l'applicazione uniforme del diritto comunitario). La deliberazione del Consiglio, secondo la Corte, era stata altresì indubbiamente produttiva di effetti giuridici precisi sia nei confronti degli Stati membri, sia nei confronti delle istituzioni, avendo infatti contribuito a determinarne il successivo comportamento.

Il criterio del contenuto dell'atto, in combinato con quello (presuppo-

³⁵ Il tema non è particolarmente trattato in dottrina, se non nella letteratura manualistica (con i conseguenti limiti "di spazio") e in contributi di commento a specifiche vicende processuali. Per una ricostruzione dettagliata, per quanto risalente, v. C. SCHEPISI, *op.cit.*, Sul tema in esame v. anche i contributi citati *supra* alla nota 20.

³⁶ *Commissione/Consiglio*, 22/70, sopra citata, punti 30 ss.

sto) del riparto di competenze, è stato impiegato, in particolare nel caso *European Development Fund*³⁷. Oggetto di impugnazione in questo caso era il regolamento finanziario (CEE) del Consiglio 29 luglio 1991, n. 491, applicabile alla cooperazione per il finanziamento dello sviluppo ai sensi della quarta convenzione ACP-CEE. Pur anche in questo caso respingendo poi il ricorso nel merito, la Corte lo considerò ricevibile, occorrendo definire – al fine di assicurare (se del caso) il rispetto delle prerogative riconosciute dal trattato alle istituzioni – a chi (Comunità o Stati membri) spetti il potere di deliberare su spese a titolo di aiuto allo sviluppo che – se soggette ai regolamenti finanziari stabiliti *ex* (allora) art. 209 CEE – richiederebbero la consultazione del Parlamento europeo, che era stato invece escluso nella loro definizione. La Corte ritenne, infine, che correttamente il Parlamento non fosse stato coinvolto, dal momento che l'intervento si collocava in ambito di competenza “nella disponibilità” degli Stati membri (che legittimamente avevano istituito un fondo alla cui gestione erano state associate le istituzioni, ma senza che le spese in questione avessero rilevanza “comunitaria”).

Infine, il criterio del contesto, insieme con il riferimento al contenuto dell'atto, è venuto in particolare in rilievo nel caso *Bangladesh Aid*³⁸, dove oggetto di impugnazione erano gli atti di esecuzione di bilancio adottati dalla Commissione a seguito dell'atto adottato in occasione della 1487^a sessione del Consiglio e diretto ad accordare un aiuto speciale al Bangladesh. Quest'ultimo atto, controverso, imputato formalmente all'istituzione dal comunicato stampa, risultava infatti adottato dagli “Stati membri” riuniti in seno al Consiglio in base al verbale della riunione dell'istituzione. Tuttavia, secondo la Corte, il semplice fatto che un atto venisse qualificato «decisione degli Stati membri» non bastava per escluderlo dal sindacato di legittimità *ex* (allora) art. 173 CEE, occorrendo esaminare – per stabilire se si trattava o meno di atto del Consiglio – anche il suo contenuto e il complesso delle circostanze in cui è stato adottato³⁹. La valutazione delle circostanze implicò anche una valutazione del riparto di competenze, riscontrandosi che nella materia in esame non vi fosse una competenza esclusiva della Comunità (ac-

³⁷ Corte giust. 2 marzo 1994, C-316/91, *Parlamento/Consiglio*, punti 24 ss.

³⁸ Corte giust. 30 giugno 1993, C-181/91 e C-248/91, *Parlamento/Consiglio e Commissione*, punti 14 ss.

³⁹ Nel senso che «se l'atto impugnato sia o no soggetto a sindacato giurisdizionale dipende dal contenuto e dagli effetti all'atto stesso, e non dal modo in cui esso è definito nel comunicato stampa e nel progetto di verbale della sessione nel corso della quale è stato adottato»: v. già le conclusioni dell'Avv. gen. Jacobs, del 16 dicembre 1992, C-181/91 e C-248/91, *Parlamento/Consiglio e Commissione*, punto 17.

quisita sulla base di *pre-emption*) e, quindi, che anche gli Stati membri erano legittimati ad intervenire. L'analisi complessiva portò la Corte a concludere che si trattasse di atto adottato effettivamente dagli Stati membri collettivamente e il ricorso venne pertanto dichiarato irricevibile.

I tre casi che si esamineranno (due in larga misura coincidenti) sono (in ordine cronologico) *NF*⁴⁰, *EMA*⁴¹ ed *ELA*⁴². Si è trattato, indubbiamente, di cause che ponevano questioni giuridicamente e politicamente complesse e delicate, ma dove il giudice dell'Unione ha utilizzato in modo selettivo e scarsamente coerente i tre criteri richiamati, con contraddizioni (più o meno evidenti) all'interno delle pronunce e richiami anche impropri alla propria pregressa giurisprudenza⁴³. Con la conseguenza di un vuoto di tutela giurisdizionale e, soprattutto, con il rischio di avallare (anche pro futuro) comportamenti abusivi da parte degli Stati membri (v. *amplius, infra*, par. 6), che avrebbero potuto essere censurati – o quanto meno (se anche poi si fosse giunti, ad esempio, a rilevare il difetto di legittimazione attiva dei ricorrenti o a rigettare i ricorsi nel merito) vagliati – in virtù di soluzioni meno opache e di un atteggiamento più garantista da parte del giudice del Kirchberg.

4. Segue: *il non corretto impiego dei suddetti criteri nel caso NF ...*

Come anticipato, il primo caso eloquente di difetto di tutela giurisdizionale è rappresentato dalla causa *NF*⁴⁴.

⁴⁰ Tribunale ord. 28 febbraio 2017, T-192/16, *NF/Consiglio europeo* (e le ordinanze pressoché gemelle in T-193/16, *NG/Consiglio europeo* e T-257/16, *NM/Consiglio europeo*), con impugnazione e decisione della Corte giust. ord. 12 settembre 2018, da C-208/17 P a C-210/17 P, *NF e a./Consiglio europeo*.

⁴¹ Corte giust. 14 luglio 2022, C-59/18 e C-182/18, *Italia/Consiglio* (Siège de l'Agence européenne des médicaments). V. altresì Corte giust. 14 luglio 2022, C-106/19 e C-232/19, *Italia/Consiglio e Parlamento* (Siège de l'Agence européenne des médicaments).

⁴² Corte giust. 14 luglio 2022, C-743/19, *Parlamento europeo/Consiglio* (Siège de l'Autorité européenne du travail).

⁴³ In questo senso, con particolare riferimento alla pronuncia *NF v. M. GATTI, Attribution of Authorship of "EU" Legal Acts: NF and Others v European Council*, in G. BUTLER, R.A. WESSEL (eds.), *EU External Relations Law: The Cases in Context*, Oxford, 2022, p. 861 ss.

⁴⁴ Sulla vicenda v., per tutti, D. SIMON, *Ordre Juridique de l'Union. Actes de l'Union. Déclaration UE/Turquie*, in *Europe*, aprile 2017, p. 11 ss.; E. CANNIZZARO, *Denialism as the Supreme Expression of Realism: A Quick Comment on NF v European Council*, in *EP*, vol. 2, n. 1, 2017, p. 251 ss.; A. GUÉRIN, *Déclaration UE – Turquie du 18 mars 2016: la CJUE ou les singes de la sagesse*, in *Revue des droits de l'homme*, vol. 16, 2019, p. 16 ss.; J.-Y. CARLIER, L. LEBOEUF, *Droit européen des migrations*, in *Journal de droit européen*, n. 3, 2019, p. 114 ss.;

Ivi oggetto di ricorso per annullamento era un accordo asseritamente concluso dal Consiglio europeo e dalla Repubblica di Turchia il 18 marzo 2016 e intitolato «Dichiarazione UE-Turchia, 18 marzo 2016» (appunto, la c.d. “Dichiarazione UE-Turchia”)⁴⁵. Il Tribunale (e la Corte confermando sbrigativamente in sede di impugnazione la valutazione del giudice di prime cure) ha ritenuto che l’atto in questione – a prescindere da una valutazione della sua natura politica⁴⁶ o della sua capacità di produrre effetti giuridici vincolanti – sia un “atto di un vertice internazionale, adottato a margine del Consiglio europeo”, un accordo internazionale stipulato dagli Stati membri che hanno agito non in qualità di membri del Consiglio europeo ma nella veste di capi di Stato e di governo insieme con l’omologo turco, e pertanto un atto rispetto al quale difetta la competenza a sindacare del giudice dell’Unione.

Esso ha impiegato solo il (ii) e il (iii) dei criteri esaminati nel par. precedente, ovvero preso in esame soltanto il contenuto dell’atto e il contesto in cui è stato adottato, svolgendo peraltro un’analisi parziale delle circostanze, tenendo in considerazione i comunicati stampa e le note sulle riunioni, ma non anche (o almeno non in modo coerente) il contesto politico della dichiarazione e la condotta delle istituzioni e i relativi aspetti “procedurali”. L’“interpretazione” degli stessi fatti avrebbe potuto condurre ad una conclusione opposta a quella elaborata. Il Tribunale, ad esempio, ha rilevato, *inter alia*, che i capi di Stato e di governo si sono sì avvalsi del supporto del segretariato generale del Consiglio e tenendo la riunione nello stesso edificio utilizzato per le riunioni del Consiglio europeo e del Consiglio, ma solamente «per

I. GOLDNER LANG, *Towards “Judicial Passivism” in EU Migration and Asylum Law?*, in T. ČAPETA, I. GOLDNER LANG, T. PERIŠIN (eds), *The Changing European Union: A Critical View on the Role of Law and Courts*, Oxford, 2022; M. GATTI, *op. cit.*

⁴⁵ Sulla base della dichiarazione in parola (v. *amplius*, *NF/Consiglio europeo*, già citata, punto 9): «pur riconfermando “l’impegno ad attuare il piano d’azione comune attivato il 29 novembre 2015 [la Repubblica di] Turchia e l’U[nione] riconosc[evano] che [erano] necessari ulteriori sforzi, rapidi e decisi”. [...] Al fine di smantellare il modello di attività dei trafficanti e offrire ai migranti un’alternativa al mettere a rischio la propria vita, l’UE e la [Repubblica di] Turchia hanno deciso oggi di porre fine alla migrazione irregolare dalla Turchia verso l’[Unione]; per conseguire questo obiettivo hanno concordato i seguenti punti d’azione supplementari».

⁴⁶ V. S. PEERS, *The Draft EU/Turkey Deal on Migration and Refugees: is it Legal?*, in *EU Law Analysis*, 16 March 2016, ritiene sia un mero *statement* politico e pertanto valido. La maggior parte della dottrina (citata alla nota 44) ritiene sia un atto adottato in violazione dell’art. 218 TFUE (e, *in primis*, delle competenze del Parlamento europeo) e pertanto invalido (v. ulteriori considerazioni *infra*, nel testo).

ragioni di costi, sicurezza e di efficacia». Neppure è stato dato opportuno rilievo al fatto che alla riunione abbiano presenziato il presidente del Consiglio europeo e quello della Commissione e che il primo abbia svolto compiti di rappresentanza e coordinamento, dal momento che ciò era in linea con il ruolo sempre svolto da tale figura nei pregressi negoziati sul tema con la Turchia. Ancora, non è stata data rilevanza al fatto che il comunicato stampa “controverso” (che riporta la dichiarazione UE-Turchia) faccia riferimento ad una “riunione dei membri del Consiglio europeo” (diversamente dai precedenti comunicati stampa che parlavano di riunione dei capi di Stato e di governo) e utilizzi l’espressione “UE” (dichiarazione UE-Turchia, appunto). Ma il giudice dell’UE ha ritenuto che si tratti di termini ambivalenti e ha avallato di fatto la tesi sostenuta dal Consiglio europeo (che si è costituito in giudizio per difendersi – e anche questa circostanza avrebbe dovuto essere tenuta in debita considerazione) per cui il comunicato è adoperato in un contesto giornalistico e (quindi) fa «uso intenzionale di formule semplificate, termini del linguaggio ordinario e sintesi. Questa volgarizzazione terminologica non potrebbe essere usata per effettuare valutazioni giuridiche e normative e, in particolare, non potrebbe alterare il contenuto o la natura giuridica del procedimento cui essa si riferisce, ossia [appunto] un vertice internazionale, come indicato nella versione PDF del comunicato stampa»⁴⁷.

Nessun rilievo autonomo – o almeno in combinato con gli altri criteri – ha assunto, invece, il criterio del riparto di competenze, che a rigore avrebbe dovuto essere il primo utilizzato e, in ogni caso, il più rilevante perché logicamente prioritario e dirimente. Rientrandosi palesemente in un ambito di competenza dell’Unione, gli Stati membri – agendo collettivamente ma al di fuori del quadro istituzionale – avevano violato la stessa⁴⁸ e, dunque, l’atto avrebbe potuto ritenersi adottato, in sostanza, dal Consiglio europeo (per una soluzione ancor più radicale, volta a riconoscere l’impugnabilità degli

⁴⁷ V., in particolare, punti 53 ss. dell’ordinanza del Tribunale. Si noti che oggetto di impugnazione è la versione online del comunicato, comunque pubblicata sul sito del Consiglio europeo, come atto di tale istituzione. Nel senso che la soluzione viene elaborata dal Tribunale come se ci si trovasse di fronte a un mero “errore comunicativo”: v. E. CANNIZZARO, *op. cit.*, p. 255 s.

⁴⁸ Insieme con il principio di attribuzione delle competenze, parrebbero violate anche le disposizioni sulle procedure per adottare gli atti, il principio dell’equilibrio istituzionale e quello di leale cooperazione dagli Stati membri verso l’Unione: per una sintesi efficace della violazione di tali regole v. C. TOVO, *Il Consiglio europeo in tempo di crisi: dall’involuzione istituzionale all’unità nella frammentazione*, in *Sidiblog*, 8 maggio 2017. Sulla violazione delle regole di diritto internazionale (pure contestata dai ricorrenti) v., in particolare, E. CANNIZZARO, *op. cit.*, p. 252.

atti dei governi degli Stati membri v. *infra*, par. 6). Con la conseguenza che il ricorso avrebbe dovuto considerarsi ricevibile almeno quanto all'atto oggetto di impugnazione e all'imputabilità ad una delle istituzioni di cui all'art. 263 TFUE. Poi, al limite, si sarebbe potuto riscontrare (come accennato) un difetto di legittimazione attiva dei ricorrenti⁴⁹ o si sarebbe potuto rigettare il ricorso nel merito, ma la soluzione del Tribunale (al pari di quella della Corte) appare caratterizzata da un certo grado di superficialità e incoerente, al proprio interno⁵⁰ e anche rispetto ai precedenti giurisprudenziali.

5. Segue: ... e nei casi EMA e ELA

Altrettanto indicativi di una lacuna nella tutela giurisdizionale sono i casi *EMA* (relativo alla sede dell'Agenzia europea dei medicinali) ed *ELA* (relativo alla sede dell'Agenzia europea del lavoro). L'esame si concentrerà in particolare sul caso *EMA*, essendo in *ELA* il ragionamento (e le contraddizioni) della Corte in larga misura sovrapponibile(i), come anticipato, a quello seguito in (e a quelle che caratterizzano) *EMA*.

Nella causa *EMA*, il ricorso verteva sull'annullamento della decisione adottata a margine della 3579^a riunione del Consiglio, in formazione «Affari generali», del 20 novembre 2017, nella parte in cui tale decisione designa la città di Amsterdam come nuova sede dell'Agenzia europea per i medicinali⁵¹. La Corte, dopo aver richiamato la giurisprudenza *Les Verts* e *AETS*, ha

⁴⁹ Nel senso che il Tribunale con la sua soluzione ha probabilmente voluto scoraggiare più in generale anche rinvii pregiudiziali di validità v. M. GATTI, *op. cit.*, p. 868.

⁵⁰ Come messo in luce nel testo e ben evidenziato in particolare da M. GATTI, *op. cit.*, p. 868, il giudice dell'Unione si contraddice almeno (i) dove sembra riconoscere valore giuridico ai due comunicati stampa delle due riunioni del 29 novembre 2015 e del 7 marzo 2016 che affermano che i rappresentanti degli Stati membri hanno partecipato alle riunioni come Capi di Stato e di Governo, ma non riconosce alcun valore giuridico (ma scopo meramente informativo) al comunicato stampa relativo alla riunione del 18 marzo 2016, che fa riferimento a riunione dei membri del Consiglio europeo; (ii) dove afferma che diversi aspetti/elementi del comunicato stampa dimostrano che i membri del Consiglio europeo hanno negoziato la dichiarazione del 18 marzo nella loro qualità di rappresentanti nazionali, anche se ben evidenzia che tale comunicato stampa utilizza un linguaggio semplificato (si parla – come visto – di volgarizzazione terminologica e di termini malauguratamente ambigui).

⁵¹ In *ELA* il Parlamento europeo chiedeva l'annullamento della decisione (UE) 2019/1199 adottata di comune accordo dai rappresentanti dei governi degli Stati membri, il 13 giugno 2019, sull'ubicazione della sede dell'Autorità europea del lavoro (Bratislava), decisione adottata a margine di una riunione del Consiglio e con il pieno coinvolgimento di Coreper e Segretariato generale nella procedura di selezione.

dichiarato di dover esaminare l'atto in questione – quanto alla verifica della sua effettiva imputabilità al Consiglio e, dunque, alla sua impugnabilità *ex art. 263* TFUE – alla luce del suo contenuto e dell'insieme delle circostanze nelle quali è stato adottato. Il giudice dell'UE ha quindi verificato, innanzitutto, «se la decisione relativa alla designazione della sede di un organo o di un organismo dell'Unione debba essere adottata dagli Stati membri, in virtù della regola enunciata all'articolo 341 TFUE, oppure se l'adozione di detta decisione spetti al legislatore dell'Unione, in virtù della base giuridica sostanziale applicabile al settore nel quale l'organo od organismo in questione è chiamato a intervenire»⁵². Nel concludere per questa seconda soluzione – escludendo la prima via sulla base di un'interpretazione letterale, sistematica e anche della prassi ed affermando che la «decisione relativa alla fissazione della sede di un organo o di un organismo dell'Unione, come un'agenzia dell'Unione, è [...], contrariamente a quanto asserisce il Consiglio, consustanziale alla decisione relativa alla sua creazione. Uguale natura presenta una decisione relativa alla rilocalizzazione della sede di una tale agenzia»⁵³ – la Corte ha riconosciuto la competenza esclusiva del legislatore dell'Unione in proposito, a prescindere dalla natura politica della scelta⁵⁴.

Tuttavia, la Corte ha proseguito il proprio ragionamento ritenendo che, né per il suo contenuto né per le circostanze in cui è stata adottata, la decisione impugnata possa essere qualificata come atto del Consiglio: ciò senza dare rilievo adeguato tra l'altro, come ben avrebbe potuto, al ruolo del Coreper e del Segretariato generale, al fatto che la scelta della sede venne formalizzata in un “atto della Presidenza del Consiglio, solo confermata dagli Stati membri a margine del Consiglio Affari Generali” e altresì alla circostanza che nei comunicati stampa essa risulta sempre come scelta dell'Unione europea. Secondo la Corte tale decisione è (piuttosto) «un atto adottato collettivamente e di comune accordo dai rappresentanti dei governi degli Stati membri»⁵⁵ e, in quanto adottata dagli Stati membri (pur con i coinvolgimenti di cui sopra) in un settore in cui i trattati non prevedono la loro competenza, essa è priva di qualsiasi effetto giuridico vincolante nell'ordinamento UE e, come tale,

⁵² V. *Italia/Consiglio (Siège de l'Agence européenne des médicaments)*, sopra citata, punto 66.

⁵³ *Ivi*, punto 89.

⁵⁴ *Ivi*, punto 91 ss., in particolare punti 92 e 98, dove si chiarisce anche la base giuridica dell'intervento del legislatore dell'Unione, ovvero, nella specie, l'art. 114 e l'art. 168, par. 4, TFUE, i quali prevedono il ricorso alla procedura legislativa ordinaria.

⁵⁵ *Italia/Consiglio (Siège de l'Agence européenne des médicaments)*, sopra citata, punto 105.

non è quindi impugnabile *ex art. 263 TFUE*⁵⁶. La Corte ha poi concluso che ragioni di certezza e di tutela giurisdizionale effettiva impongono al legislatore dell'UE di adottare un atto che convalidi o, al contrario, si discosti dalla decisione politica degli Stati membri, dal momento che solo un atto siffatto è idoneo a produrre effetti giuridici vincolanti nell'ambito dell'UE e può essere oggetto di ricorso per annullamento⁵⁷.

La soluzione cui giunge la Corte è solo all'apparenza formalmente ineccepibile: la decisione politica degli Stati membri è adottata in un settore di competenza UE e quindi non è vincolante, né di conseguenza impugnabile. Ad una attenta lettura, essa, al pari dell'*iter* argomentativo, risulta però contraddittoria, debole, incoerente rispetto ai precedenti giurisprudenziali e pericolosa, rischiandosi anche in questo caso (come in *NF*) un abuso da parte degli Stati membri (avallato dal giudice dell'Unione) della loro discrezionalità in ambiti pur di competenza esclusiva dell'UE ma che restano (indebitamente) sottratti a qualunque forma di controllo giurisdizionale.

L'impressione è che, definito il risultato che si voleva raggiungere, l'argomentazione sia stata costruita a ritroso. Eppure, proprio perché la decisione è stata adottata in un settore di competenza esclusiva dell'UE che viene violata dagli Stati membri, e proprio perché la stessa prassi dimostra che la scelta politica a monte degli Stati membri vincola sempre di fatto, a valle, le istituzioni, la Corte avrebbe dovuto (almeno⁵⁸) assimilarla ad un atto vincolante del Consiglio, come tale impugnabile *ex art. 263 TFUE*⁵⁹, dando

⁵⁶ *Ivi*, punti 110 e 113.

⁵⁷ *Ivi*, punto 111. Al successivo punto 112 si precisa che «nel caso di specie, per quanto riguarda la fissazione della nuova sede dell'EMA, la sola disposizione giuridicamente vincolante rientrante nel diritto dell'Unione è l'articolo 71 bis del regolamento n. 726/2004, inserito in quest'ultimo dal regolamento 2018/1718», che è stato poi effettivamente oggetto di impugnazione nelle sopra citate cause riunite C-106/19 e C-232/19. In tali giudizi, la Corte (spec. punto 155 ss.) – seguendo l'impostazione di cui alla sentenza in esame – non ha peraltro tenuto conto neppure del fatto che il Parlamento europeo riteneva fossero state lese le sue prerogative nella procedura legislativa che ha portato all'adozione del regolamento che modifica la sede, negando quindi anche la violazione dei principi di democrazia rappresentativa e di leale cooperazione. Secondo il giudice dell'Unione, infatti, il Parlamento europeo è intervenuto con diversi emendamenti nell'adozione del menzionato regolamento e, in ogni caso e soprattutto, la precedente decisione degli Stati membri non poteva in alcun modo considerarsi vincolante per l'istituzione (e infatti, come visto, essa non era impugnabile *ex art. 263 TFUE*). I ricorsi presentati nelle cause in parola sono stati rigettati entrambi nella loro interezza.

⁵⁸ Per l'altra possibile soluzione, ovvero l'estensione della sfera degli atti impugnabili *ex art. 263 TFUE*, v. *infra*, par. 6.

⁵⁹ Già C. SCHEPISI, *op. cit.*, p. 127, esaminando la più risalente giurisprudenza del giudice

rilievo a circostanze che invece ha ritenuto non sufficientemente influenti (ciò, come detto, al pari di quanto avrebbe dovuto accadere, *mutatis mutandis*, in *NF*). Così ragionando, sarebbe stata assicurata almeno la giustiziabilità dell'atto, a prescindere dalla decisione finale di merito, essendo qui impossibile – diversamente da *NF* – risolvere la causa nel senso del difetto di legittimazione ad agire.

In sintesi, *EMA* e così *ELA*⁶⁰ sono caratterizzati da quello stesso *judicial passivism* che la dottrina ha evidenziato con riguardo al caso *NF*⁶¹; e anche in questi due casi si è realizzato quanto rilevato sempre rispetto a *NF*, ovvero il fatto che la “fuga” operata dagli Stati membri dalla cornice istituzionale dell'Unione implica una «rinuncia alle garanzie fornite da tale ordinamento, in particolare sotto il profilo della completezza e dell'effettività del controllo giurisdizionale degli atti giuridici dell'UE, [accentuando] l'opacità nella ripartizione delle responsabilità politiche tra istituzioni dell'Unione e tra queste e gli Stati membri»⁶². Nei casi *EMA* e *ELA* si aggiunge un tema (*i.e.*, problema) di perdita di efficienza istituzionale e regolatoria dell'Unione⁶³.

dell'Unione aveva rilevato che «nei settori di competenza esclusiva (UE) le deliberazioni adottate dai Capi di Stati riuniti in sede di Consiglio sono considerate, in assenza di elementi determinanti, atti comunitari sottoponibili, se ed in quanto produttivi di effetti giuridici, al sindacato di legittimità della Corte di Giustizia».

⁶⁰ Come anticipato, il ragionamento seguito dalla Corte in *ELA* è sostanzialmente analogo e sovrapponibile a quello di *EMA* (v., in particolare, punti 81-92). La decisione oggetto di impugnazione non può essere considerata né per il suo contenuto né per le circostanze in cui è stata adottata come atto del Consiglio, ma piuttosto un atto adottato collettivamente e di comune accordo dai rappresentanti dei governi degli Stati membri, come tale non vincolante né impugnabile, pur se adottato in violazione della competenza esclusiva del legislatore dell'Unione ad intervenire nella definizione della sede dell'Agenzia.

⁶¹ V. I. GOLDNER LANG, *op. cit.*; M. GATTI, *op. cit.*, p. 861 ss.

⁶² V. C. TOVO, *op. cit.*, che pure si chiede se avrebbe allora più senso ragionare nel senso della non impugnabilità degli atti in esame considerandoli “atti politici”. Anche M. GATTI, *op. cit.*, p. 870 si chiede se «It may be wondered whether the rule of law would not be better served by an express doctrine of judicial restraint, such as the *acte de gouvernement*. A “political question” doctrine would be a “véritable objet de scandale”, but nonetheless preferable to denial of justice shrouded in formalism».

⁶³ V., in particolare, le osservazioni di J. ALBERTI, *Le agenzie dell'Unione europea*, Milano, 2018, p. 157-159, che argomenta che facendo prendere la decisione sulla sede agli Stati membri e non consentendone il controllo giurisdizionale si sono generati “mostri” come agenzie lontane e in sedi disagiate, a tutto svantaggio della loro efficienza e della efficienza *tout court* del sistema.

6. *Possibili diverse soluzioni ad opera del giudice o del costituente dell'Unione a garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale*

Come anticipato, nei tre casi esaminati l'atteggiamento della Corte di giustizia ha determinato un sostanziale vuoto di tutela giurisdizionale, una lacuna grave rispetto al principio di effettività su cui l'ordinamento dell'Unione si fonda, di fatto riconoscendo una sostanziale immunità agli Stati membri, che sono lasciati liberi di agire con eccessiva discrezionalità e che potrebbero abusare (*pro futuro*) della stessa, agendo come tali anziché, più propriamente, nella loro veste istituzionale in ambiti di competenza esclusiva UE al fine di sottrarsi, appunto, ad ogni forma di controllo del loro operato. La Corte si è dichiarata incompetente o ha sancito l'irricevibilità dei ricorsi, ma se gli Stati membri agiscono in settori riservati alla competenza esclusiva dell'Unione, il loro intervento, posto in essere in violazione delle norme dei trattati, deve poter essere censurato; la loro azione non può dichiararsi – solo perché posta in essere al di fuori di regole pattizie – non giustiziabile.

Per risolvere i menzionati difetti del sistema di protezione giurisdizionale dell'Unione e assicurarne l'effettività – in uno con il rispetto dello Stato di diritto anche a livello UE, evitando “sacche” di non tutela proprio dinanzi a quel giudice che ne impone il rispetto da parte degli ordinamenti nazionali – le soluzioni prospettabili (a prescindere poi dall'esito del ricorso sotto altri profili quanto alla ricevibilità e, evidentemente, a prescindere dal merito) avrebbero potuto e potrebbero essere soluzioni di tipo giurisprudenziale o normativo.

Con riguardo a quelle giurisprudenziali, una prima più radicale soluzione avrebbe potuto e potrebbe in futuro, a parità di condizioni, essere una presa di posizione “forte” della Corte di giustizia che, a fronte della violazione di competenze dell'Unione e, comunque, in considerazione del contenuto dell'atto e delle circostanze in cui è stato adottato, avesse ritenuto/ritenesse che l'atto impugnato è sostanzialmente un atto (rispettivamente) del Consiglio europeo e del Consiglio, come tale giustiziabile *ex art. 263 TFUE*. Parimenti radicale, e forse ancor più coraggiosa, avrebbe potuto/potrebbe essere la scelta di estendere le maglie dell'art. 263 TFUE e, con una soluzione alla *Les Verts*, ritenere che anche gli atti dei rappresentanti dei governi degli Stati membri (che agiscono in buona sostanza come “istituzioni di fatto” dell'Unione europea) sono, in quanto produttivi di effetti giuridici, giustiziabili dinanzi al giudice del Kirchberg.

Una seconda soluzione “intermedia” avrebbe potuto/potrebbe consistere nel riconoscere la ricevibilità e quindi la competenza del giudice UE

almeno per sindacare la competenza del soggetto agente ad adottare l'atto e, quindi, la valida formazione dello stesso, conseguentemente immaginando un percorso volto a censurare (se riscontrata) la violazione delle previsioni pattizie da parte degli Stati membri (agenti in ambiti esorbitanti la loro discrezionalità e rientranti, appunto, nella competenza dell'Unione). A supporto di tale impostazione, si potrebbe forse richiamare la giurisprudenza *FBF*⁶⁴, dove – seppur nell'ambito di un rinvio pregiudiziale di validità avente ad oggetto un atto non vincolante – la Corte si è ritenuta competente a valutarne almeno la valida formazione, effettuando un controllo sulla genesi dell'atto, per accertare se esorbitasse o meno le competenze di EBA.

Se, così procedendo, la Corte riscontrasse che l'atto non si è validamente formato perché non è di competenza del soggetto che lo ha adottato, certo la conseguenza sarebbe – come in *EMA* ed *ELA* – che l'atto non può produrre alcun effetto nell'ordinamento UE perché non è stato legittimamente adottato. Lo stesso avverrebbe ricorrendo alla giurisprudenza *BASF* e sostenendo che l'atto è inesistente (anche se qui, per giurisprudenza consolidata, la Corte dichiara i ricorsi irricevibili)⁶⁵.

Certo anche la scelta della irricevibilità non è irrilevante nel ragionamento complessivo: insistere sulla non obbligatorietà dell'atto pare significare (dal punto di vista della Corte) in qualche modo tutelare (almeno formalmente) le istituzioni (e la loro discrezionalità) che poi a valle partecipano al procedimento decisionale di definizione (anche) della sede.

Eppure, la prassi dimostra che, seppur non produttiva di effetti, nella sostanza la decisione degli Stati membri vincola l'operato successivo delle istituzioni, ma lo vincola illegittimamente, sottraendo loro una competenza conferitagli dai trattati. Non può sostenersi che davvero esista la non vincolatività di un atto dei governi degli Stati membri, perché sul piano fattuale esso costituisce un vincolo ineludibile.

Proprio per tale ragione sarebbe importante poterlo annullare per vio-

⁶⁴ Corte giust. 15 luglio 2021, C-911/19, *Fédération bancaire française (FBF)/Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)*, su cui v. il contributo di J. ALBERTI, *Un atto non vincolante può essere dichiarato invalido? Le Guidelines di EBA dinanzi alla Corte di giustizia*, in *DUE*, n. 2, 2022, p. 425 ss.

⁶⁵ V. Tribunale 27 febbraio 1992, T-79/89, da T-84/89 a T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 e T-104/89, *BASF AG e a./Commissione* (c.d. decisione PVC), spec. punti 31, 65, 68, 101; Corte giust. 8 luglio 1999, C-199/92 P, *Hüls/Commissione*, spec. punti 72 e 114. Secondo la giurisprudenza ivi richiamata il vizio dell'inesistenza è così grave da poter essere rilevato d'ufficio anche dopo il termine di cui all'art. 263, c. 6, TFUE, così da assicurare – pur dichiarando l'irricevibilità del ricorso – (i) la stabilità dei rapporti giuridici e (ii) la certezza diritto.

lazione della competenza o, al limite, dichiararlo inesistente. Certo, poi, a ben guardare, il vizio di incompetenza è sempre stato vissuto al contrario: è viziato l'atto adottato dalle istituzioni in danno alla competenza degli Stati membri, mentre nei casi in esame si dovrebbe dimostrare che dal momento che l'atto è comunque dotato di una sua persuasività politica diventa di fatto obbligatorio, e, come tale, esso lede la competenza dell'Unione e per tale ragione deve essere censurato.

E la censura dovrebbe concretizzarsi – come già ipotizzato in dottrina⁶⁶ – in una procedura di infrazione contro gli Stati membri (il cui avvio lo stesso giudice dell'Unione avrebbe potuto/potrebbe suggerire alla guardia dei trattati), per violazione del principio attribuzione delle competenze, dell'equilibrio istituzionale, delle procedure di adozione degli atti, dell'art. 4, par. 3, TUE. Forse, in questi casi, si dovrebbe addirittura immaginare un sistema (con necessaria revisione dei trattati) in cui la Commissione – a tutela dell'interesse generale dell'Unione a fronte degli Stati che agiscono *ultra vires* in danno ad una competenza esclusiva dell'UE e, dunque, del perimetro di azione dell'UE – è obbligata ad avviare la procedura di infrazione⁶⁷.

Una terza soluzione più *soft* avrebbe potuto/potrebbe consistere – sulla

⁶⁶ V. C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, p. 190 (che esclude invece categoricamente che si tratti di atti impugnabili *ex* – allora – art. 173 CEE). Nel senso che rispetto agli Stati membri che violano una competenza comunitaria dovrebbe avviarsi con una procedura di infrazione v. anche C. SCHEPISI, *op. cit.*, p. 124.

⁶⁷ Nei tre casi esaminati la competenza dell'Unione violata dagli Stati membri era una competenza esclusiva e, anche alla luce della giurisprudenza più risalente della Corte di giustizia, come visto (*supra*, par. 3), è pacifico che si dovrebbe reagire ad una siffatta violazione, censurando l'atto impugnato (o almeno per il tramite di una procedura di infrazione come qui si sta ipotizzando). Interessante sarebbe verificare l'atteggiamento del giudice dell'Unione rispetto ad un caso di violazione di competenza ripartita a titolo concorrente: in base alla giurisprudenza *Bangladesh Aid* (*supra*, par. 3), in assenza di un previo intervento dell'Unione e laddove dunque la competenza concorrente non sia ancora stata esercitata dalle istituzioni, è legittimo l'intervento degli Stati membri. Non appare però ozioso porsi l'interrogativo se un intervento *extra-ordinem* di tutti gli Stati membri non attesti di per sé che è preferibile un intervento delle istituzioni (alla luce del principio di sussidiarietà) e che dunque siffatto intervento possa divenire censurabile per violazione del principio di leale cooperazione dalla Commissione europea con procedura di infrazione, ma forse anche direttamente nell'ambito di un ricorso per annullamento, che dovrebbe essere dichiarato ricevibile (anche se l'atto è imputato agli Stati membri... e qui si ricade nella soluzione più radicale di estensione della categoria di atti impugnabili *ex* art. 263 TFUE, a meno di ritenere che gli Stati di fatto abbiano agito come Consiglio o Consiglio europeo cui l'atto viene ricondotto), per poi valutare il merito dell'atto.

scia di quanto avvenuto nella citata causa *UPA*⁶⁸ – in un invito ai signori dei trattati (alla cui volontà si fa riferimento, ad esempio, al punto 108 di *EMA*⁶⁹ e al punto 85 di *ELA*⁷⁰) a ripensare il sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione quanto, nei casi in esame, alla tipologia di atti impugnabili (in *UPA* il tema era quello della legittimazione ad agire).

Quanto, invece, alla soluzione normativa, si tratta di soluzione radicale (anche eventualmente a valle di un invito della Corte di giustizia del teno-

⁶⁸ *Unión de Pequeños Agricultores/Consiglio*, sopra citata, punto 45, dove si legge che «[a]nche se è indubbiamente concepibile un sistema di controllo della legittimità degli atti comunitari di portata generale diverso da quello istituito dal Trattato originario e mai modificato nei suoi principi, spetta, se del caso, agli Stati membri, in conformità all'art. 48 UE, riformare il sistema attualmente in vigore» (corsivo aggiunto).

⁶⁹ Dopo aver dichiarato che «107. L'argomentazione delle parti ricorrenti, secondo cui occorrerebbe nel caso di specie adottare un'accezione estesa degli autori degli atti ai quali l'articolo 263 TFUE si riferisce, vale a dire le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione, al fine di ritenere che la decisione impugnata sia stata adottata da un'istituzione, un organo o un organismo dell'Unione ai sensi di tale articolo, o, quantomeno, al fine di assimilare i presenti ricorsi a ricorsi proposti contro una decisione del Consiglio, non può dunque essere accolta senza disattendere il chiaro tenore letterale dell'articolo sopra citato (v., in tal senso, ordinanza del 16 giugno 2021, *Sharpston/Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri*, C-685/20 P, EU:C:2021:485, punto 48)», la Corte afferma che «108. Una simile interpretazione si porrebbe in contrasto anche con la volontà degli autori dei Trattati – rispecchiata dall'articolo 263 TFUE, il cui ambito di applicazione è limitato ai soli atti di diritto dell'Unione adottati dalle istituzioni, dagli organi e dagli organismi dell'Unione – di sottrarre gli atti degli Stati membri al controllo dei giudici dell'Unione» (corsivi aggiunti).

⁷⁰ In modo sostanzialmente analogo a *EMA*, in *ELA* la Corte afferma: «84. L'argomentazione del Parlamento, secondo cui occorrerebbe nel caso di specie adottare un'accezione estesa degli autori degli atti ai quali l'articolo 263 TFUE si riferisce, vale a dire le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione, al fine di ritenere che la decisione impugnata sia stata adottata da un'istituzione, da un organo o da un organismo dell'Unione ai sensi di tale articolo, o, quantomeno, al fine di assimilare il presente ricorso a un ricorso proposto contro una decisione del Consiglio, non può dunque essere accolta senza disattendere il chiaro tenore letterale dell'articolo summenzionato (v., in tal senso, ordinanza del 16 giugno 2021, *Sharpston/Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri*, C-685/20 P, EU:C:2021:485, punto 48). 85. Una simile interpretazione si porrebbe in contrasto anche con la volontà degli autori dei Trattati – rispecchiata dall'articolo 263 TFUE, il cui ambito di applicazione è limitato ai soli atti di diritto dell'Unione adottati dalle istituzioni, dagli organi e dagli organismi dell'Unione – di sottrarre gli atti degli Stati membri al controllo dei giudici dell'Unione. 86. Estendere la nozione di atti impugnabili ai sensi dell'articolo 263 TFUE agli atti adottati, anche di comune accordo, dagli Stati membri porterebbe, in definitiva, ad ammettere un controllo diretto del giudice dell'Unione sugli atti degli Stati membri e, dunque, ad aggirare i rimedi giuridici specificamente previsti in caso di inadempimento degli obblighi ad essi incombenti in virtù dei Trattati» (corsivi aggiunti).

re di quello a cui si è testé fatto riferimento), consistente in una modifica dell'art. 263 TFUE, volta a sancire la giustiziabilità degli atti dei "rappresentanti dei governi degli Stati membri" produttivi di effetti giuridici.

Certo una modifica dei trattati dovrebbe seguire le procedure di cui all'art. 48 TUE e incontrare la volontà di tutti gli Stati membri, che difficilmente (si immagina) si priverebbero della discrezionalità – e sostanziale immunità – di cui si discute. Altrettanto certo, però, che almeno il rispetto delle procedure, e dei margini di competenza dell'Unione, dovrebbe essere suscettibile di controllo giurisdizionale (come accade per i profili procedurali del meccanismo, senza dubbio politico, di cui all'art. 7 TUE).

Ci troviamo però di fronte ad un cortocircuito, analogo a quello cui si è accennato sopra con riguardo alla nomina dei giudici e degli avvocati generali di Corte e Tribunale. In questo caso, il cortocircuito pare anche peggiore, vista la politicità in senso più stretto dell'atto di nomina: qui si tratta davvero di atti di competenza dell'Unione, produttivi di effetti giuridici e rispetto a cui si sarebbe potuto dire (diversamente argomentando, anche sulla base di un dato normativo forte, per *EMA*, ma anche per *NF*) che si tratta di atti, nella sostanza, (rispettivamente) del Consiglio e del Consiglio europeo. La scelta della Corte, certamente dettata da ragioni di delicatezza politica delle questioni ad essa sottoposte, rischia tuttavia di essere pericolosa, perché il difetto di tutela giurisdizionale di cui si discute, a fronte di una scelta precisa degli Stati membri di assicurarsi una "sacca" di immunità, indebolisce, se non addirittura nega *in parte qua*, l'idea stessa di "comunità di diritto".

Abstract (ita)

Il contributo analizza la giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale dell'Unione nei casi *NF*, *EMA* ed *ELA* per verificare l'attualità e tenuta del sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione. Specie a fronte delle prese di posizione sempre più incisive del giudice dell'Unione per assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale negli ordinamenti degli Stati membri e censurarne la violazione, sembrano oggi (ancora) più evidenti che in passato alcune lacune di tutela nell'ordinamento UE in relazione agli atti dei rappresentanti dei governi degli Stati membri che pur agiscono in ambiti di competenza "comunitaria".

Lo scritto esamina se e in che misura è tutt'ora opportuno e giuridicamente sostenibile che gli Stati membri agiscano collettivamente restando il loro comportamento sottratto al sindacato giurisdizionale dell'Unione o se e dove, invece, si pone la necessità di un "aggiornamento" dei meccanismi di tutela, al fine di arginare la discrezionalità ancora riconosciuta agli Stati membri (con il rischio di loro comportamenti "abusivi"), e, in tal caso, quali soluzioni sono possibili e quali vie percorribili per raggiungerle. Del resto, almeno dal 1986 (causa 294/83, *Les Verts*) la Corte di giustizia ha affermato che la (allora) Comunità economica europea è una "comunità di diritto", dove in linea di principio ciò che accade di giuridicamente rilevante deve essere giustiziabile.

Abstract (eng)

The contribution analyzes the case-law of the ECJ and the GC in *NF*, *EMA* and *ELA* to verify the adequacy and stability of the EU judicial protection system. In light of the increasingly incisive positions taken by the EU Judges to ensure the effectiveness of judicial protection in the legal systems of the Member States and to censure its violation, some gaps in the EU judicial protection system seem today more evident than in the past, especially in relation to the acts of the representatives of the governments of the Member States who act within the scope of EU law. The article examines whether and to what extent it is still appropriate and legally sustainable for Member States to act collectively while escaping judicial control and whether and where, instead, there is a need for an 'update' of the protection mechanisms, in order to limit the discretion still recognized to Member States (with the risk of their 'abusive' behaviour), and, in this case, what solutions are possible and what ways can be pursued to achieve them. After all, at least since 1986 (case 294/83, *Les Verts*) the ECJ stated that the (then) EEC is a 'community of law', where in principle what does have legal effect must be justiciable.

LA TUTELA GIURISDIZIONALE EFFETTIVA DEI SINGOLI NEI SETTORI DELL'IMMIGRAZIONE E DELL'ASILO

Fabio Spitaleri*

SOMMARIO: 1. Introduzione: gli elementi che rendono particolarmente complessa la tutela giurisdizionale dei singoli nei settori dell'immigrazione e dell'asilo. – 2. L'armonizzazione minima nei settori considerati delle garanzie processuali e la conseguente valorizzazione, in chiave interpretativa, dell'art. 47 della Carta. – 3. L'art. 47 della Carta come strumento per modellare gli ordinamenti interni, in caso di violazione del contenuto essenziale del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva degli stranieri. – 4. *Segue*: profili della tutela giurisdizionale effettiva che possono incidere sull'identità nazionale degli Stati membri. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione: gli elementi che rendono particolarmente complessa la tutela giurisdizionale dei singoli nei settori dell'immigrazione e dell'asilo*

La garanzia di un adeguato livello di tutela giurisdizionale costituisce una sfida complessa per ogni ordinamento giuridico, in quanto implica la predisposizione di una disciplina processuale articolata e l'organizzazione di un apparato giudiziario, che deve essere indipendente e munito di adeguate risorse.

Nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea, gli Stati membri sono tenuti – in forza di quanto disposto dall'art. 19, par. 1, comma 2, TUE¹ – a stabilire i rimedi necessari per assicurare ai singoli una tutela giurisdizionale effettiva². A quest'obbligo corrisponde il diritto di ogni persona,

* Professore associato di diritto dell'Unione europea presso l'Università di Trieste, già referendario presso la Corte di giustizia delle Comunità europee.

¹ Sull'art. 19 TUE v. L. FUMAGALLI, *Art. 19 TUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, Padova, 2014, p. 89; G. TESAURO, *Art. 19 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014, p. 196, spec. p. 201 ss.; M. KLAMERT, B. SCHIMA, *Art. 19 TEU*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2019, p. 172, spec. p. 182 ss.

² V. Corte giust. 22 febbraio 2022, C-430/21, RS, nella quale la Corte ha stabilito che «ogni Stato membro deve, ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, assicurare che gli organi che sono chiamati, in quanto “giudici” nel senso definito dal diritto

previsto dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (nel prosieguo, la "Carta")³, di potersi avvalere di mezzi di ricorso effettivi in caso di violazione dei diritti sostanziali riconosciuti dall'Unione⁴.

dell'Unione, a statuire su questioni connesse all'applicazione o all'interpretazione di tale diritto e che rientrano quindi nel sistema nazionale di rimedi giurisdizionali nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, soddisfino i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva, tra cui, in particolare, quello dell'indipendenza» (punto 40). V. anche Corte giust. 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, punto 29; 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione/Polonia*, punto 50; 5 novembre 2019, C-192/18, *Commissione/Polonia*, punti 101 e 103; 20 aprile 2021, C-896/19, *Repubblika*, punti 36 e 37; 18 maggio 2021, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, *Asociația «Forumul Judecătorilor din România» e a.*, punti 191 e 192; e 21 dicembre 2021, C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 e C-840/19, *Euro Box Promotion e a.*, punti 220 e 221.

³ Sull'art. 47 della Carta e sul principio della tutela giurisdizionale effettiva v. M. BORRACETTI, *Fair Trial, Due Process and Rights of Defence in the EU Legal Order*, in G. DI FEDERICO (ed.), *The Charter of Fundamental Rights. From Declaration to Binding Instrument*, Dordrecht-Heidelberg-London-New York, 2011, p. 95; P. AALTO, H. HOFMANN, L. HOLOPAINEN, E. PAUNIO, L. PECH, D. SAYERS, D. SHELTON, A. WARD, *Art. 47 – Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford and Portland, Oregon, 2014, p. 1197; D. P. DOMENICUCCI, F. FILPO, C. CONSOLO, M. STELLA, M. CAIANIELLO, *Art. 47 della Carta*, 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; R. MASTROIANNI, *L'effettività della tutela giurisdizionale alla prova della Carta dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano – De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 586; F. PICOD, *Les limites au droit à une protection juridictionnelle effective devant les juridictions nationales*, in AA.VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, cit., p. 726; T. LOCK, D. MARTIN, *Art. 47 of the Charter*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *op. cit.*, p. 2214; 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 *Quaderni AISDUE*, n. 3, 2022, p. 28; 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.

⁴ V. Corte giust. 1° settembre 2022, C-19/21, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, punto 36, dove la Corte ha sottolineato che al diritto previsto dall'art. 47 della Carta «corrisponde l'obbligo imposto agli Stati membri dall'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione». L'ambito di applicazione del diritto spettante ai singoli e dell'obbligo gravante sugli Stati membri non coincide, però, del tutto. Infatti, mentre la Carta si applica agli Stati membri, ai sensi dell'art. 51, par. 1, «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione», l'obbligo di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva, ivi compreso il requisito dell'indipendenza dei giudici, vincola gli Stati membri in tutti i casi in cui si discute di un organo giurisdizionale nazionale che ha giurisdizione su

Nei settori dell'immigrazione e dell'asilo, che sono oramai ampiamente regolamentati da atti di diritto derivato dell'Unione, l'attuazione di quest'obbligo e, correlativamente, il riconoscimento di questo diritto risultano ancor più complessi, specie quando i soggetti coinvolti sono richiedenti protezione internazionale o stranieri in condizione di soggiorno irregolare. In genere, queste persone si trovano in una situazione molto diversa rispetto a quella della maggioranza degli individui che agiscono davanti a un organo giurisdizionale interno. Queste specificità devono essere tenute in debita considerazione dagli Stati membri nella disciplina e nella concreta organizzazione dei mezzi di ricorso a disposizione degli stranieri.

Anzitutto, molto spesso, se non quasi sempre, i richiedenti protezione internazionale e gli stranieri in condizione di soggiorno irregolare non conoscono sufficientemente la lingua utilizzata nel processo e, ancor prima, la lingua impiegata dalle autorità che adottano provvedimenti che possono incidere pesantemente sulla loro posizione soggettiva, come avviene nel caso di trasferimento in un altro Stato membro in applicazione del regolamento Dublino, diniego della protezione internazionale, trattenimento o rimpatrio. Nei procedimenti amministrativi che sfociano in questi atti e, eventualmente, nei successivi giudizi, un'adeguata tutela di questi soggetti può richiedere servizi di traduzione e l'assistenza di un interprete⁵.

Inoltre, molto spesso, se non quasi sempre, questi soggetti non dispongono delle risorse necessarie per pagare un avvocato e necessitano quindi di assistenza e rappresentanza legale a spese dello Stato. Gli Stati membri devono quindi approntare adeguate forme di gratuito patrocinio⁶, sostenendo costi che possono essere di un certo rilievo, in particolare nei periodi di afflusso massiccio di persone.

questioni riguardanti l'interpretazione e l'applicazione del diritto dell'Unione. Per la precisazione della portata delle due disposizioni citate, v. *RS*, sopra citata, punti 34-40.

⁵ V. art. 12, par. 2 e 3, della 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; art. 12, par. 1, lett. b), e par. 2, della 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); art. 27, par. 5, del regolamento (UE) 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).

⁶ V. artt. 20 e 21, della direttiva 2013/32/UE; art. 9, par. 6-10, e art. 26, par. 2-6, della direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione).

Infine, in alcune circostanze gli stranieri coinvolti non si trovano neppure sul territorio dello Stato membro dove ha sede l'organo giurisdizionale competente. È questo, ad esempio, il caso della persona respinta a una frontiera esterna, che intenda contestare l'atto che nega l'ingresso nello Spazio Schengen. In questi casi, per ottenere tutela giurisdizionale l'interessato deve attivarsi dal Paese terzo in cui è stato rinviato⁷. In una situazione analoga può trovarsi anche lo straniero, che chiede un visto d'ingresso presso il consolato territorialmente competente di uno Stato membro e che, in caso di rifiuto, intenda impugnare l'atto che respinge la sua istanza. Questa persona può proporre un ricorso davanti ai giudici di detto Stato membro, senza poter tuttavia accedere al territorio dell'Unione⁸. In casi del genere, un adeguato livello di tutela giurisdizionale presuppone alcuni accorgimenti aggiuntivi. Quantomeno, gli Stati membri sono tenuti a fornire agli interessati informazioni sui rimedi disponibili, sulle modalità di ricorso e sui giudici competenti⁹.

È chiaro che questi elementi rendono più complessa la tutela giurisdizionale di talune categorie di stranieri e implicano la predisposizione di apposite garanzie.

Queste particolarità sono piuttosto note ed evidenti. Per questa ragione, ci si potrebbe aspettare che esse siano adeguatamente considerate negli atti di diritto derivato, che le istituzioni dell'Unione europea hanno approvato in materia di immigrazione e asilo. In altri termini, si potrebbe pensare che in questi settori il legislatore dell'Unione abbia approvato una disciplina ragionevolmente dettagliata delle garanzie processuali. D'altra parte, una regolamentazione comune, sufficientemente precisa, sarebbe opportuna, in quanto eviterebbe, in settori così delicati, situazioni estreme di totale assenza o di palese inadeguatezza dei mezzi di ricorso esperibili.

In realtà, così non è. Come metteremo in evidenza nell'analisi che segue, le garanzie processuali previste dai regolamenti e dalle direttive di settore sono piuttosto limitate. In genere, gli atti di diritto derivato contemplano poche disposizioni di carattere processuale, le quali presentano un contenuto, talvolta, ambiguo, talvolta, incompleto. Inoltre, come vedremo meglio in

⁷ V. art. 14, par. 3, del regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen).

⁸ V. art. 32, par. 3, del regolamento (CE) 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti).

⁹ V. art. 32, par. 3, e allegato VI del regolamento (CE) 810/2009, cit., nonché art. 14, par. 3, del regolamento (UE) 2016/399.

seguito, si sono verificate situazioni eccezionali, nelle quali uno Stato membro non ha predisposto alcun mezzo di tutela giurisdizionale o ha previsto rimedi palesemente inadeguati.

Nel complesso, la disciplina dell'Unione consente comunque di assicurare una tutela processuale effettiva agli stranieri o, quantomeno, pone gli interessati – se adeguatamente assistiti – in condizione di contestare le carenze rilevabili negli ordinamenti interni.

A presidio del sistema e delle prerogative dei singoli, vi è infatti una disposizione chiave, l'art. 47 della Carta, la quale è di per sé «sufficiente» e «non deve essere precisat[a] mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un diritto», «invocabile in quanto tale», a una tutela giurisdizionale effettiva¹⁰. Le lacune presenti nel diritto derivato dell'Unione e nella legislazione degli Stati membri possono pertanto essere colmate, applicando immediatamente questa norma della Carta, che risulta dotata di efficacia diretta¹¹.

L'obiettivo del presente lavoro è quello di dimostrare la particolare rilevanza del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva nei settori dell'immigrazione e dell'asilo, nonché l'impatto rilevante, di natura costituzionale, che l'applicazione di questo diritto può avere negli ordinamenti interni, nei casi in cui la normativa statale vigente ne comprime il contenuto essenziale.

A tal fine il lavoro sarà così articolato. Esamineremo, anzitutto, alcune pronunce significative della Corte di giustizia, in materia di immigrazione e di asilo, che hanno applicato l'art. 47 della Carta, per chiarire la portata e colmare le lacune di talune disposizioni di carattere processuale presenti negli atti di diritto derivato (par. 2). Analizzeremo quindi le sentenze che, in questi settori, hanno impiegato la disposizione citata per creare nuovi

¹⁰ V. Corte giust. 14 maggio 2020, C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, punto 289. V. anche Corte giust. 17 aprile 2018, C-414/16, *Egenberger*, punto 78, e 19 novembre 2019, C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K.*, punto 162. Analogamente, efficacia diretta è stata riconosciuta all'art. 19, par. 1, comma 2, TUE (v. *RS*, sopra citata, punto 58).

¹¹ Sull'efficacia diretta dei principi generali e delle disposizioni della Carta v. N. LAZZERINI, *"Please, Handle with Care!" – Some Considerations on the Approach of the European Court of Justice to the Direct Effect of General Principles of European Union Law*, in L. PINESCHI (ed.), *General Principles of Law – The Role of the Judiciary*, Cham, 2015, p. 145; D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali: evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, spec. p. 333 ss.; F. SPITALERI, *L'effet direct du principe général d'égalité: un élément clé du droit antidiscriminatoire de l'Union européenne*, in AA.VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, cit., p. 925; F. COSTAMAGNA, *Diritti fondamentali e rapporti tra privati nell'ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2022.

rimedi giurisdizionali, non previsti, nei casi considerati, dalla legislazione dello Stato membro coinvolto. Il lavoro intende sottolineare l'impatto che, in situazioni del genere, l'art. 47 della Carta può avere sulla ripartizione dei poteri, definita a livello statale, tra legislatore, pubblica amministrazione e magistratura (par. 3). L'analisi della giurisprudenza permetterà di individuare alcuni profili del principio della tutela giurisdizionale effettiva che, al pari del requisito dell'indipendenza dei giudici, possono influire sul modello costituzionale scelto dagli Stati membri (par. 4). Trarremo infine le dovute conclusioni (par. 5).

2. *L'armonizzazione minima nei settori considerati delle garanzie processuali e la conseguente valorizzazione, in chiave interpretativa, dell'art. 47 della Carta*

Il principio della tutela giurisdizionale effettiva assume una particolare rilevanza nei settori dell'immigrazione e dell'asilo, in quanto le disposizioni relative ai mezzi di ricorso, contenute negli atti di diritto derivato, dispongono in genere un'armonizzazione minima: talvolta, sono formulate in maniera ambigua¹²; in alcuni casi, sono incomplete¹³; in altri casi ancora, prevedono un diritto, ma riconoscono agli Stati membri la possibilità di attuarlo (e limitarlo) attraverso diverse opzioni¹⁴.

¹² V., ad es., art. 13, par. 1, della direttiva 2008/115/CE, e *infra* in questo par.; cfr. anche art. 18 della direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare.

¹³ V., ad es., art. 27, par. 1, del regolamento 604/2013, e *infra* in questo par.; cfr. anche art. 20, par. 2, della direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo; art. 15, par. 6, della direttiva 2008/115/CE; art. 8, par. 2, della direttiva 2011/98/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro; art. 46, par. 3 e 4, della direttiva 2013/32/UE; art. 27, par. 2 e 5, del regolamento 604/2013.

¹⁴ V., ad es., in tema di accesso gratuito all'assistenza e alla rappresentanza legali, art. 13, par. 4, della direttiva 2008/115, che richiama l'art. 15 della direttiva 2005/85/CE del Consiglio, del 1° dicembre 2005, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato, sostituita ora dalla direttiva 2013/32; artt. 20 e 21 e art. 46, par. 5-8, della direttiva 2013/32; art. 9, par. 6-10, e art. 26, par. 2-6, della direttiva 2013/33; art. 27, par. 6, del regolamento 604/2013. V. anche, in tema di tutela cautelare, art. 27, par. 3, lett. a)-c), del regolamento 604/2013. V. ancora,

In questa sede, non è necessario svolgere un'analisi dettagliata di tutte le disposizioni di natura processuale presenti negli atti considerati¹⁵. È tuttavia utile ricordare le principali garanzie previste.

In generale, le disposizioni in esame si limitano a disporre: l'obbligo di adottare un provvedimento scritto e motivato, nonché di notificarlo al destinatario¹⁶; l'obbligo di fornire agli interessati informazioni sui rimedi esperibili¹⁷; il diritto di ricorso davanti a un organo giurisdizionale¹⁸; in alcuni casi, il diritto alla tutela cautelare, con qualche indicazione circa le modalità con cui essa deve essere garantita¹⁹; il diritto, riconosciuto a talune categorie di stranieri, all'assistenza e/o alla rappresentanza legale gratuita, con am-

con riguardo all'obbligo di traduzione degli atti, art. 12, par. 2 e 3, della direttiva 2008/115. V. infine, con riferimento alle modalità di convalida giudiziaria di una decisione di trattenimento di uno straniero in condizione di soggiorno irregolare, art. 15, par. 2, lett. a) e b), della direttiva 2008/115.

¹⁵ Per un'ampia analisi delle principali disposizioni di carattere processuale presenti negli atti di diritto derivato adottati in materia di immigrazione e asilo v. J. BORNEMANN, C. ARÉVALO, T. KLARMANN, *Family Reunification Directive 2003/86/EC*, in D. THYM, K. HAILBRONNER (eds.), *EU Immigration and Asylum Law. Article-by-Article Commentary*, München, 2022, p. 432, spec. p. 533 ss.; e, nello stesso volume, C. HRUSCHKA, F. MAIANI, *Dublin III Regulation (EU) No 604/2013*, p. 1639, spec. p. 1723 ss.; F. LUTZ, S. MANANASHVILI, M. MORARU, *Return Directive 2008/115/EC*, p. 692, spec. p. 757 ss. e 770 ss.; A. MELONI, *Visa Code Regulation (EC) No 810/2009*, p. 84, spec. p. 156 ss.; S. PROGIN-THEUERKAUF, A. EPINEY, *Schengen Borders Code Regulation (EU) 2016/399*, p. 216, spec. p. 258 ss.; L. TSOURDI, *Asylum Reception Conditions Directive 2013/33/EU*, p. 1540, spec. p. 1576 ss. e p. 1632 ss.; e J. VEDSTED-HANSEN, *Asylum Procedures Directive 2013/32/UE*, p. 1429, spec. p. 1473 ss. e 1529 ss. V. anche S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione Europea*, Torino, 2022, spec. p. 29, p. 41 ss., p. 170 ss., p. 210 ss., p. 287 ss., p. 341 ss., p. 410 ss.

¹⁶ V. art. 20, par. 1, della direttiva 2003/109; art. 12, par. 1, della direttiva 2008/115; artt. 32, par. 2, e 34, par. 6, del regolamento 810/2009; art. 8, par. 1, della direttiva 2011/98; art. 12, par. 1, lett. e) e f), della direttiva 2013/32; art. 9, par. 2, della direttiva 2013/33; art. 26, par. 1, del regolamento 604/2013; e art. 14, par. 2, del regolamento 2016/399.

¹⁷ V. art. 20, par. 1, della direttiva 2003/109; artt. 32, par. 3, e 34, par. 7, del regolamento 810/2009; art. 8, par. 2, della direttiva 2011/98; art. 12, par. 1, lett. f), e art. 19, par. 1, della direttiva 2013/32; art. 9, par. 4, della direttiva 2013/33; art. 26, par. 2 e 3, del regolamento 604/2013; e art. 14, par. 3, del regolamento 2016/399.

¹⁸ V. art. 20, par. 1, della direttiva 2003/109; art. 13, par. 1, della direttiva 2008/115; artt. 32, par. 3, e 34, par. 7, del regolamento 810/2009; art. 8, par. 2, della direttiva 2011/98; art. 46, par. 1-3, della direttiva 2013/32; art. 26, par. 1, della direttiva 2013/33; art. 27, par. 1, del regolamento 604/2013; e art. 14, par. 3, del regolamento (UE) 2016/399, cit.

¹⁹ V. art. 13, par. 2, della direttiva 2008/115; art. 46, par. 5-8, della direttiva 2013/32; e art. 27, par. 3, del regolamento 604/2013.

pie facoltà di modulazione di questa prerogativa²⁰; in alcuni casi, obblighi di traduzione e/o di assistenza linguistica tramite un interprete²¹; infine, la necessità di convalida in sede giudiziaria delle misure di trattenimento, con alcune limitate prescrizioni circa il procedimento da seguire²².

Ai fini della presente analisi, è importante sottolineare che il carattere minimale della disciplina processuale è trasversale, nel senso che caratterizza tutte le tipologie di atti in materia di immigrazione e asilo, adottati nel tempo dalle istituzioni dell'Unione. In effetti, questa caratteristica è più accentuata nelle direttive di "prima generazione" (adottate antecedentemente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona)²³, ma si rileva altresì nelle direttive di seconda generazione²⁴ e nei regolamenti²⁵ che, dal punto di vista materiale, contengono disposizioni molto più dettagliate. In altri termini, anche laddove esiste, per altri profili, una disciplina articolata, le disposizioni di carattere processuale hanno, in genere, un contenuto limitato²⁶.

²⁰ V. art. 13, par. 4, della direttiva 2008/115, che rinvia all'art. 15, par. 3-6, della direttiva 2005/85, poi sostituita dalla direttiva 2013/32; artt. 20 e 21, della direttiva 2013/32; art. 9, par. 6-10, e art. 26, par. 2-6, della direttiva 2013/33; e art. 27, par. 6, del regolamento 604/2013.

²¹ V. art. 12, par. 2 e 3, della direttiva 2008/115; e art. 27, par. 5, del regolamento 604/2013.

²² V. art. 15 della direttiva 2008/115; art. 9, par. 3 e 5, della direttiva 2013/33; e art. 28, par. 4, del regolamento 604/2013, che rinvia agli artt. 9-11 della direttiva 2013/33.

²³ V., ad es., art. 18 della direttiva 2003/86; art. 20 della direttiva 2003/109; e artt. 12 e 15 della direttiva 2008/115. In generale, sull'evoluzione della disciplina in materia di immigrazione e asilo dell'Unione europea v. A. ADINOLFI, *La "politica comune dell'immigrazione" a cinque anni dal Trattato di Lisbona: linee di sviluppo e questioni aperte*, in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, p. 3, e L. DANIELE, *Prefazione alla prima edizione*, in S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., p. XV.

²⁴ V., ad es., art. 46 della direttiva 2013/32 e artt. 9 e 26 della direttiva 2013/33.

²⁵ V., ad es., art. 32, par. 3, del regolamento 810/2009; art. 27 del regolamento 604/2013; e art. 14, par. 3, del regolamento 2016/399.

²⁶ Rispetto agli altri atti adottati nel settore dell'immigrazione e dell'asilo, la direttiva 2013/32 contiene un maggior numero di disposizioni di carattere processuale, che riguardano i richiedenti protezione internazionale. Oltre all'art. 46 che riconosce il diritto a un ricorso giurisdizionale, possono essere menzionati: l'art. 12, par. 2, il quale prevede il diritto a un interprete, la possibilità di comunicare, in particolare, con l'UNHCR e l'accesso a talune informazioni; l'art. 20, il quale garantisce il diritto di assistenza e rappresentanza legali gratuite, con possibilità di modulare tale diritto secondo varie opzioni previste dalla direttiva; l'art. 22, il quale dispone l'accesso a un avvocato; e, infine, gli artt. 24 e 25, che assicurano garanzie specifiche a favore delle persone aventi particolari bisogni e dei minori non accompagnati. Nel complesso, la disciplina risulta comunque largamente incompleta, in quanto presenta numerose lacune.

In questo contesto, il principio della tutela giurisdizionale effettiva, codificato dall'art. 47 della Carta, svolge un ruolo molto importante: l'interpretazione, alla luce di questo principio, delle disposizioni di natura processuale, presenti negli atti di diritto derivato, consente di chiarirne la portata e di completarne il contenuto²⁷. L'applicazione del principio, in chiave interpretativa, permette di superare le ambiguità e di colmare le lacune che, negli atti considerati, sono numerose.

Un esempio di disposizione *ambigua*, la cui interpretazione è stata chiarita alla luce dell'art. 47 della Carta, è rappresentato dall'art. 13, par. 1, della direttiva 2008/115 (c.d. direttiva rimpatri). Quest'ultimo prevede che il ricorso contro una decisione di rimpatrio possa essere presentato a «un'autorità giudiziaria» o anche a un'autorità «amministrativa» o ad altro «organo competente composto da membri imparziali che offrono garanzie di indipendenza». La disposizione denota un certo grado di ambiguità, in quanto, se interpretata letteralmente, lascerebbe intendere che l'organo competente potrebbe anche essere un'autorità amministrativa.

Nella sentenza *Országos* del 2020 la Corte ha chiarito, alla luce dell'art. 47 della Carta, la portata di questa disposizione²⁸.

Il caso riguardava alcuni stranieri di nazionalità afghana e iraniana, che erano giunti in Ungheria, dove avevano presentato domanda di asilo. Le competenti autorità ungheresi hanno rigettato la domanda, considerandola inammissibile, e hanno disposto il rimpatrio di queste persone in Serbia, la quale si rifiutava però di riammetterle sul suo territorio. Le autorità ungheresi hanno pertanto modificato l'originaria decisione di rimpatrio, indicando quale nuovo Paese terzo di destinazione, rispettivamente, l'Afghanistan e l'Iran. Contro questa modifica gli interessati hanno proposto opposizione davanti all'autorità amministrativa competente. Il loro reclamo è stato tuttavia respinto, senza possibilità di impugnazione ulteriore, in quanto la

²⁷ I casi in cui la Corte di giustizia ha interpretato le disposizioni di natura processuale, presenti negli atti di diritto derivato in materia di immigrazione e asilo, alla luce dell'art. 47 della Carta, sono molto numerosi. Oltre alle sentenze considerate nel testo del presente scritto, v. Corte giust. 28 luglio 2011, C-69/10, *Samba Diouf*; 17 dicembre 2015, C-239/14, *Tall*; 26 luglio 2017, C-348/16, *Sacko*; 25 ottobre 2017, C-201/16, *Shiri*; 25 gennaio 2018, C-360/16, *Hasan*; 19 giugno 2018, C-181/16, *Gnandi*; 26 settembre 2018, C-175/17, *Belastingdienst/Toeslagen*; 26 settembre 2018, C-180/17, *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*; 18 ottobre 2018, C-662/17, *E.G.*; 19 marzo 2019, C-163/17, *Jawo*; 19 marzo 2020, C-564/18, *Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal (Tompa)*; e 15 aprile 2021, C-194/19, *Stato belga*.

²⁸ *Országos*, sopra citata, punto 147. Su tale pronuncia v. S. BARBOU DES PLACES, *Quand violation du droit de l'immigration et crise de l'État de droit se rejoignent dans le prétoire de la Cour*, in *RTDE*, n. 1, 2021, p. 199.

legislazione ungherese non contemplava un ricorso davanti a un organo giurisdizionale.

La Corte ha stabilito che «l'articolo 13 della direttiva 2008/115, in combinato disposto con l'articolo 47 della Carta, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa di uno Stato membro in forza della quale la modifica, da parte di un'autorità amministrativa, del paese di destinazione figurante in una decisione di rimpatrio anteriore può essere impugnata dal cittadino di un paese terzo interessato solo mediante un ricorso presentato dinanzi a un'autorità amministrativa, senza che sia garantito un successivo controllo giurisdizionale della decisione di tale autorità»²⁹.

L'art. 13, par. 1, della direttiva rimpatri consente, quindi, agli Stati membri di prevedere che, in prima battuta, su un reclamo decida un'autorità amministrativa; in tal caso, però, deve essere poi consentito agli interessati di impugnare la decisione, resa da quest'ultima autorità, davanti a un organo giurisdizionale vero e proprio. Così intesa, alla luce dell'art. 47 della Carta, la disposizione citata risulta in linea con le garanzie imposte dal principio della tutela giurisdizionale effettiva.

Un esempio di disposizione *incompleta*, il cui contenuto è stato integrato alla luce dell'art. 47 della Carta, è costituito, invece, dall'art. 27, par. 1, del regolamento 604/2013 (cd. regolamento Dublino III), il quale riconosce al richiedente protezione internazionale il «diritto a un ricorso effettivo avverso una decisione di trasferimento, o a una revisione della medesima, in fatto e in diritto, dinanzi a un organo giurisdizionale»^{30 31}.

²⁹ *Országos*, sopra citata, punto 147.

³⁰ Sulla portata dell'art. 27, par. 1, del regolamento Dublino III v. M. DEN HEIJER, *Remedies in the Dublin Regulation: Ghezalbash and Karim*, in *CMLR*, vol. 54, n. 3, 2017, p. 859; G. CAGGIANO, *Il richiedente la protezione internazionale davanti al giudice tra tutela giurisdizionale effettiva e autonomia processuale degli Stati membri dell'Unione europea*, in *SIE*, n. 3, 2019, p. 579.

³¹ Un altro es. di disposizione incompleta è rappresentato dall'art. 15, par. 6, della direttiva 2008/115, il quale prevede che il termine massimo di trattenimento di uno straniero in condizione di soggiorno irregolare (pari a sei mesi) può essere eccezionalmente prorogato fino a dodici mesi ulteriori «nei casi in cui, nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, l'operazione di allontanamento rischia di durare più a lungo», a causa della mancata cooperazione da parte dello straniero o dei ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione da Paesi terzi. Le garanzie processuali in caso di proroga del trattenimento non sono disciplinate da questa disposizione. Trattandosi di un prolungamento importante della detenzione, che può incidere notevolmente sulla libertà personale dei migranti, tale lacuna è stata opportunamente colmata dalla Corte di giustizia nelle sentenze 10 settembre 2013, C-383/13 PPU, *G. e R.*, e 5 giugno 2014, C-146/14 PPU, *Mabdi*. Sul punto v. F. SPITALERI, *Il rimpatrio e la detenzione dello straniero tra esercizio di prerogative statali e garanzie sovran-*

A tal riguardo, è opportuno ricordare che normalmente il contenzioso relativo all'applicazione del regolamento Dublino riguarda proprio la contestazione di una decisione di trasferimento: in particolare, quando uno Stato membro considera competente a pronunciarsi sulla domanda di protezione internazionale un altro Stato membro, il primo rivolge al secondo una richiesta di presa in carico dell'interessato³²; se tale istanza viene accettata, lo Stato membro richiedente adotta una decisione di trasferimento della persona coinvolta verso lo Stato membro richiesto. Contro il provvedimento, il richiedente protezione internazionale può presentare ricorso, ai sensi dell'art. 27, par. 1, del regolamento Dublino III. In questo caso, la disposizione citata non lascia spazio a dubbi circa la necessità che l'autorità competente sia un organo giurisdizionale.

Tuttavia, tale disposizione presenta una lacuna importante. In effetti, essa limita il diritto di ricorso a un'unica categoria di atti, vale a dire le decisioni di trasferimento. Altre tipologie di provvedimenti, come le decisioni di rifiuto di presa in carico dell'interessato, che possono essere adottate nel corso della procedura Dublino, non sono incluse tra gli atti impugnabili.

Questa lacuna è stata colmata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid* del 2022³³.

Il caso riguardava un minore non accompagnato di nazionalità egiziana, presente in Grecia e desideroso di ricongiungersi con lo zio, anch'egli egiziano, legalmente residente nei Paesi Bassi. Nell'ambito di una procedura Dublino, le autorità greche hanno rivolto alle autorità olandesi una domanda di presa in carico del minore, fondata sull'art. 8, par. 2, del regolamento 604/2013³⁴. Quest'ultima richiesta è stata tuttavia respinta dai Paesi Bassi.

zionali, Torino, 2017, p. 181 ss.

³² Più precisamente, si parla di *presa in carico* quando lo Stato membro, cui il richiedente ha presentato per la prima volta domanda di protezione internazionale, ritiene che la competenza spetti ad altro Stato membro. Il primo Stato membro può chiedere al secondo di "prendere in carico" il richiedente per l'esame della domanda di protezione internazionale e per la concessione della protezione (v. art. 21, par. 1, del regolamento 604/2013). Si parla invece di *ripresa in carico* quando il richiedente, che ha presentato la prima domanda di protezione internazionale in uno Stato membro, si è successivamente spostato in un altro Stato membro, dove si trova e dove ha presentato, o meno, una nuova istanza. Questo secondo Stato membro può chiedere al primo di riprendere in carico il richiedente protezione (v. art. 23, par. 1, e art. 24, par. 1, del regolamento 604/2013). Sulle nozioni di presa e ripresa in carico v. C. HRUSCHKA, F. MAIANI, *op. cit.*, p. 1707 ss. e p. 1714 ss.

³³ *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, sopra citata.

³⁴ L'art. 8, par. 2, del regolamento 604/2013 prevede che «laddove il richiedente sia un minore non accompagnato che ha un parente presente legalmente in un altro Stato membro

Nel caso di specie era dubbio se il rigetto fosse suscettibile di impugnazione.

Anche in tal caso, la Corte ha interpretato la disposizione controversa alla luce dell'art. 47 della Carta, riconoscendo alla persona direttamente coinvolta (il minore non accompagnato) il diritto di ricorrere contro la decisione di rifiuto di presa in carico³⁵.

La Corte ha sottolineato che «al pari di una decisione di trasferimento, una simile decisione di rifiuto di presa in carico può pregiudicare il diritto che il minore non accompagnato trae dall'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento Dublino III di essere ricongiunto con un parente che può occuparsi di lui, ai fini dell'esame della sua domanda di protezione internazionale. Pertanto, in entrambi i casi, al minore interessato deve essere consentito di proporre un ricorso al fine di dedurre la violazione del suddetto diritto, conformemente all'articolo 47, primo comma, della Carta»³⁶. La Corte ha quindi stabilito che «un richiedente minore non accompagnato deve poter proporre un ricorso giurisdizionale, in forza dell'articolo 27, paragrafo 1, del regolamento in questione, non solo nell'ipotesi in cui lo Stato membro richiedente adotti una decisione di trasferimento, ma anche in quella in cui lo Stato membro richiesto rifiuti la presa in carico dell'interessato». L'evidente lacuna presente nell'art. 27, par. 1, del regolamento Dublino III è stata in tal modo colmata, facendo leva sul principio della tutela giurisdizionale effettiva.

L'interpretazione degli atti approvati dalle istituzioni dell'Unione alla luce della Carta e dei principi generali non costituisce certo una novità nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Si tratta infatti di un'operazione ermeneutica consolidata: per quanto possibile, tutti gli atti di diritto derivato

e qualora sia accertato in base a un esame individuale che il parente può occuparsi di lui/lei, detto Stato membro provvede al ricongiungimento del minore con il(i) parente(i) ed è lo Stato membro competente, purché ciò sia nell'interesse superiore del minore».

³⁵ Analogo diritto di ricorso contro la decisione di rifiuto della presa in carico non è stato invece riconosciuto al parente con il quale il minore intende ricongiungersi: v. *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, sopra citata. La Corte ha stabilito infatti che «per quanto riguarda invece il parente del richiedente, nell'accezione di cui all'articolo 2, lettera j), del regolamento Dublino III, che risiede nello Stato membro richiesto, occorre rilevare che l'articolo 27, paragrafo 1, di tale regolamento non gli conferisce alcun diritto di ricorso». Essa ha aggiunto che «né l'articolo 7 e l'articolo 24, paragrafo 2, della Carta né l'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento Dublino III gli conferiscono diritti che questi potrebbe far valere in giudizio contro una simile decisione di rigetto, sicché tale parente non può trarre un diritto di ricorso avverso una decisione del genere neanche sulla base del solo articolo 47 della Carta» (punto 50; v. anche punto 55).

³⁶ V. *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, sopra citata, punto 42.

devono essere interpretati conformemente a queste fonti primarie. Nei settori dell'immigrazione e dell'asilo, quest'approccio risulta tuttavia di fondamentale importanza, proprio in considerazione del carattere minimale delle garanzie processuali previste dalle direttive e dai regolamenti che disciplinano questi settori.

3. *L'art. 47 della Carta come strumento per modellare gli ordinamenti interni, in caso di violazione del contenuto essenziale del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva degli stranieri*

Il principio della tutela giurisdizionale effettiva è stato valorizzato dalla Corte, nei suddetti settori, anche in un altro contesto, che merita di essere considerato ai fini della nostra analisi.

È noto che in alcuni Stati membri è diffusa la convinzione che il fenomeno migratorio debba essere regolamentato e gestito in una chiave prevalentemente securitaria. Questa tendenza, portata agli estremi, si è tradotta, in uno Stato membro (l'Ungheria), nella compressione eccessiva – se non, in talune circostanze, nel vero e proprio diniego – delle più elementari garanzie del giusto processo.

In questo contesto, la Corte di giustizia ha elaborato un orientamento molto interessante, che potremmo definire “di rilievo costituzionale”: laddove la normativa dello Stato membro considerato comprime il contenuto essenziale del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, l'art. 47 della Carta attribuisce al giudice nazionale nuove prerogative di intervento, che possono modificare l'equilibrio dei poteri, definito a livello statale, tra legislatore, magistratura e pubblica amministrazione.

Un primo esempio di questo approccio si può rinvenire nella sentenza *Országos*, già citata sopra³⁷.

In questo caso, la Corte di giustizia doveva, tra le altre cose, valutare se gli artt. 15 e 16 della direttiva 2008/115 e l'art. 9 della direttiva 2013/33 (cd. direttiva accoglienza) ostassero alla normativa ungherese che non prevedeva alcun mezzo di ricorso per contestare la legittimità del trattenimento degli stranieri (in condizione di soggiorno irregolare o richiedenti protezione) in una zona di transito al confine.

Anzitutto, la Corte ha ribadito l'efficacia diretta dell'art. 47 della Car-

³⁷ *Országos*, sopra citata.

ta³⁸. Essa ha ricordato che «l'articolo 15, paragrafo 2, terzo comma, della direttiva 2008/115 e l'articolo 9, paragrafo 3, della direttiva 2013/33 costituiscono una concretizzazione, nel settore considerato, del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, garantito all'articolo 47 della Carta». Quest'ultima disposizione, ha aggiunto la Corte, «è sufficiente di per sé e non deve essere precisat[a] mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale»³⁹. Il riconoscimento dell'efficacia diretta è molto importante, in quanto costituisce il presupposto giuridico per l'eventuale disapplicazione di normative interne incompatibili.

Ciò detto, la Corte ha sottolineato che l'assenza di controllo giurisdizionale in caso di trattenimento disconosce il contenuto essenziale del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva. Infatti, «una normativa nazionale che non garantisce alcun controllo giurisdizionale della legittimità della decisione amministrativa che dispone il trattenimento di un richiedente protezione internazionale o di un cittadino di un paese terzo in una situazione di soggiorno irregolare costituisce, non solo, [...] una violazione dell'articolo 15, paragrafo 2, terzo comma, della direttiva 2008/115 e dell'articolo 9, paragrafo 3, della direttiva 2013/33, ma *non tiene neanche conto del contenuto essenziale del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva*, garantito all'articolo 47 della Carta, nella misura in cui 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»⁴⁰.

Queste considerazioni hanno indotto la Corte a individuare una soluzione originale, per porre rimedio alla grave carenza rilevata.

La Corte ha stabilito infatti che «il principio del primato del diritto dell'Unione, nonché il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, garantito dall'articolo 47 della Carta, impongono al giudice del rinvio, qualora ritenga che i ricorrenti nei procedimenti principali siano oggetto di un trattenimento, di dichiararsi competente ad esaminare la regolarità di un siffatto trattenimento disapplicando, se necessario, qualsiasi disposizione nazionale che gli vieterebbe di procedere in tal senso»⁴¹.

In presenza di una normativa nazionale che non permette alcun sindacato dell'atto che dispone la detenzione dello straniero, l'art. 47 della Carta

³⁸ Sull'efficacia diretta dell'art. 47 della Carta v. giurisprudenza cit. alla nota 10.

³⁹ *Országos*, sopra citata, punto 289.

⁴⁰ *Országos*, sopra citata, punto 290. Corsivo aggiunto.

⁴¹ *Országos*, sopra citata, punto 291.

impone al giudice adito (cioè al giudice scelto dal ricorrente) di affermare la propria competenza ad esaminare la legittimità del provvedimento.

Non c'è dubbio che detta soluzione presenta un rilievo costituzionale. In casi del genere, l'applicazione dell'art. 47 della Carta determina una deviazione (del tutto giustificata) dal principio classico della precostituzione per legge del giudice. In assenza di un giudice individuato *ex ante* dal legislatore statale, la competenza è attribuita *ex post* dall'art. 47 della Carta. Questa disposizione diviene in tal modo il fondamento normativo della competenza dell'organo giurisdizionale adito, il quale risulta legittimato a sindacare il provvedimento amministrativo di trattenimento, anche se tale scrutinio non è previsto o, addirittura, anche se esso è vietato dalla legislazione interna.

Un altro esempio di questo approccio è costituito dal caso *Torubarov*⁴². Si tratta di un altro caso "estremo" che riguarda sempre l'ordinamento ungherese.

La causa principale era stata avviata da un imprenditore di nazionalità russa, sostenitore attivo di un partito politico di opposizione, il quale era stato sottoposto in Russia a diversi procedimenti penali. Questa persona era fuggita in Ungheria, dove aveva chiesto ripetutamente protezione internazionale. Per due volte, l'Ufficio per l'Immigrazione e l'Asilo ungherese aveva rigettato la domanda e, per due volte, i giudici ungheresi, ai quali il signor Torubarov si era rivolto, avevano annullato le decisioni di diniego e ordinato l'avvio di un nuovo procedimento, sottolineando il carattere contraddittorio e manifestamente erroneo della motivazione addotta dall'amministrazione⁴³. Dopo che, per la terza volta, l'Ufficio per l'Immigrazione e l'Asilo ha rigettato l'istanza del signor Torubarov e che, per la terza volta, quest'ultimo ha proposto un ricorso contro il diniego, il giudice adito ha effettuato un rinvio pregiudiziale, per chiedere alla Corte se l'art. 46, par. 3, della direttiva 2013/32 (cd. direttiva procedure), in combinato disposto con l'art. 47 della Carta, conferisca al giudice nazionale il potere di riformare il provvedimento dell'autorità amministrativa e di sostituire detto provvedimento con una propria decisione, esercitando un potere non previsto dalla legge statale.

In passato, la Corte di giustizia aveva già affrontato il problema dell'esecuzione delle sentenze che annullano una decisione amministrativa in materia di protezione internazionale.

⁴² Corte giust. 29 luglio 2019, C-556/17, *Torubarov*. Su tale pronuncia v. L. COUTRON, *À propos du droit à l'exécution des décisions des juridictions nationales: une construction à parfaire*, in *RTDE*, n. 2, 2020, p. 279.

⁴³ *Torubarov*, sopra citata, punti 26, 29 e 30.

Nella sentenza *Albeto*⁴⁴, che conviene qui ricordare brevemente prima di riprendere l'esame della sentenza *Torubarov*, la Corte ha riconosciuto agli Stati membri una certa discrezionalità nella disciplina delle conseguenze dell'annullamento di questo genere di provvedimenti. La soluzione che era stata accolta era prudente e prevalentemente incentrata sul principio dell'autonomia procedurale, integrato dal principio di effettività⁴⁵.

Nel caso *Albeto*, la Corte ha sottolineato che l'art. 46, par. 3, della direttiva procedure non introduce una disciplina comune, in base alla quale l'autorità amministrativa (c.d. autorità accertante) «dovrebbe perdere la sua competenza dopo l'annullamento della sua decisione iniziale relativa a una domanda di protezione internazionale». Gli Stati membri mantengono quindi «la facoltà di prevedere che il fascicolo debba, in seguito a un tale annullamento, essere rinviato al suddetto organo affinché esso adotti una nuova decisione»⁴⁶. In via di principio, la scelta tra un sistema che attribuisce un potere sostitutivo al giudice, un regime che prevede il rinvio della decisione all'autorità amministrativa o altra e diversa soluzione, per garantire l'esecuzione di una sentenza, spetta pertanto agli Stati membri.

Già nella sentenza *Albeto*, tuttavia, la Corte aveva fatto una precisazione importante. Essa ha stabilito che l'autorità amministrativa è tenuta ad adottare «entro un breve termine» una nuova decisione «conforme alla valutazione contenuta nella sentenza che ha disposto l'annullamento»⁴⁷. L'autono-

⁴⁴ Corte giust. 25 luglio 2018, C-585/16, *Albeto*.

⁴⁵ Com'è noto, da una giurisprudenza costante della Corte di giustizia risulta che «in mancanza di norme dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità processuali dei ricorsi giurisdizionali destinati a garantire la salvaguardia dei diritti dei soggetti dell'ordinamento, in forza del principio di autonomia processuale, a condizione tuttavia che esse non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione (principio di effettività)» (v., tra tante, Corte giust. 17 marzo 2016, C-161/15, *Bensada Benallal*, punto 24, e 15 marzo 2017, C-3/16, *Aquino*, punto 48). Sul principio di autonomia procedurale e i connessi limiti derivanti dai principi di equivalenza ed effettività v. A. ADINOLFI, *L'applicazione delle norme comunitarie da parte dei giudici nazionali*, in *DUE*, n. 3, 2008, p. 617; S. AMADEO, *L'effettività del diritto comunitario sostanziale nel processo interno: verso un approccio di sistema?*, in F. SPITALERI (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, Milano, 2009, p. 123.

⁴⁶ *Albeto*, sopra citata, punto 146.

⁴⁷ *Albeto*, sopra citata, punto 148. La Corte ha sottolineato che «l'articolo 46, paragrafo 3, della direttiva 2013/32 sarebbe privato di qualsiasi effetto utile se si ammettesse che, dopo la pronuncia di una sentenza con la quale il giudice di primo grado ha proceduto, conformemente a tale disposizione, a una valutazione completa ed *ex nunc* delle esigenze di protezione

mia procedurale degli Stati membri risulta, quindi, limitata dal principio di effettività: la legislazione interna deve prevedere strumenti efficaci che consentano la rapida esecuzione della sentenza da parte dell'autorità accertante.

Nel caso *Torubarov*, al quale conviene ora tornare, la Corte di giustizia si è spinta oltre, in considerazione delle particolarità che contraddistinguevano la causa principale.

In tal caso, infatti, l'organo amministrativo, chiamato a decidere sulla richiesta di protezione internazionale, non aveva «rispettato la sentenza del giudice nazionale investito del ricorso»⁴⁸; inoltre, detto giudice si trovava nella «situazione» di «essere privo di *qualsiasi mezzo* che gli consent[isse] di far rispettare la propria sentenza»⁴⁹.

Ciò posto, la Corte ha sottolineato che «una legislazione nazionale che porta a una simile situazione priva, di fatto, il richiedente protezione internazionale di un ricorso effettivo, ai sensi dell'articolo 46, paragrafo 3, della direttiva 2013/32, e non tiene conto del contenuto essenziale del diritto a un ricorso effettivo sancito dall'articolo 47 della Carta, giacché la sentenza di un giudice adottata dopo un esame conforme ai requisiti del succitato articolo 46, paragrafo 3, [...] resta inoperante, non disponendo il medesimo giudice di *alcun mezzo* per far rispettare la sua sentenza»⁵⁰.

La Corte ha stabilito quindi che «al fine di garantire al richiedente protezione internazionale una tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell'articolo 47 della Carta [...] il giudice nazionale investito del ricorso è tenuto a riformare la decisione dell'organo amministrativo o quasi giurisdizionale [...] non conforme alla sua precedente sentenza, e a sostituire alla stessa la propria decisione sulla domanda di protezione internazionale dell'interessato, disapplicando, se necessario, la normativa nazionale che gli vieterebbe di procedere in tal senso»⁵¹.

internazionale del richiedente in forza della direttiva 2011/95, l'organo succitato [potesse] adottare una decisione contrastante con tale valutazione o [potesse] lasciar trascorrere un lasso di tempo considerevole» (punto 147).

⁴⁸ *Torubarov*, sopra citata, punto 76.

⁴⁹ *Torubarov*, sopra citata, punto 71. Corsivo aggiunto.

⁵⁰ *Torubarov*, sopra citata, punto 72. Corsivo aggiunto. In tal senso, v. anche Corte giust. 19 dicembre 2019, C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe*, punto 37.

⁵¹ *Torubarov*, sopra citata, punto 74. V. anche Corte giust. 19 marzo 2020, C-406/18, *PG*, nella quale la Corte ha ribadito che «se una decisione giurisdizionale in cui il giudice ha proceduto ad un esame completo ed *ex nunc* delle esigenze di protezione internazionale dell'interessato, in esito al quale esso ha dichiarato che una siffatta protezione doveva essergli concessa, è contraddetta dalla successiva decisione dell'autorità amministrativa competente, detto giudice deve, qualora il diritto nazionale non gli conferisca alcun mezzo che gli con-

Anche questa soluzione, come quella elaborata dalla Corte nel caso *Országos*, ha un rilievo costituzionale, in quanto incide sulla ripartizione di competenze tra pubblica amministrazione e giudici amministrativi, stabilita dal legislatore di uno Stato membro.

In caso di mancata esecuzione di una sentenza da parte di un'autorità amministrativa, se l'ordinamento interno non prevede alcuno strumento che consenta di porre rimedio a questa inosservanza, è il diritto dell'Unione che non solo permette, ma impone al giudice nazionale di riformare il provvedimento amministrativo e di sostituirlo con una propria decisione. La lesione del contenuto essenziale del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva legittima questa soluzione eccezionale, anche quando questa non risulta prevista o è addirittura vietata dalla legislazione interna⁵².

senta di far rispettare la sua sentenza, riformare tale decisione dell'autorità amministrativa e sostituire ad essa la propria decisione, disapplicando, se del caso, la normativa nazionale che glielo vieti» (punto 22).

⁵² V. anche Corte giust. 27 aprile 2023, C-528/21, *M.D.*, relativa a un caso in cui le autorità ungheresi avevano revocato il permesso di soggiorno a uno straniero (convivente con una cittadina ungherese e con un figlio, anch'egli di nazionalità ungherese) per ragioni di ordine pubblico e di pubblica sicurezza, legate alla circostanza che lo straniero era stato condannato a una pena detentiva per traffico di migranti nella forma dell'aiuto all'attraversamento non autorizzato. In seguito, le autorità ungheresi avevano adottato nei confronti di *M.D.* una decisione di divieto di ingresso nel territorio dell'Unione. Il giudice ungherese, adito dall'interessato, aveva disposto in via cautelare la sospensione di quest'ultima decisione, ma le autorità ungheresi si rifiutavano di applicare la misura presa dal giudice. La Corte di giustizia ha sottolineato che «in forza dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2008/115, al cittadino di un paese terzo interessato sono concessi mezzi di ricorso effettivo per contestare, in particolare, la regolarità della decisione di divieto d'ingresso di cui è oggetto. In base al paragrafo 2 di tale articolo, l'autorità o l'organo competente, investito di un siffatto ricorso, deve poter sospendere temporaneamente l'esecuzione di una tale decisione di divieto d'ingresso, a meno che la sospensione di quest'ultima sia già applicabile ai sensi del diritto interno» (punto 107). La Corte ha aggiunto che «sarebbe contrario all'effetto utile di tale disposizione che un'autorità amministrativa possa rifiutare l'applicazione di una decisione con cui un organo giurisdizionale, investito di un ricorso avverso una decisione di divieto d'ingresso, ha disposto la sospensione dell'esecuzione di quest'ultima decisione»; in effetti, ha continuato la Corte, «il diritto a un ricorso effettivo, sancito all'articolo 47 della Carta e concretizzato all'articolo 13 della direttiva 2008/115, sarebbe illusorio se l'ordinamento giuridico di uno Stato membro consentisse che una decisione giudiziaria definitiva e obbligatoria resti inoperante a danno di una parte» (punto 109). La Corte ha quindi stabilito che «l'articolo 13 della direttiva 2008/115, in combinato disposto con l'articolo 47 della Carta, dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una prassi nazionale in forza della quale le autorità amministrative di uno Stato membro rifiutano di applicare una decisione giudiziaria definitiva che dispone la sospensione dell'esecuzione di una decisione di divieto d'ingresso, con la motivazione che

4. Segue: profili della tutela giurisdizionale effettiva che possono incidere sull'identità nazionale degli Stati membri

Ciò detto, è possibile ora fare una considerazione ulteriore di carattere generale, che mette a sistema quanto deciso dalla Corte nelle sentenze *Országos* e *Torubarov*.

In effetti, se si amplia la prospettiva di analisi, ci si accorge che questi casi possono essere ricondotti, per gli aspetti evidenziati nel presente lavoro, a quell'orientamento giurisprudenziale, affermatosi negli ultimi anni, che riconosce l'esigenza primaria di rispettare l'identità nazionale degli Stati membri, ma valorizza altresì lo Stato di diritto come valore fondamentale che, essendo comune all'Unione e agli Stati membri stessi⁵³, può incidere su alcuni aspetti del modello costituzionale che questi hanno scelto⁵⁴.

quest'ultima decisione è già stata oggetto di una segnalazione nel SIS» (punto 112). Rispetto ai casi *Országos* e *Torubarov*, nel caso *M.D.* la Corte non ha indicato cosa possa fare, in una situazione del genere, il giudice a fronte della mancata esecuzione della misura cautelare.

⁵³ V. Corte giust. 16 febbraio 2022, C-156/21, *Ungheria/Parlamento e Consiglio*, punto 127, e 16 febbraio 2022, C-157/21, *Polonia/Parlamento e Consiglio*, punto 145, dove si legge che «i valori contenuti nell'articolo 2 TUE sono stati identificati e sono condivisi dagli Stati membri. Essi definiscono l'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune. Pertanto, l'Unione deve essere in grado, nei limiti delle sue attribuzioni previste dai trattati, di difendere detti valori». Cfr. K. LENAERTS, *National Identity, the Equality of Member States before the Treaties and the Primacy of Eu Law*, in AA.VV., *Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione europea, Stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali*, Roma, 2022, p. 9, spec. p. 12 e 13, e, nello stesso volume, L. S. ROSSI, *Regole dell'Unione europea ed eccezioni nazionali: la questione "identitaria"*, p. 63, spec. p. 67.

⁵⁴ Sul tema della possibile incidenza del diritto dell'Unione sull'identità nazionale degli Stati membri e sui principi fondamentali dei loro ordinamenti v. M. CARTABIA, «Unita nella diversità»: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, in *DUE*, n. 3, 2005, p. 606; A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *DUE*, n. 3, 2007, p. 734; A. TIZZANO, *Il nuovo ruolo delle corti supreme nell'ordine politico e istituzionale: la Corte di giustizia dell'UE*, in *DUE*, n. 4, 2012, p. 811; B. NASCIBENE (a cura di), *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, 2015; G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea: natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, 2017; D. GALLO, *Controlimiti, identità nazionale e i rapporti di forza tra primato ed effetto diretto nella saga Taricco*, in *DUE*, n. 2, 2017, p. 249; B. CORTESE, *L'ordinamento dell'Unione Europea, tra autocostruzione, collaborazione e autonomia*, Torino, 2018; L. S. ROSSI, 2, 4, 6 (TUE)... l'interpretazione dell'"Identity Clause" alla luce dei valori fondamentali dell'UE, in AA.VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, cit., p. 859; V. SKOURIS, *L'identité nationale: qui détermine son contenu et selon quels critères?*, in AA.VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, cit., p. 912; A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *DUE*, n. 1, 2019, p. 9; P. FARAGUNA,

Questo orientamento si fonda sull'affermazione di principio che «né l'articolo 2 né l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, né altre disposizioni del diritto dell'Unione impongono agli Stati membri un modello costituzionale preciso che disciplini le relazioni e l'interazione tra i diversi poteri statali, in particolare per quanto riguarda la definizione e la delimitazione delle competenze di questi ultimi». Ciò discende dall'art. 4, par. 2, TUE, il quale stabilisce che «l'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale»⁵⁵.

Tuttavia, proprio dall'art. 2 e dall'art. 19, par. 1, comma 2, TUE la Corte ha ricavato un limite all'esclusiva competenza degli Stati membri nella definizione e nella delimitazione delle competenze dei poteri statali.

Nelle sentenze *Euro Box Promotion* e *RS* la Corte ha puntualizzato che «nella scelta del proprio rispettivo modello costituzionale gli Stati membri sono tenuti a osservare, *in particolare*, il requisito di indipendenza dei giudici derivante da tali disposizioni del diritto dell'Unione»⁵⁶. In altri termini, la sfera di autonomia garantita agli Stati membri nella definizione dell'equilibrio istituzionale interno può essere incisa dall'obbligo, ricavabile da dette disposizioni, di garantire l'indipendenza degli organi giurisdizionali.

Ai fini della presente analisi, è importante sottolineare l'inciso «in particolare», contenuto nel passaggio citato: questo lascia intendere (e conferma) che, accanto al requisito dell'indipendenza dei giudici, possono essere individuati altri principi – riconducibili, in generale, ai valori fondamentali dell'Unione sanciti nell'art. 2 TUE⁵⁷ o, più nello specifico, all'obbligo di tu-

On the Identity Clause and Its Abuses: 'Back to the Treaty', in *EPL*, vol. 27, n. 3, 2021, p. 427; AA.VV., *Identità nazionale degli Stati membri*, cit.; S. SCIARRA, *First and Last Word: Can Constitutional Courts and the Court of Justice of the EU Speak Common Words?*, in *EJ*, n. 3, 2022; A. CIRCOLO, *Il valore dello Stato di diritto nell'Unione europea*, Napoli, 2023, spec. p. 267 ss.

⁵⁵ V. *RS*, sopra citata, punto 43. V. anche *Euro Box Promotion e a.*, sopra citata, punto 229.

⁵⁶ V. *Euro Box Promotion e a.*, punto 229, e *RS*, punto 43, sopra citate. Corsivo aggiunto.

⁵⁷ V. *Ungheria/Parlamento e Consiglio*, sopra citata, punto 232, e *Polonia/Parlamento e Consiglio*, sopra citata, punto 264, dove si legge che «l'articolo 2 TUE non costituisce una mera enunciazione di orientamenti o di intenti di natura politica, ma contiene valori che [...] fanno parte dell'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune, valori che sono concretizzati in principi che comportano obblighi giuridicamente vincolanti per gli Stati membri». Cfr. M. CONDINANZI, *I controlimiti come sintesi ideale tra primato da affermare e identità nazionale da rispettare*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia*, cit., p. 119, spec. p. 124; M. SAFJAN, *Rule of Law and the Future of Europe*, in *DUE*, n. 3, 2019, p. 425; L. S. ROSSI, *La valeur juridique des valeurs. L'art. 2 TUE: relations avec d'autres dispositions de droit primaire de l'UE et remèdes juridictionnels*, in *RTDE*, vol. 11, n. 3, 2020, p. 639; e G. PITRUZZELLA, *L'integrazione tramite il valore dello "Stato di diritto"*,

tela giurisdizionale effettiva, previsto dall'art. 19, par. 1, comma 2, TUE – che possono produrre un effetto analogo⁵⁸.

Le sentenze *Országos* e *Torubarov* sono importanti proprio perché hanno indicato ulteriori profili del principio della tutela giurisdizionale effettiva che, al pari del requisito dell'indipendenza dei giudici, possono influire sulla ripartizione dei poteri definita a livello statale. Si tratta, come si è visto sopra, dell'accesso a un giudice in caso di privazione della libertà personale e del rispetto delle sentenze rese da un organo giurisdizionale da parte della pubblica amministrazione.

Se il contenuto essenziale del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva risulta lesa dall'assenza assoluta di controllo giurisdizionale sui provvedimenti di trattenimento degli stranieri o dall'assenza di qualsiasi rimedio contro il rifiuto della pubblica amministrazione di dar seguito alle sentenze pronunciate in materia di protezione internazionale, l'art. 47 della Carta attribuisce al giudice nazionale poteri di intervento, anche laddove tali poteri non sono previsti o sono espressamente esclusi dalla legge statale o, eventualmente, anche da norme di rango costituzionale.

Ne può derivare una rimodulazione mirata della ripartizione dei poteri definita nell'ordinamento interno, del tutto giustificata in quanto diretta a salvaguardare, anzitutto, un valore, quale lo Stato di diritto che, ai sensi dell'art. 2 TUE, è comune all'Unione e agli Stati membri, ma anche l'obbligo di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva, previsto dall'art. 19, par. 1, comma 2, TUE, e il correlativo diritto, garantito ai singoli dall'art. 47 della Carta.

5. Conclusioni

Tirando le fila dell'analisi svolta sopra, possiamo concludere che il principio della tutela giurisdizionale effettiva, codificato dall'art. 47 della Carta, ha una rilevanza primaria nel sistema giuridico dell'Unione nel suo complesso, ma assume un rilievo ancor più marcato nei settori dell'immigrazione e dell'asilo.

Anzitutto, ciò è dovuto alla situazione in cui versano alcune categorie di stranieri, in particolare i richiedenti protezione internazionale e i cittadini di

in AA. VV., *Identità nazionale degli Stati membri*, cit., p. 125.

⁵⁸ Cfr. L. S. Rossi, *Regole dell'Unione europea ed eccezioni nazionali*, cit., p. 72: l'A. osserva che «la “clausola identitaria” non potrebbe essere validamente invocata da uno Stato membro per giustificare violazioni dei valori fondativi espressi dall'art. 2 TUE».

Paesi terzi in condizione di soggiorno irregolare. In genere, queste persone si trovano in una posizione molto diversa rispetto a quella della maggioranza degli individui che agiscono davanti a un organo giurisdizionale interno. In effetti, spesso non conoscono sufficientemente la lingua utilizzata nel processo e non dispongono delle risorse necessarie per pagare un avvocato. A ciò va aggiunto che in alcuni casi gli stranieri coinvolti non si trovano neppure sul territorio dello Stato membro dove ha sede l'organo giurisdizionale competente. Queste specificità devono essere tenute in debita considerazione dai legislatori statali quando essi disciplinano, in attuazione di atti dell'Unione, i mezzi di ricorso a disposizione degli stranieri. Eventuali carenze rilevabili negli ordinamenti interni possono essere contestate dagli interessati, invocando l'art. 47 della Carta, che risulta dotato di efficacia diretta.

Inoltre, nei settori dell'immigrazione e dell'asilo il principio della tutela giurisdizionale effettiva assume una rilevanza particolare, in quanto le disposizioni relative ai mezzi di ricorso, contenute negli atti di diritto derivato dell'Unione, prevedono in genere un'armonizzazione minima delle garanzie processuali. L'interpretazione di dette disposizioni, alla luce dell'art. 47 della Carta, consente di chiarirne la portata e di completarne il contenuto. Le numerose lacune presenti negli atti considerati possono in tal modo essere colmate.

Infine, l'applicazione dell'art. 47 della Carta può avere un significativo impatto sugli ordinamenti interni, nel caso in cui la legislazione statale comprima eccessivamente, o neghi del tutto agli stranieri, le garanzie del giusto processo. Qualora le regole processuali siano così restrittive da pregiudicare il contenuto essenziale del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, l'art. 47 della Carta attribuisce al giudice nazionale poteri di intervento, anche laddove tali poteri non sono previsti o sono espressamente esclusi dalla normativa interna. In queste situazioni estreme la posizione dei singoli risulta salvaguardata, anche a scapito della ripartizione di competenze tra poteri dello Stato definita dai legislatori nazionali.

Abstract (ita)

Il contributo intende dimostrare la particolare rilevanza del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva nei settori dell'immigrazione e dell'asilo. Esso esamina alcune pronunce significative della Corte di giustizia che hanno applicato in questi settori l'art. 47 della Carta, per chiarire la portata e colmare le lacune di talune disposizioni di carattere processuale presenti negli atti di diritto derivato. Il lavoro analizza poi le sentenze che, nei settori considerati, hanno impiegato la disposizione citata per creare nuovi rimedi giurisdizionali, non previsti dalla legislazione dello Stato membro coinvolto. Lo scritto intende sottolineare l'impatto che, in situazioni del genere, l'art. 47 della Carta può avere sulla ripartizione dei poteri, definita a livello statale, tra legislatore, pubblica amministrazione e magistratura.

Abstract (eng)

The paper aims to demonstrate the particular relevance of the right to effective judicial protection in the areas of immigration and asylum. It examines some significant judgments of the Court of Justice that have applied Article 47 of the Charter in these areas in order to clarify the scope and fill gaps of certain EU secondary legislation provisions having procedural nature. The work then analyses the judgments that, in the areas considered, have used the cited provision to create new judicial remedies, not provided for by the legislation of the Member State concerned. The paper intends to emphasise the impact that, in such situations, Article 47 of the Charter may have on the division of powers, defined at national level, between legislature, public administration and judiciary.

L'ACCESSO AL GIUDICE DELL'UNIONE EUROPEA
IN MATERIA DI CONCORRENZA
BREVI CONSIDERAZIONI SULLA GIURISPRUDENZA PIÙ RECENTE

Paolo Iannucelli*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La capacità della decisione della Commissione di riguardare individualmente il ricorrente: a) in materia di intese... b) ... di abuso di posizione dominante... c) ... di concentrazioni... d) ... e di aiuti di Stato. – 3. Qualche considerazione critica: a) la commistione tra le caratteristiche dell'atto impugnato e la situazione del ricorrente; b) la corretta qualificazione dei mezzi di ricorso in funzione del loro oggetto; c) le incoerenze della soluzione giurisprudenziale sulla ricevibilità dei ricorsi contro le decisioni di non sollevare obiezioni. – 4. Cenni conclusivi.

1. *Introduzione*

Nel settore della concorrenza, inteso in senso ampio, il diritto alla protezione giurisdizionale effettiva si pone con un'intensità del tutto particolare rispetto a molti altri settori disciplinati, più o meno esaustivamente, dal diritto dell'Unione europea. Le decisioni adottate dalla Commissione europea in tale settore costituiscono, infatti, l'esempio classico di atti suscettibili di incidere sulla situazione giuridica soggettiva dei privati.

Questo è senz'altro vero per i destinatari di quelle decisioni, siano essi le imprese cartelliste, l'impresa dominante, le parti a una concentrazione o lo Stato membro che abbia concesso un aiuto. Ma le stesse decisioni possono incidere sulla posizione giuridica anche di altri soggetti, diversi dai destinatari. Per esempio, una decisione che constata l'inesistenza di un'intesa o che considera un'intesa giustificata ovvero vi applichi una deroga settoriale può pregiudicare gli interessi dei concorrenti delle imprese coinvolte; una decisione che accetti degli impegni da parte di due imprese che hanno proceduto ad una concentrazione può pregiudicare gli interessi, oltre che dei

* Referendario alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Le opinioni espresse sono strettamente personali. Il presente articolo costituisce la rielaborazione dell'intervento svolto al Convegno AISDUE, *Il diritto dell'Unione europea nei rapporti tra ordinamenti: tra collaborazione, integrazione e identità. 60 anni da Van Gend en Loos, 30 anni da Maastricht*, tenuto a Padova il 2-3 novembre 2023.

concorrenti di tali due imprese, anche dei consumatori; infine, una decisione che autorizza un aiuto di Stato o che ne accerti l'inesistenza può pregiudicare gli interessi dei concorrenti del beneficiario, mentre una decisione che non autorizzi un aiuto può pregiudicare gli interessi del beneficiario della misura il quale, come noto, non è mai il destinatario della decisione.

Eppure, solo ai destinatari di tali decisioni l'articolo 263 TFUE riconosce esplicitamente la legittimazione ad agire davanti al giudice dell'Unione per controllarne la legalità e ottenerne l'eventuale annullamento.

È pur vero che la giurisprudenza, anche risalente, ha chiarito che alcuni dei soggetti diversi dai destinatari sono anch'essi legittimati ad agire contro la decisione della Commissione. È il caso, per esempio, del beneficiario di un aiuto non autorizzato, il quale può sempre impugnare la decisione della Commissione che non autorizza la misura d'aiuto. Da tempo infatti la Corte ha riconosciuto che tale decisione riguarda il beneficiario oltre che direttamente, anche individualmente¹, ai sensi della giurisprudenza *Plaumann*².

Tuttavia, altri soggetti dispongono solo di una legittimazione ad agire limitata. È il caso, come si vedrà meglio in seguito, ancora in materia di aiuti, del soggetto che ha denunciato alla Commissione la misura suscettibile di costituire un aiuto, il quale può impugnare la decisione di questa di non sollevare obiezioni, e quindi di non aprire la fase formale d'esame, solo se con il suo ricorso fa valere una violazione dei suoi diritti procedurali, ma non anche se solleva dei mezzi che rimettono in discussione il merito della decisione. Altri soggetti, poi, dispongono di una legittimazione condizionata, ovvero possono contestare la legittimità delle decisioni della Commissione solo se riescono a provare che queste sono suscettibili di avere un impatto sulla loro posizione giuridica.

Proprio la pluralità di soggetti potenzialmente riguardati da una decisione in materia di concorrenza è all'origine di una giurisprudenza particolarmente ricca e, a volte, sofferta sulla legittimazione ad agire. In tale giurisprudenza infatti, come peraltro accade ogni volta che siano chiamati ad interpretare l'articolo 263 TFUE, i giudici devono comporre due esigenze contrastanti. Da una parte, il rispetto della lettera, oltremodo restrittiva, di tale disposizione, volta ad evitare un'estensione eccessiva dei soggetti legittimati a rimettere in discussione la validità degli atti dell'Unione, con il relativo rischio per la sicurezza giuridica e di un eccessivo contenzioso. Dall'altra, le esigenze della protezione giurisdizionale effettiva di cui all'articolo 47 del-

¹ Corte giust. 29 aprile 2004, C-298/00 P, *Italia/Commissione*, punto 39.

² Corte giust. 15 luglio 1963, 25/62.

la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di seguito, la "Carta") e al principio del sistema chiuso ed esaustivo di protezione giurisdizionale dell'Unione sviluppato fin dalla ben nota sentenza *Les Verts*³.

In questa giurisprudenza, che conta quasi 500 pronunce tutt'altro che omogenee e coerenti, siano esse del Tribunale o della Corte, non solo si manifesta la tensione tra queste opposte esigenze, ma si incontrano (e a volte si scontrano) visioni non sempre perfettamente aderenti dei due organi giurisdizionali dell'Unione. In effetti, è proprio il dialogo tra Tribunale e Corte che detta il ritmo dello sviluppo ermeneutico dell'articolo 263 TFUE, dal momento che il Tribunale è il primo giudice a doversi pronunciare sulla ricevibilità di un ricorso ed è quindi nelle sue mani che si trova l'iniziativa per interpretazioni più generose, o più restrittive, che la Corte condivide, oppure no. Il caso ormai classico, che esula peraltro dal settore della concorrenza, è quello della saga *Jego Quéré*⁴ e *Unión de Pequeños Agricultores*⁵.

Recentemente questo dialogo si è alimentato di diverse pronunce nei vari ambiti del diritto della concorrenza e si possono delineare delle linee di tendenza, anche se ancora non del tutto chiare.

Di seguito, quindi, naturalmente senza nessuna pretesa di completezza, ci si limiterà, in un primo tempo, a fare il punto sulla questione della capacità della decisione della Commissione di riguardare individualmente il ricorrente, in particolare sul requisito della sua partecipazione al procedimento amministrativo, e poi, in un secondo tempo, a svolgere alcune brevi considerazioni su questa giurisprudenza, anche alla luce del principio di protezione giurisdizionale effettiva.

2. *La capacità della decisione della Commissione di riguardare individualmente il ricorrente*

Se raramente sorgono dubbi sulla capacità di una decisione della Commissione in materia di concorrenza di riguardare direttamente un ricorrente, molto più delicata e discussa è la questione della capacità della stessa decisione di riguardarlo individualmente. Sebbene nei vari ambiti del diritto del-

³ Corte giust. 23 aprile 1986, 294/83.

⁴ Tribunale 3 maggio 2002, T-177/01, *Jégo-Quéré/Commissione*; Corte giust. 1° aprile 2004, C-263/02 P, *Commissione/Jégo-Quéré*.

⁵ Tribunale ord. 23 novembre 1999, T-173/98, *Unión de Pequeños Agricultores/Consiglio*; Corte giust. 25 luglio 2002, C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores/Consiglio*.

la concorrenza la questione ha avuto un assetto specifico ad ognuno di essi⁶, vero è che si riscontrano delle linee comuni. In particolare, la giurisprudenza ha sempre dato un certo peso alla circostanza che il ricorrente avesse partecipato al procedimento amministrativo davanti alla Commissione, come elemento che permette di considerare, appunto, che la decisione lo riguarda in modo individuale ai sensi della giurisprudenza *Plaumann*. E in effetti, laddove l'adozione di un atto è disciplinata da uno specifico procedimento amministrativo, previsto da un regolamento, la partecipazione del ricorrente a tale procedimento è senz'altro un elemento che permette di considerare che la decisione che chiude quel procedimento riguarda i partecipanti in modo particolare, rispetto a chi non vi abbia partecipato. Eppure, sotto questo profilo, merita attenzione la giurisprudenza più recente che sembra stia tendendo ad una certa uniformizzazione nella considerazione di tale elemento, che, seppure conservando la sua importanza, è sempre meno necessario.

a) In tema di divieto di intese ai sensi dell'art. 101 TFUE, è ancora di attualità una pronuncia del 2013. Ricorrente era un'associazione di imprese che aveva impugnato una decisione che condannava un certo numero di imprese di gestione dei diritti d'autore per essersi accordate sulle condizioni di gestione dei diritti di esecuzione in pubblico di opere musicali e di concessione delle licenze corrispondenti⁷.

In punto di interesse individuale, il Tribunale ha considerato che la decisione impugnata incideva sul ruolo della ricorrente di mediatrice nelle trattative tra le singole società di gestione in merito alle questioni connesse alla concessione di licenze multiterritoriali. Al riguardo, il Tribunale ha preso a prova di tale ruolo proprio la partecipazione della ricorrente al procedimento amministrativo, nell'ambito del quale, tra l'altro, essa si trovava

⁶ Per un inquadramento generale sul tema in materia antitrust (per il settore degli aiuti, si rinvia alla nota 16 *infra*), v. L. PARRET, *Judicial Protection after Modernisation of Competition Law*, in *Legal Issues of Economic Integration*, n. 4, 2005, p. 339; R. NAZZINI, *Administrative Enforcement, Judicial Review and Fundamental Rights in EU Competition Law: A Comparative Contextual-Functionalist Perspective*, in *CMLR*, 2012, p. 971; P. NIHOUL, *A New Era for Litigators: Change in the Admissibility of Applications Against Regulations Adopted in the Field of Competition*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, n. 2, 2014, p. 63; D. PAEMEN, V. S. BALTRUSCH, *Morningstar v Commission: Raising the Threshold for Challenging Commission Commitments Decisions*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, n. 2, 2017, p. 99; P. IBÁÑEZ COLOMO, *Law, Policy, Expertise: Hallmarks of Effective Judicial Review in EU Competition Law*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 24, 2022, p. 143.

⁷ Tribunale 12 aprile 2013, T-442/08, *CISAC/Commissione*.

nella particolare situazione di occupare una posizione di negoziatrice chiaramente circoscritta e strettamente connessa all'oggetto stesso della decisione, ponendola in una situazione di fatto che la distingueva rispetto a qualsiasi altro soggetto.

La partecipazione della ricorrente al procedimento amministrativo è stato quindi un elemento particolarmente importante nel riconoscimento dell'interesse individuale della ricorrente.

b) Applicando il divieto di abuso di posizione dominante di cui all'art. 102 TFUE, il Tribunale ha considerato⁸ che una decisione della Commissione che rendeva vincolanti gli impegni dell'impresa dominante riguardava anche individualmente il fornitore di tale impresa, nella misura in cui gli impegni in questione limitavano la possibilità dell'impresa dominante di continuare a rifornirsi da lui. In particolare, il Tribunale ha considerato che la ricorrente era individualmente interessata dalla decisione in quanto quest'ultima (i) era stata adottata a conclusione di un procedimento cui essa aveva partecipato in modo determinante, (ii) faceva menzione espressa del fornitore in questione, (iii) era intesa a porre fine alla relazione commerciale che questo fornitore intratteneva da lunga data con l'impresa dominante e (iv) era atta ad incidere sostanzialmente sulla sua posizione concorrenziale sul mercato.

In un altro caso, la ricorrente lamentava che la decisione impugnata, pur obbligando l'impresa dominante a rispettare certi impegni, la autorizzava a rifiutare di concederle una licenza⁹. Il Tribunale, dopo aver riconosciuto che la ricorrente, concorrente dell'impresa dominante, aveva partecipato al procedimento, senza troppo dilungarsi sul carattere attivo di tale partecipazione, ha soprattutto sottolineato che, dato l'elevato grado di concentrazione del mercato, il rifiuto di concedere la licenza in questione da parte dell'impresa dominante poteva avere notevoli effetti negativi sulle attività della ricorrente.

Da questi casi, piuttosto risalenti, si deduce che, in materia di intese e abuso di posizione dominante, il Tribunale considera la partecipazione del ricorrente al procedimento amministrativo come un elemento importante per l'analisi della capacità dell'atto impugnato di riguardare individualmente il ricorrente. Non è chiaro, però, se, in assenza di tale partecipazione, in quelle cause il Tribunale avrebbe, per ciò stesso, escluso la legittimazione ad

⁸ Tribunale 11 luglio 2007, T-170/06, *Alrosa/Commissione*.

⁹ Tribunale 15 settembre 2016, T-76/14, *Morningstar/Commissione*.

agire del ricorrente, e quindi considerato l'elemento in parola come necessario.

c) Proprio a tale proposito, il Tribunale è stato più esplicito nell'ambito del controllo delle concentrazioni¹⁰, come lo si deduce da una serie di sentenze del 17 maggio 2023, tutte riguardanti la medesima operazione di concentrazione, autorizzata dalla Commissione, nel 2019, tra due imprese tedesche operanti nel settore energetico.

La decisione è stata impugnata da non meno di 11 imprese, tutte concorrenti a vario titolo delle parti alla concentrazione.

Per verificare se l'atto impugnato riguardava individualmente le ricorrenti, il Tribunale ha applicato il test delineato, da ultimo, dalla giurisprudenza *easyJet* del 2006¹¹. Tale test prevede due elementi: da una parte, la partecipazione attiva del ricorrente al procedimento amministrativo e, dall'altra, l'incidenza della decisione sulla sua posizione sul mercato.

Nei tre casi in cui il Tribunale ha accertato che il ricorrente non aveva partecipato al procedimento, il ricorso è stato dichiarato per ciò stesso irricevibile¹².

In due¹³ di quegli 11 casi, il Tribunale, pur avendo riconosciuto che

¹⁰ Anche in tale ambito, la giurisprudenza ammette la ricevibilità del ricorso sulla base del doppio presupposto della partecipazione al procedimento e dello statuto di impresa concorrente, anche se potenziale, v., al riguardo, Tribunale 3 aprile 2003, T-114/02, *BaByliss/Commissione*.

¹¹ Tribunale 4 luglio 2006, T-177/04, *easyJet/Commissione*. Al punto 35 di tale sentenza, il Tribunale considera che «[n]el caso di una decisione che constati la compatibilità di un'operazione di concentrazione con il mercato comune e qualora si tratti di un'impresa terza, si deve determinare se questa sia individualmente interessata in funzione, da un lato, della sua partecipazione al procedimento amministrativo e, dall'altro, dell'incidenza sulla sua posizione sul mercato. Se è vero che la semplice partecipazione al procedimento non è, di per sé, certamente sufficiente a dimostrare che la ricorrente sia individualmente interessata dalla decisione, specie nell'ambito delle concentrazioni, il cui dettagliato esame richiede contatti regolari con numerose imprese, la partecipazione attiva al procedimento amministrativo costituisce tuttavia un elemento regolarmente preso in considerazione dalla giurisprudenza in materia di concorrenza, anche nel settore più specifico del controllo delle concentrazioni, per accertare, unitamente ad altre circostanze specifiche, la ricevibilità del suo ricorso».

¹² Tribunale 17 maggio 2023, T-316/20, *Naturstrom/Commissione*, non pubblicata; 17 maggio 2023, T-314/20, *Stadtwerke Hameln Weserbergland/Commissione*, non pubblicata (impugnazione pendente C-466/23 P); 17 maggio 2023, T-318/20, *eins energie in sachsen/Commissione*, non pubblicata (impugnazione pendente C-469/23 P).

¹³ Tribunale 17 maggio 2023, T-321/20, *enercity/Commissione* (impugnazione pendente C-485/23 P); 17 maggio 2023, T-320/20, *Mainova/Commissione* (impugnazione pendente C-484/23 P).

l'impresa aveva partecipato al procedimento, ha considerato che tale partecipazione non era stata attiva e ha per ciò stesso dichiarato irricevibili i ricorsi. Le ricorrenti, infatti, non avevano fornito informazioni determinanti e in ogni caso la loro partecipazione era stata, almeno in parte, richiesta dalla Commissione, ma non da loro attivamente proposta; inoltre le informazioni fornite riguardavano soprattutto un'altra operazione di concentrazione collegata a quella in questione.

Solo in 5 casi¹⁴ il Tribunale ha considerato che l'impresa avesse partecipato in maniera attiva al procedimento¹⁵, avendo fornito alla Commissione informazioni importanti in merito alla concentrazione in questione, oltre che partecipato alle audizioni e risposto alle misure di indagine della Commissione.

Solo in questi ultimi casi il Tribunale ha quindi proseguito l'analisi per verificare se fosse soddisfatta la seconda condizione del test *easyJet*, ovvero l'incidenza della decisione sulla posizione del ricorrente sul mercato.

Al riguardo, l'analisi del Tribunale è stata piuttosto rapida. Innanzitutto, ha messo subito in chiaro che lo *status* di concorrenti delle parti alla concentrazione non è di per sé sufficiente per essere riguardati individualmente. Però poi ha riconosciuto che la posizione concorrenziale della ricorrente sarebbe stata lesa dalla concentrazione in quanto, modificando la struttura del mercato tedesco dell'energia elettrica, essa avrebbe svalutato gli importanti investimenti che la ricorrente aveva effettuato contando sull'esistenza di un mercato dell'energia elettrica non concentrato.

E così, il Tribunale ha concluso che, in considerazione delle circostanze specifiche di ognuno di quei 5 casi, si dovesse ritenere che le ricorrenti fossero individualmente interessate dalla decisione impugnata.

Una buona parte delle sentenze del 17 maggio 2023 sono state impugnate e la procedura è pendente innanzi alla Corte.

Per quanto qui interessa, sembra comunque che, per il Tribunale, la

¹⁴ Tribunale 17 maggio 2023, T-312/20, *EVH/Commissione* (impugnazione pendente C-464/23 P); 17 maggio 2023, T-313/20, *Stadtwerke Leipzig/Commissione*, non pubblicata (impugnazione pendente C-465/23 P); 17 maggio 2023, T-315/20, *TEAG/Commissione*, non pubblicata (impugnazione pendente C-467/23 P); 17 maggio 2023, T-317/20, *Energie-Verbund Dresden/Commissione*, non pubblicata, (impugnazione pendente C-468/23 P); 17 maggio 2023, T-319/20, *GGEW/Commissione*, non pubblicata (impugnazione pendente C-467/23 P).

¹⁵ Un ulteriore ricorso è stato dichiarato irricevibile per carenza di interesse ad agire, il ricorrente essendo la holding dell'impresa operante sul mercato che sola, secondo il Tribunale, avrebbe avuto interesse ad agire (Tribunale 17 maggio 2023, T-322/20, *Stadtwerke Frankfurt am Main/Commissione*).

partecipazione attiva al procedimento sia un requisito indispensabile per il soddisfacimento del test *Plaumann* in materia di concentrazioni e, una volta soddisfatto tale requisito, la strada del ricorrente è tutto sommato in discesa. Così facendo, il Tribunale ha di fatto escluso che una decisione della Commissione possa riguardare individualmente un'impresa che non abbia partecipato al procedimento amministrativo, e quindi indipendentemente dal contenuto e dagli effetti di tale decisione.

d) Per quanto riguarda infine le decisioni in materia di aiuti di Stato, è noto che la giurisprudenza sull'interesse individuale è molto articolata¹⁶. Senza entrare qui nel dettaglio, se ne riprendono solo le linee essenziali, seguendo la dicotomia tra, da un lato, le decisioni adottate all'esito della procedura formale prevista dall'art. 108, par. 2, TFUE e dall'art. 9 del reg. 2015/1589¹⁷ e, dall'altro, quelle, adottate ai sensi dell'art. 4 di quest'ultimo regolamento, di non sollevare obiezioni, senza avviare, quindi, la procedura formale di esame.

Per il caso della decisione adottata all'esito della procedura formale di

¹⁶ In generale, sul tema, v. P. J. ALLEN, *The New Standard for Admissibility in European Community State Aids Actions after Cofaz*, in *FILJ*, n. 3, 1987, p. 578; C. NORDBERG, *Judicial Remedies for Private Parties Under the State Aid Procedure*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 1997, p. 35; A. ROSAS, *Judicial Protection in EU State Aid Law*, in M. MONTI, B. VESTERDORF (eds.), *Economic Law and Justice in Times of Globalisation*, Baden-Baden, 2007, p. 579; V. KREUSCHITZ, *Some Thoughts on the Jurisprudence of European Courts Concerning the Admissibility of Actions against State Aid Decisions*, in *EC State Aid Law – Le droit des aides d'Etat dans la CE: Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Alphen aan den Rijn, 2008, p. 369; H. C. H. HOFMANN, A. MORINI, *Judicial Review of Commission Decisions in State Aid*, in E. SZYSZCZAK, E. ELGAR (eds.), *Research Handbook on European State aid Law*, Cheltenham, 2011, p. 354; L. FLYNN, *Admissibility of actions challenging Commission state aid decisions*, in M. MEROLA, J. DERENNE (eds.), *The Role of the Court of Justice of the European Union in Competition Law Cases*, Bruxelles, 2012, p. 249; C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012; M. BOTTINO, *La recevabilité des recours en annulation en matière d'aides d'État*, in *DUE*, n. 2, 2013, p. 245; E. GAMBARO, F. MAZZOCCHI, *Private Parties and State Aid Procedures: A Critical Analysis of the Changes Brought by Regulation 734/2013*, in *CMLR*, 2016, p. 385; A. NOWAK-SALLES, *Individual Concern in the State aid action for annulment in light of the notion of State aid*, in *ECJ*, vol. 15, 2019, p. 327; R. CARANTA, *Knock, and it shall be opened unto you: Standing for non-privileged applicants after Montessori*, in *CMLR*, n. 1, 2021, p. 163; V. NOËL, S. THOMAS, *Locus Standi in State Aid Litigation After Montessori*, in *European State Aid Law Quarterly*, n. 4, 2021, p. 512.

¹⁷ Regolamento (UE) 2015/1589 del Consiglio, del 13 luglio 2015, recante modalità di applicazione dell'art. 108 TFUE.

esame avente ad oggetto un aiuto individuale, la sentenza *Cofaz*¹⁸ riconosceva l'interesse individuale ad impugnarla se il ricorrente, da una parte, aveva partecipato al procedimento amministrativo e, dall'altra, riusciva a dimostrare che la misura d'aiuto incideva sulla sua posizione sul mercato (senza che fosse necessario un pregiudizio sostanziale). Queste condizioni sono state nel tempo sfumate dalla giurisprudenza, anche a seguito di critiche mosse dagli avvocati generali. E così, nella sentenza *SNIACE*¹⁹ la partecipazione al procedimento è diventato un mero indizio dell'interesse individuale e ha quindi perso il carattere della necessità. D'altro canto, seguendo un approccio simile, nella sentenza *Spagna c. Lenzing*²⁰, la Corte ha precisato che la misura può incidere sulla posizione del ricorrente sul mercato qualora sia suscettibile di causargli perdite di quote di mercato, perdite finanziarie, calo del fatturato ma anche mero lucro cessante.

La decisione, sempre adottata all'esito della procedura formale, ma avente ad oggetto un regime di aiuto, poteva invece essere impugnata solo da chi riusciva a soddisfare i criteri *Plaumann*. Tuttavia, con l'entrata in vigore del nuovo art. 263 TFUE, nonostante qualche tentennamento iniziale²¹, la giurisprudenza ha riconosciuto che una decisione che autorizzi o proibisca un regime di aiuti è un atto regolamentare, ai sensi del quarto comma di tale

¹⁸ Corte giust. 28 gennaio 1986, 169/84.

¹⁹ Corte giust. 22 novembre 2007, C-260/05 P; da ultimo confermata da Corte giust. 20 gennaio 2022, C-594/19 P, *Deutsche Luftbansa/Commissione*.

²⁰ Corte giust. 22 novembre 2007, C-525/04 P.

²¹ È il caso, per esempio, di Tribunale 26 gennaio 2018, T-172/16, *Centro Clinico e Diagnostico G.B. Morgagni/Commissione*, in cui il Tribunale non si era ancora chiesto se una decisione resa all'esito della fase formale e che considerava incompatibile un regime di aiuti potesse costituire un atto regolamentare ai sensi dell'ultima frase dell'art. 263, quarto comma, TFUE. Questa pronuncia, seppur superata dalla successiva giurisprudenza, su cui v. *infra* nel testo, rimane comunque di interesse, nella misura in cui il Tribunale, contrariamente alla Commissione, adotta un approccio relativamente aperto sulla questione dell'incidenza individuale, ammettendo che una parte che non fosse il beneficiario effettivo del regime di aiuto fosse comunque individualmente interessata dalla decisione della Commissione che vietava tale regime per il fatto di avere maturato un diritto quesito all'agevolazione fiscale in cui consisteva la misura di aiuto. In particolare, il fatto di aver ottenuto un riconoscimento di tale diritto tramite decisione giudiziale passata in giudicato è stato considerato dal Tribunale sufficiente per fondare l'interesse individuale.

articolo. E così, nelle sentenze *Montessori*²², e *Casa Regina Apostolorum*²³, è stata riconosciuta la legittimazione ad agire prescindendo del tutto dalla dimostrazione dell'interesse individuale del ricorrente.

Nella recente sentenza *Carpatair*²⁴, il Tribunale ha fatto il punto sulla questione. Richiamandosi alla giurisprudenza *Deutsche Luftbansa*²⁵, il Tribunale ha precisato che, qualora il ricorrente contesti la fondatezza della decisione, per soddisfare il test *Plaumann* deve provare di avere uno *status* particolare. Ciò si verifica, per esempio, qualora la posizione del ricorrente sul mercato sia, sulla base di un esame *prima facie*, sostanzialmente lesa dall'aiuto oggetto della decisione in questione.

Il Tribunale ha anche precisato che non si può dedurre dalla mera partecipazione della parte ricorrente al procedimento amministrativo che la decisione impugnata la riguardi individualmente, anche qualora essa abbia avuto un ruolo importante in tale procedimento amministrativo, in particolare presentando la denuncia all'origine della decisione impugnata. Quello che però il Tribunale non precisa è se abbia considerato che la partecipazione al procedimento amministrativo, pur non essendo di per sé sufficiente, sia comunque necessaria oppure se la giurisprudenza *SNIACE* sia ancora pertinente per considerarla un mero indizio.

Ancora diverso è il caso della decisione di non sollevare obiezioni adottata all'esito della procedura preliminare. Quando tale decisione ha ad oggetto una misura individuale, la sua capacità di riguardare individualmente il ricorrente dipende, infatti, dal mezzo che questi fa valere.

Solo se il ricorrente solleva una violazione dei suoi diritti procedurali, ovvero, in sostanza, del diritto di depositare osservazioni nell'ambito della procedura formale di esame, gli basterà dimostrare di essere titolare di tali diritti e di subire un pregiudizio, anche solo potenziale, alla sua posizione concorrenziale in ragione della decisione della Commissione di non avviare la seconda fase della procedura.

²² Corte giust. 6 novembre 2018, da C-622/16 P a C-624/16 P, su cui v. E. GAMBARO, F. MAZZOCCHI, *Montessori v Commission: A New Frontier for Competitors of Beneficiaries to Bring Action Against a Commission Decision on Aid Schemes*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, n. 10, 2019, p. 91.

²³ Tribunale 2 giugno 2021, T-223/18, non pubblicata, confermata da Corte giust. 27 aprile 2023, C-492/21 P, *Casa Regina Apostolorum della Pia Società delle Figlie di San Paolo/Commissione*.

²⁴ Tribunale 8 febbraio 2023, T-522/20 (impugnazioni pendenti C-244/23 P, C-245/23 P e C-246/23 P).

²⁵ Corte giust. 15 luglio 2021, C-453/19 P.

La titolarità dei diritti procedurali in questione dipende dallo *status* di parte interessata, come definita dall'art. 1, lett. h), del reg. 2015/1589²⁶. Benché tale disposizione si riferisca al beneficiario della misura, ai suoi concorrenti e alle organizzazioni professionali, la nozione di parte interessata non è affatto esaustiva, essendo sufficiente che la misura rischi di avere un'incidenza concreta sulla situazione del ricorrente, prescindendo quindi dalla constatazione di un rapporto di concorrenza²⁷.

Recentemente, il Tribunale ha riconosciuto la qualità di parte interessata a una società pubblica che si considerava obbligata da un provvedimento pretesamente riconducibile allo Stato a erogare un aiuto²⁸. In tale causa, il ricorrente era la società pubblica erogatrice della misura d'aiuto, nella forma di una fornitura di energia elettrica ad un prezzo inferiore al prezzo di mercato. La stessa società era all'origine della denuncia che era stata archiviata dalla Commissione con una decisione di non sollevare obiezioni. Per ammettere la ricevibilità del ricorso, il Tribunale aveva, tra l'altro, respinto l'argomento secondo cui tale società non era una parte interessata, non essendo concorrente del beneficiario, e soprattutto non aveva legittimazione ad agire secondo il principio per cui nessuno può trarre vantaggio dal suo comportamento illecito. Visto infatti che l'aiuto era imputabile allo Stato e che la società era sotto il controllo di tale Stato, questa non avrebbe potuto impugnare la decisione che autorizzava un aiuto concesso dallo stesso Stato. Secondo l'Avvocato generale Szpunar²⁹, quel che conta, è che la nozione di parte interessata sia sufficientemente ampia per includere la società pubblica erogatrice dell'aiuto. La Corte ha seguito le conclusioni nella recente sentenza che, per altri motivi, ha accolto l'impugnazione³⁰.

Diverso è invece il caso del ricorrente che intenda non solo far valere

²⁶ «[Q]ualsiasi Stato membro e qualsiasi persona, impresa o associazione d'impresе i cui interessi possono essere lesi dalla concessione di aiuti, in particolare il beneficiario, le imprese concorrenti e le organizzazioni professionali». La giurisprudenza ha interpretato in modo piuttosto generoso questa nozione, v. da ultimo Corte giust. 31 gennaio 2023, C-284/21 P, *Commissione/Braesch e a.*, punto 60. V. anche le conclusioni dell'Avvocato generale Čapeta, C-224/23 P, *PBL e Abdelmouine/Commissione*, ancora pendente.

²⁷ Corte giust. 24 maggio 2011, C-83/09 P, *Commissione/Kronoply e Kronotex*, punti 63-65.

²⁸ Tribunale 22 settembre 2021, T-639/14 RENV, T-352/15 e T-740/17, *DEI/Commissione*.

²⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar, del 7 settembre 2023, C-701/21 P e C-739/21 P, *Mytilinaios/DEI e Commissione*.

³⁰ Corte giust. 22 febbraio 2024, C-701/21 P e C-739/21 P, *Mytilinaios/DEI e Commissione*.

una violazione dei suoi diritti procedurali ma anche contestare il merito della decisione della Commissione di non sollevare obiezioni. In tal caso, infatti, la dimostrazione del suo interesse individuale dovrà passare per le forche caudine della formula *Plaumann*. Recentemente, il Tribunale ha considerato che tale fosse il caso di un'impresa posta in una relazione di concorrenza con il beneficiario particolarmente stretta³¹.

In entrambi i casi, la partecipazione al procedimento amministrativo resta ormai sullo sfondo.

3. *Qualche considerazione critica*

La giurisprudenza appena richiamata, seppur nei suoi elementi essenziali e in maniera molto schematica, si presta ad almeno tre considerazioni critiche.

a) La prima, trasversale, riguarda la commistione tra le caratteristiche dell'atto impugnato e la situazione del ricorrente³².

Sia il testo dell'art. 263 TFUE che la formula *Plaumann*³³ guardano all'impugnabilità dell'atto come ad un carattere tipico dell'atto stesso che dipende dalla capacità di questo di "toccare" il ricorrente. Tale carattere riguarda più il contenuto e gli effetti dell'atto che le qualità personali del ricorrente o le circostanze particolari in cui questo si trova. Queste vengono semmai in rilievo in quanto permettono all'atto di individualizzare il ricorrente alla stessa stregua del destinatario della decisione.

I motivi per cui un'impresa decida di non partecipare al procedimento amministrativo possono essere molteplici, ma è difficile trovarne uno che giustifichi la successiva privazione della tutela giurisdizionale contro un atto suscettibile di incidere sulla sua situazione giuridica o di pregiudicarne

³¹ Tribunale 10 maggio 2023, T-238/21, *Ryanair/Commissione (SAS II; COVID-19)*, non pubblicata, non impugnata; 10 maggio 2023, T-34/21 e T-87/21, *Ryanair/Commissione (Lufthansa; COVID-19)*, impugnazione pendente, C-457/23 P, che però non riguarda la questione della ricevibilità del ricorso.

³² V. già conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, del 9 novembre 1999, C-106/98 P, *Comité d'entreprise de la Société française de production e a./Commissione*, par. 21.

³³ «Chi non sia destinatario di una decisione può sostenere che questa lo riguarda individualmente soltanto qualora il provvedimento lo tocchi a causa di determinate qualità personali, ovvero di particolari circostanze atte a distinguerlo dalla generalità, e quindi lo identifichi alla stessa stregua dei destinatari» (*Plaumann*, sopra citata).

la posizione concorrenziale. E questo vale per tutte le decisioni in materia di concorrenza. Per tornare agli esempi menzionati in precedenza, sub II, non sono chiare le ragioni per le quali se un'impresa non ha partecipato al procedimento amministrativo previsto per il controllo delle concentrazioni allora essa debba per ciò stesso perdere qualunque tutela giurisdizionale contro una decisione in grado di incidere direttamente sulla sua posizione giuridica o comunque in grado di pregiudicarne, sostanzialmente o meno, la sua posizione concorrenziale, esattamente come la stessa decisione, di segno opposto, avrebbe avuto effetti comparabili sulla situazione del destinatario.

La giurisprudenza all'origine di questo presupposto di ricevibilità, la sentenza *Cofaz*, aveva mutuato tale presupposto dalla sentenza *Timex*³⁴, la quale tuttavia non solo, e non tanto, era estranea alla concorrenza, ma, soprattutto, non riguardava una decisione ma un regolamento, seppure anti-dumping. E così, nella sentenza *SNIACE* sembra che, almeno nel settore degli aiuti, tale requisito non sia più necessario. In merito è ancora pertinente l'obiezione dell'Avvocato generale Jääskinen, che nelle sue conclusioni in *Kronoply*³⁵ aveva fatto notare che, per la Corte, la partecipazione al processo decisionale in materia ambientale è distinta e ha una finalità diversa rispetto al ricorso giurisdizionale ed è pertanto senza incidenza sulle condizioni per esperire un ricorso³⁶.

Tuttavia, come si è visto, da una parte, la giurisprudenza in tema di intese e abuso di posizione dominante lo considera ancora come un elemento non sufficiente ma molto utile allo scopo. Dall'altra parte, in materia di concentrazioni, il Tribunale continua a considerarlo un elemento non solo utile ma addirittura indispensabile. Ed infatti, la sentenza *easyJet*, su cui si sono basate le sentenze del 17 maggio scorso e che è precedente alla sentenza *SNIACE*, fa proprio riferimento alla giurisprudenza *Cofaz*. Sarà interessante vedere se la Corte estenderà la giurisprudenza *SNIACE*, che esclude appunto l'indispensabilità della partecipazione al procedimento amministrativo per provare l'incidenza individuale, dall'ambito degli aiuti a quello del controllo delle concentrazioni.

b) Un secondo elemento di riflessione che emerge dalla giurisprudenza riguarda la difficoltà di distinguere la portata dei mezzi di ricorso del ricorrente, parte interessata, che impugna una decisione di non sollevare

³⁴ Corte giust. 20 marzo 1985, 264/82.

³⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Jääskinen, del 25 novembre 2010, C-83/09 P, par. 38.

³⁶ Corte giust. 15 ottobre 2009, C-263/08, *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening*.

obiezioni, nonché il margine di manovra del Tribunale nel qualificare tali mezzi.

In effetti, come visto, la ricevibilità di un ricorso tendente all'annullamento di una decisione ai sensi dell'art. 4 del reg. 2015/1589 dipende dall'oggetto dei mezzi su cui si fonda. Ebbene, distinguere tra un mezzo di ricorso volto a far valere i diritti procedurali del ricorrente e uno volto a contestare nel merito la legalità dell'atto impugnato può essere un'operazione meno semplice di quanto appaia a prima vista. Certo, contribuisce a renderla meno complicata una redazione chiara dell'atto di ricorso. Eppure, una esplicita presa di posizione da parte del ricorrente sull'oggetto del suo mezzo di ricorso potrebbe non essere sufficiente. I giudici dell'Unione, infatti, non escludono che, quando l'atto introduttivo non identifica con precisione l'oggetto dei mezzi di ricorso, questi siano comunque ricevibili qualora sia possibile dedurre che, pur essendo diretti al merito della decisione, essi perseguono l'obiettivo di far valere in realtà, e in virtù di una pregiudizialità logica, una violazione dei diritti procedurali del ricorrente.

La questione non è affatto nuova. In un primo tempo, la Corte aveva escluso che il mezzo procedurale potesse essere implicito e che il Tribunale potesse desumerlo dal contenuto degli altri mezzi volti alla contestazione del merito della decisione.

In un secondo tempo³⁷, però, i giudici dell'Unione hanno inteso sfumare questo formalismo in modo da rendere più agevole l'accesso al giudice, e così hanno sostanzialmente riconosciuto che il ricorrente che fa valere la violazione dei suoi diritti procedurali, in realtà chiede l'annullamento della decisione di non sollevare obiezioni perché, con questa decisione, la Commissione ha rifiutato l'apertura della seconda fase d'esame. Poiché la condizione che impone alla Commissione l'apertura di questa seconda fase è l'esistenza di seri dubbi sulla qualificazione della misura come aiuto o sulla sua compatibilità con il mercato interno, il ricorrente deve poter sollevare qualunque argomento per provare l'esistenza di tali dubbi, purché non modifichi l'oggetto del ricorso. Dubbi che, però, hanno naturalmente ad oggetto il merito della decisione stessa.

Orbene, la distinzione tra mezzi che contestano il merito della decisione per dimostrare che la Commissione doveva nutrire seri dubbi e mezzi che invece contestano il merito della decisione è decisamente difficile da individuare. Infatti, contestare le valutazioni della Commissione nel merito impli-

³⁷ V., da ultimo, Corte giust. 2 settembre 2021, C-647/19 P, *Ja zum Nürburgring/Commission*; 14 settembre 2023, C-466/21 P, *Land Rheinland-Pfalz/Deutsche Luftbansa*.

ca quasi di per sé una modifica dell'oggetto del ricorso, seppure finalizzata alla salvaguardia dei diritti procedurali del ricorrente.

Se da un punto di vista sostanziale l'approccio della giurisprudenza è perfettamente comprensibile e, soprattutto, condivisibile, in quanto teso, in sostanza, a garantire l'accesso al giudice e quindi allargare le maglie dei requisiti di ricevibilità del ricorso, probabilmente, per evitare l'incertezza giuridica inerente all'interpretazione che dei mezzi di ricorso i giudici devono svolgere al fine di identificarne l'oggetto e quindi apprezzarne la ricevibilità, sarebbe probabilmente più soddisfacente introdurre delle esigenze di forma più stringenti, che obblighino quindi il ricorrente a precisare nel ricorso stesso l'oggetto, la portata e la finalità dei suoi mezzi di ricorso, a pena di irricevibilità. Sarebbe questa una formalità, inabituale certo nei ricorsi dinanzi ai giudici dell'Unione, che però verrebbe a beneficio proprio del ricorrente, nella misura in cui, in fondo, non servirebbe ad altro che ad assicurare la ricevibilità del suo ricorso.

c) Un'ultima considerazione riguarda ancora la giurisprudenza in materia di aiuti di Stato. Come si è visto, è ormai chiaro come sia sufficiente essere una parte interessata ai sensi dell'art. 1, lett. h), del reg. 2015/1589 per poter pretendere di essere riguardato individualmente da una decisione della Commissione di non sollevare obiezioni, purché, naturalmente, si invochi una violazione dei diritti procedurali. L'automatismo è particolarmente evidente nella recente sentenza del Tribunale *a&o hostel*³⁸.

Ciò che sembra meno chiaro, tuttavia, sono le ragioni di tale automatismo, visto che le parti interessate costituiscono un gruppo relativamente aperto e potenzialmente anche numeroso, esattamente come i soggetti la cui posizione sul mercato può essere lesa dalla misura d'aiuto. Ci si può pertanto chiedere per quale motivo i membri di un gruppo così numeroso siano tutti individualmente riguardati dalla decisione della Commissione di non sollevare obiezioni, mentre per impugnare una decisione nel merito occorre provare un pregiudizio sostanziale alla stessa posizione, magari anche quando tale lesione sostanziale possa essere patita solo da un numero ristretto di persone.

Lo schema giurisprudenziale in questione sembra attribuire più importanza e quindi ammettere più facilmente un ricorso volto alla protezione di meri diritti procedurali rispetto ad uno che tenda a proteggere il diritto sostanziale alla concorrenzialità del mercato, benché sia questo, in definitiva,

³⁸ Tribunale 20 giugno 2019, T-578/17, punto 41.

a rappresentare la ragion d'essere di tutta la disciplina in materia di aiuti di Stato.

4. *Cenni conclusivi*

Dall'analisi che precede, naturalmente parziale, dei requisiti di ricevibilità dei ricorsi per annullamento contro decisioni rese dalla Commissione in materia di concorrenza, emergono tendenze contrastanti, almeno dal punto di vista dell'accesso al giudice, considerato come elemento della protezione giurisdizionale effettiva garantita dall'art. 47 della Carta.

Infatti, se, da un lato, si rileva una certa tendenza ad interpretare quei requisiti in maniera estensiva, laddove, per esempio nel settore delle intese e degli abusi, l'incidenza individuale dell'atto impugnato non dipende dalla partecipazione del ricorrente al procedimento amministrativo, dall'altro, le recenti pronunce del Tribunale in materia di concentrazioni sembrano invece condizionare l'incidenza individuale, e quindi l'accesso al giudice, proprio alla circostanza che il ricorrente abbia non solo partecipato a tale procedimento, ma anche che lo abbia fatto in modo attivo. Su quest'ultimo aspetto la Corte dovrebbe a breve pronunciarsi in occasione delle impugnazioni introdotte contro le sentenze del Tribunale del 17 maggio 2023 e l'auspicio è che la giurisprudenza sul punto venga uniformata a tutta la materia della concorrenza nel senso di escludere il carattere necessario della partecipazione al procedimento amministrativo per poter accedere al giudice.

Ma un tale intervento dovrebbe forse anche accompagnarsi ad un ripensamento della giurisprudenza sulla questione della ricevibilità dei ricorsi contro le decisioni in materia di aiuti. Al di là della praticabilità concreta della soluzione che emerge da tale giurisprudenza, la sua stessa macchinosità è una minaccia al diritto tutelato dall'art. 47 della Carta, già per il fatto di pregiudicarne la certezza. Sarebbe quindi auspicabile che i giudici dell'Unione continuassero il loro sforzo di semplificare e alleggerire i presupposti di ricevibilità, come del resto già hanno fatto riducendo l'importanza della partecipazione al procedimento e ammettendo la possibilità di contestare parzialmente il merito di una decisione di non sollevare obiezioni per dimostrare che la Commissione avrebbe dovuto nutrire dubbi.

Abstract (ita)

Il contributo esamina una selezione delle pronunce giurisprudenziali più recenti in materia di concorrenza, afferenti ai quattro settori delle intese, dell'abuso di posizione dominante, del controllo delle operazioni di concentrazione e degli aiuti di Stato, con particolare riguardo ai presupposti di ricevibilità dei ricorsi e, quindi, di accesso al giudice dell'Unione, e, ancor più specificatamente, al requisito della capacità dell'atto impugnato di riguardare individualmente il ricorrente, ai sensi dell'art. 263, quarto comma, TFUE. L'esame è volto a valutare se e in che modo quel giudice abbia contribuito ad erodere gli ostacoli all'impugnabilità delle decisioni della Commissione da parte di soggetti diversi dai loro destinatari. Il risultato della verifica permette di individuare ancora almeno tre questioni che meriterebbero un'attenzione particolare da parte della Corte e del Tribunale e che riguardano la commistione tra le caratteristiche dell'atto impugnato e la situazione del ricorrente, le difficoltà di una corretta qualificazione dei mezzi di ricorso in funzione del loro oggetto nonché una certa incoerenza della soluzione giurisprudenziale, ormai classica, sulla ricevibilità dei ricorsi contro le decisioni di non sollevare obiezioni su una misura suscettibile di costituire un aiuto di Stato.

Abstract (eng)

This article examines a selection of the most recent case law in the field of competition law, relating to the four sectors of agreements, abuse of dominant position, merger control and state aid. In particular, it focuses on the conditions for the admissibility of an action for annulment brought before the Union judiciary, and therefore for the access to the EU judge. More specifically, it examines the requirement of the capacity of the contested act to be of individual concern to the applicant, pursuant to Article 263, fourth paragraph, TFEU. The examination aims at assessing whether and how the EU judge contributed to lowering the hurdles that persons other than the addressees have to overcome in order to attack Commission's decisions. The result of such an assessment points out at least three issues, which still deserve particular attention from the Court and the General Court. First, the confusion between the characteristics of the contested act and the applicant's situation. Second, the difficulties of correctly qualifying the pleas in law on which the application is grounded, depending on their object. Third, a certain degree of inconsistency of the solution arising from the now classic case law on the admissibility of applications against decisions not to raise objections in the sector of State aid.

Interventi

IL TRASFERIMENTO DEL RINVIO PREGIUDIZIALE AL TRIBUNALE, ALL'ALBA DELLA SUA ENTRATA IN VIGORE

Jacopo Alberti*

SOMMARIO: 1. *It's the end of the world as we know it (yet can we feel fine?)*. – 2. La genesi della riforma e i suoi negoziati. – 3. Gli elementi più rilevanti della futura disciplina. – 3.1. In particolare: il c.d. *guichet unique*. – 3.2. *Segue*: le modalità procedurali con cui il Tribunale tratterà le cause pregiudiziali. – 4. Interludio: l'impatto della riforma nel dialogo tra giudici italiani e Corte di giustizia. – 5. Che impatto avrà la riforma del pregiudiziale sui rapporti tra ordinamenti? – 5.1. In generale: l'impatto sul dialogo tra i giudici nazionali e dell'Unione. – 5.2. In particolare: il riesame e il suo impatto sui giudizi nazionali e sulle parti processuali. – 6. Quale futuro per l'architettura giudiziaria dell'Unione europea?

1. *It's the end of the world as we know it (yet can we feel fine?)*

I negoziati sul trasferimento della competenza in materia pregiudiziale dalla Corte di giustizia al Tribunale, iniziati il 30 novembre 2022 su proposta¹ della stessa Corte, hanno raggiunto un accordo², recentemente approvato dal Parlamento europeo e dal Consiglio³. Il regolamento di modifica dello

* Professore associato di diritto dell'Unione europea presso l'Università di Ferrara. Nelle more della pubblicazione del presente Volume, il Regolamento di modifica dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea è stato pubblicato in GUUE, serie L del 12 agosto 2024, come Regolamento 2024/2019 dell'11 aprile 2024. A differenza di quanto prefigurato nei negoziati, e riportato dunque nel testo, il nuovo Regolamento si applicherà ai pregiudiziali introdotti a partire dal 1 ottobre 2024.

¹ La proposta di modifica dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea è reperibile come allegato del documento di lavoro del Consiglio, del 12 dicembre 2022, n. 15936/22.

² Si veda il comunicato stampa del Consiglio, del 7 dicembre 2023, *Riforma dello statuto della Corte di giustizia: i negoziatori del Consiglio e del Parlamento raggiungono un accordo provvisorio*, reperibile *online* all'indirizzo consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2023/12/07/reform-of-the-statute-of-the-court-of-justice-council-and-parliament-negotiators-reach-provisional-agreement/.

³ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo, del 27 febbraio 2024, sul progetto di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica del protocollo n. 3 sullo statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea (P9_TA(2024)0086; documento di lavoro del Consiglio, del 6 marzo 2024, PE-CONS 85/23. L'effettiva approvazione dell'ac-

Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea (in seguito, "Statuto") verrà dunque pubblicato in Gazzetta Ufficiale entro la fine della Legislatura, per divenire operativo a partire dal 1° settembre 2024.

È l'alba di un nuovo mondo, quindi, perché per la prima volta si modifica sensibilmente l'interlocutore dei giudici nazionali e, di riflesso, l'istituto giuridico che da sempre permette l'incontro, e regola lo scontro, tra ordinamento nazionale e ordinamento dell'Unione. La possibilità di attribuire competenze pregiudiziali al Tribunale – *rectius*: l'attribuzione, sebbene in potenza e non in atto, di competenze pregiudiziali al Tribunale – risale già al trattato di Nizza, come si ricorderà⁴; ma le «materie specifiche previste dallo Statuto»⁵ per cui detto trasferimento doveva avvenire non erano, sinora, mai state definite.

Le luci dell'alba non permettono di vedere tutti i particolari. Ed infatti, fuor di metafora, oltre a non essere ancora disponibile il testo ufficiale e definitivo del regolamento di modifica dello Statuto⁶, non lo sono nemmeno quelli che modificheranno i regolamenti di procedura di Corte e Tribunale⁷. Pertanto, una valutazione precisa sulle implicazioni, tanto istituzionali quanto procedurali, della nuova riforma deve necessariamente essere rinviata a un momento successivo alla pubblicazione del presente *Volume*. Eppure, l'alba già consente di distinguere i volumi, i contorni, i tratti essenziali di ciò che ci appare; ed è anche l'ultimo momento in cui si può riflettere su ciò che sta per accadere, senza essere travolti, o comunque coinvolti, dai suoi dettagli e dalle sue implicazioni contingenti.

Ai lettori interessati alle peculiarità dell'osservazione da questa prospettiva, le pagine che seguono offrono un breve inquadramento di una riforma

cordo raggiunto in sede di quadrilogo è avvenuta nelle more della pubblicazione del presente scritto.

⁴ La bibliografia sul punto è ricchissima; si rimanda, per tutti, a B. NASCIBENE (a cura di), *Il processo comunitario dopo Nizza*, Milano, 2003.

⁵ Art. 256, par. 3, comma 1, TFUE.

⁶ Si noti, però, che il materiale riportato dal Parlamento europeo a corredo dell'approvazione in prima lettura dell'accordo raggiunto in sede di quadrilogo riporta un rimando al testo di compromesso della modifica allo Statuto, rinvenibile all'indirizzo europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/.

⁷ Nelle more della pubblicazione del presente scritto, il Consiglio ha però pubblicato sul proprio Registro dei documenti i progetti di motivi di ambedue i regolamenti, rinvenibili rispettivamente come documento di lavoro del 1° marzo 2024 n. 7225/24 (Corte) e 7226/24 (Tribunale). Benché essi costituiscano, formalmente, solo gli atti iniziali della procedura, è ragionevole ipotizzare che il loro contenuto non subirà modifiche di rilievo e ad essi, dunque, ci si riferirà nel prosieguo del lavoro.

che segnerà l'ascesa di un mondo nuovo. Un mondo, beninteso, che per molti tratti sarà del tutto analogo a quello a cui siamo abituati, perché la nuova disciplina consentirà un passaggio molto graduale delle competenze pregiudiziali, e quindi del ruolo ad esse connesso. Ma è proprio da questa discrasia tra l'importanza assiologica delle modifiche effettuate e la limitatezza dei loro effetti che emerge sia la cifra della riforma in oggetto, sia i suoi limiti.

2. *La genesi della riforma e i suoi negoziati*

Benché la Corte avesse affermato, in diverse e recenti occasioni⁸, di non trovare opportuno il trasferimento di rinvii pregiudiziali al Tribunale, il 30 novembre 2022 ha cambiato il proprio approccio e ha proposto un'ulteriore⁹ modifica del proprio Statuto tesa proprio a definire le materie specifiche nelle quali il Tribunale possa pronunciarsi in via pregiudiziale e ad ampliare il meccanismo di selezione delle impugnazioni, già previsto con una precedente modifica¹⁰ allo Statuto e attualmente disciplinato all'art. 58 *bis* del medesimo.

Entrambi i *côtés* della riforma sono evidentemente parte di un disegno complessivo e sono piuttosto coerenti, l'uno con l'altro, nello spirito e negli obiettivi. Il secondo, che è totalmente sfuggito all'attenzione dottrinale¹¹ (e al dibattito interistituzionale: Commissione, Parlamento e Consiglio non

⁸ Si vedano, in particolare, le due relazioni della Corte di giustizia sul funzionamento del Tribunale previste dall'art. 3, par. 1 e 2, del regolamento 2015/2422, presentate rispettivamente nel dicembre 2020 e nel dicembre 2017. Per un commento della prima, si rimanda a D. DOMENICUCCI, *La relazione prevista dall'art. 3, par. 1, del regolamento 2015/2422 tra indagini retrospettive di bilancio dell'attività del Tribunale e analisi prospettive di rilancio del suo ruolo nel contesto della nuova architettura giudiziaria dell'Unione europea*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI (a cura di), *Il giudice dell'Unione europea alla ricerca di un assetto efficiente e (in) stabile: dall'incremento della composizione alla modifica delle competenze*, Milano, 2022, p. 39.

⁹ Le modifiche allo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, come noto, sono state diverse negli ultimi anni. Si rimanda, per tutti, a C. AMALFITANO, M. CONDINANZI (a cura di), *La Corte di giustizia dell'Unione europea oltre i trattati: la riforma organizzativa e processuale del triennio 2012-2015*, Milano, 2018; M. CONDINANZI (a cura di), *Focus – Il sistema di protezione giurisdizionale nell'UE*, in *federalismi.it*, n. 3, 2018 (numero speciale); C. AMALFITANO, M. CONDINANZI (a cura di), *Il giudice dell'Unione europea*, cit.

¹⁰ Regolamento (UE, Euratom) 2019/629 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019.

¹¹ Come uniche eccezioni, si veda Meijers Committee, *Comment on the reform of the Statute of the Court of Justice*, 2023, reperibile *online* all'indirizzo commissie-meijers.nl/wp-content/uploads/2023/11/2312-Comment-on-the-Reform-of-the-Court-of-Justice.pdf.

hanno presentato, a quanto emerge dai documenti di pubblico dominio, alcuna richiesta di modifica dell'estensione del meccanismo di selezione delle impugnazioni), è in realtà estremamente interessante; ma esso esula dal campo di indagine del presente contributo ed è demandato a future ricerche¹².

Le ragioni per cui la Corte di giustizia, nonostante le perplessità precedentemente (e recentemente) espresse, si è invece convinta a varcare il Rubicone del trasferimento dei rinvii pregiudiziali sono da rinvenirsi ufficialmente¹³ nella piena operatività ormai raggiunta dal raddoppio dei giudici del Tribunale e nella sua perdurante necessità di sgravarsi delle cause meno rilevanti per potersi concentrare sui propri compiti “costituzionali” e, meno prosaicamente¹⁴, nella necessità di impegnare con ulteriori cause gli ormai 54 giudici del *Bâtiment Thémis*.

Come si ricorderà, nelle intenzioni dei padri fondatori di quello che – pur non assomigliandogli più per niente – rimane il sistema giudiziario delineato dai trattati attualmente in vigore, il trasferimento delle competenze pregiudiziali avrebbe dovuto comportare una «radical change»¹⁵ per il ruolo

¹² Si rimanda agli atti della Conferenza *Quo vadis, Boards of Appeal? The evolution of EU Agencies' Boards of Appeal and the future of the EU system of Judicial Protection* tenutasi presso l'Università di Ferrara in data 8 e 9 febbraio 2024 ed in corso di pubblicazione quale fascicolo speciale della *Rivista del contenzioso europeo | Revue du contentieux européen | Review of European Litigation*.

¹³ Proposta di modifica dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, cit., p. 3-4.

¹⁴ Come condivisibilmente evidenzia C. AMALFITANO, *Il futuro del rinvio pregiudiziale nell'architettura giurisdizionale dell'Unione europea*, in J. ALBERTI, G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale come strumento di sviluppo degli ordinamenti*, Pisa, 2023, p. 27 e, in particolare, p. 39 e 40, «a voler essere sospettosi (!) o anche solo realisti ci si potrebbe chiedere se la soluzione del trasferimento sia dettata (anche) dalla necessità di impegnare adeguatamente gli ormai cinquantaquattro giudici del Tribunale, e quindi di giustificare anche finanziariamente l'avvenuto raddoppio (rendendo effettiva la riforma dell'architettura giurisdizionale che la Corte di giustizia fa discendere da tale raddoppio)». Ma, d'altronde, il punto è totalmente condiviso in dottrina: si veda altresì M. BOBEK, *Preliminary rulings before the General Court: what judicial architecture for the European Union?*, in *CMLR*, vol. 60, 2023, p. 1515 e, in particolare, p. 1517, che afferma che la riforma risolverà «only one current problem: finding some additional work for the not so busy GC». Più delicatamente, D. SARMIENTO, *On the road to a Constitutional Court of the European Union: the Court of Justice after the transfer of the preliminary reference jurisdiction to the General Court*, in *CYELP*, 2023, p. 7 parla di «an overstaffed General Court».

¹⁵ Chiudendo l'analisi delle nuove competenze che il Tribunale avrebbe assunto ove gli Stati membri avessero seguito – come poi fecero, con il trattato di Nizza – i suggerimenti sul rafforzamento del ruolo del Tribunale, il Report del Gruppo di lavoro sul Futuro del sistema giudiziario delle Comunità europee affermava sibillantemente che «it follows from the fore-

del Tribunale. Invece, la Corte di giustizia è riuscita a minimizzare l'impatto – per lo meno pratico, e per lo meno nel medio periodo – della propria proposta, definendo una serie di materie che, almeno *prima facie*, non sembrano foriere di un contenzioso troppo delicato. Si tratta dei seguenti settori: IVA; diritti di accisa; codice doganale; classificazione tariffaria delle merci nella nomenclatura combinata; compensazione pecuniaria ed assistenza dei passeggeri in caso di negato imbarco o di ritardo o cancellazione di servizi di trasporto; sistema di scambio di quote di emissione di gas a effetto serra¹⁶.

Come anticipato, la proposta è, formalmente, ancora in fase di negoziato; tuttavia, il 7 dicembre 2023 le istituzioni dell'Unione hanno raggiunto un accordo in sede di quadrilogo (il quarto membro essendo, evidentemente, la Corte di giustizia e non anche il Tribunale – e il punto merita di essere evidenziato), in forza del quale la riforma dello Statuto verrà approvata entro la fine della Legislatura, per diventare operativa a partire dal 1° settembre 2024. Le modifiche ai regolamenti di procedura di Corte e Tribunale – fondamentali, perché il testo dello Statuto non conterrà la disciplina di dettaglio che permetterà l'esplicarsi delle procedure – verranno adottate successivamente, con una pubblicazione in *GUUE* differita rispetto a quella del regolamento di modifica dello Statuto (ma comunque compatibile con il decorso del termine di applicazione del medesimo).

Poco vi è da dire sullo svolgersi dei negoziati, che si è dipanato in tempi piuttosto celeri, senza le polemiche¹⁷ che avevano caratterizzato quelli di quasi un decennio fa e, soprattutto, senza una reale manifestazione di un disegno politico diverso da quello espresso dalla proposta della Corte. La Commissione, nel suo parere, non ha sollevato perplessità di fondo¹⁸; lo stes-

going that the position of CFI within the Community court system would undergo radical change» (il testo del *Report by the Working Party on the Future of the European Communities' Court System* ('*The Wise Persons' Report* or '*The Due Report*') è riportato in A. DASHWOOD, A. JOHNSTON (eds.), *The Future of the Judicial System of the European Union*, Oxford e Portland, 2001, p. 186).

¹⁶ Si veda il futuro art. 50 *bis* dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea.

¹⁷ Si veda l'audizione dei giudici Berardis, Collins, Dehousse e Pelikanova dinanzi al Parlamento europeo, dietro invito del *rapporteur*, durante i negoziati sul raddoppio dei giudici del Tribunale (il cui verbale è stato pubblicato su *Politico.eu* con il titolo "*Doubling The General Court's Judges: Why Progressive, Reversible And More Economical Solutions Are Far Better*" all'indirizzo politico.eu/wp-content/uploads/2015/04/EP-Strasbourg-Summary-and-costs.pdf).

¹⁸ Parere della Commissione europea, del 14 marzo 2023, sul progetto di modifica del protocollo n. 3 sullo statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, presentato dalla Corte di giustizia, il 30 novembre 2022, COM (2023) 135 final/2.

so è a dirsi per il Consiglio¹⁹; tra i Parlamenti nazionali, solo quello spagnolo²⁰ e italiano²¹ si sono espressi, ma in termini favorevoli – solo la Camera dei deputati italiana, evocando *Taricco*, ha espresso perplessità sul trasferimento del contenzioso pregiudiziale in materia di IVA²².

Il Parlamento europeo è stata l'istituzione più dubbiosa (soprattutto con la commissione AFCO²³; la commissione JURI, a cui afferiva la relatrice, si è posta su posizioni più moderate)²⁴. Tuttavia, il suo contributo non ha portato a modifiche sensibili al cuore del disegno politico. Piuttosto, il Parlamento europeo ha limitato il proprio apporto negoziale all'estensione del disegno originario della proposta a due ulteriori ambiti, certamente di buon impatto mediatico e comunicativo, specialmente alla vigilia di un incontro elettorale, ma che lasciano piuttosto perplessi sulla capacità dell'istituzione democratica *par excellence* di incidere sui temi che realmente contano per lo sviluppo del sistema giudiziario dell'Unione. Infatti, il Parlamento ha ottenuto, invocando necessità di trasparenza e partecipazione nei procedimenti giudiziari, una modifica dell'art. 23 dello Statuto per permettere al Parlamento stesso, al Consiglio e alla BCE un diritto sostanzialmente generalizzato ad intervenire in tutte le cause pregiudiziali («qualora ritengano di avere un interesse particolare nelle questioni sollevate dalla domanda di pronuncia pregiudiziale»²⁵; e quindi non un diritto-dovere, senza dover dimostrare alcun interesse, come quello in capo alla Commissione) e un più agevole accesso alle memorie o alle osservazioni depositate nei rinvii, che verranno pubblicate sul sito della Corte di giustizia dopo un tempo ragione-

¹⁹ Si veda, in particolare, l'orientamento generale sulla modifica del protocollo n. 3 sullo statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, rinvenibile nel documento di lavoro n. 9742/23, del 26 maggio 2023.

²⁰ Si veda il parere espresso dalle Cortes Generales, il 15 marzo 2023, in applicazione del protocollo sulla sussidiarietà e proporzionalità e rinvenibile nel documento di lavoro del Consiglio n. 9515/23 del 16 maggio 2023.

²¹ Si veda il parere espresso dalla Camera dei deputati, il 4 aprile 2023, in applicazione del protocollo sulla sussidiarietà e proporzionalità e rinvenibile nel documento XVIII n. 3 della XIV Commissione.

²² *Ivi*, p. 4, lett. e).

²³ Il parere della Commissione AFCO è allegato alla relazione del Parlamento europeo sul progetto di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica del protocollo n. 3 sullo statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, adottata il 27 settembre 2023, n. A9-0278/2023, p. 21

²⁴ *Ivi*, p. 5.

²⁵ Si veda l'art. 23 dello Statuto per come verrà riformato dalla riforma in esame e, quindi, per come emerge risoluzione legislativa del Parlamento europeo, del 27 febbraio 2024, cit.

vole dalla conclusione del procedimento *de quo*, a meno che l'autore delle medesime non si opponga a tale pubblicazione.

3. *Gli elementi più rilevanti della futura disciplina*

Il cuore della riforma, tuttavia, si trovava chiaramente su altri aspetti delineati nella proposta della Corte, che sono passati sostanzialmente indenni dalle maglie della procedura legislativa.

Per i motivi già esposti, l'analisi di dettaglio della futura disciplina è da rimandare ad altre sedi; due aspetti, già ben delineati nei propri tratti essenziali, meritano però di essere evidenziati sin da ora: il c.d. *guichet unique* e le principali modalità procedurali con cui il Tribunale tratterà le cause pregiudiziali.

3.1. *In particolare: il c.d. guichet unique*

La Corte ha proposto – trovando, è bene sottolinearlo nuovamente, grande supporto nelle altre istituzioni – che tutti i pregiudiziali continueranno ad essere notificati dai giudici nazionali presso uno sportello unico, *guichet unique* nell'espressione francese, gestito dalla sola Corte, e non anche dal Tribunale. Compito di questo sportello sarà di valutare, con margini di discrezionalità che rimangono molto ampi, se la causa rientra esclusivamente in uno o più di quei settori che lo Statuto devolve alla competenza del Tribunale, se coinvolge anche questioni relative ad altre materie, oppure ancora se, pur rimanendo all'interno del perimetro delle materie che lo Statuto devolve alla competenza del Tribunale, intercetta «questioni indipendenti di interpretazione del diritto primario, del diritto internazionale pubblico, dei principi generali del diritto o della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»²⁶. Nel primo caso, la causa verrà devoluta al Tribunale; nel secondo e nel terzo, la Corte la terrà per sé, senza che né il Tribunale, né il giudice nazionale, né le parti possano obiettare alcunché.

Di fatto, quindi, la proposta aggiunge un nuovo meccanismo di controllo, che si aggiunge a quelli già previsti dai trattati: il secondo comma dell'art. 256, par. 3, TFUE prevede, come noto, la possibilità che il Tribunale rinvii alla Corte, prima di deciderli, quei quesiti che necessitino di una decisione di principio che potrebbe compromettere l'unità o la coerenza del

²⁶ Si veda l'art. 50 *bis*, par. 1 *bis*, dello Statuto, *ivi*.

diritto dell'Unione; e il terzo comma della medesima disposizione prevede, specularmente, il riesame da parte della Corte delle decisioni pregiudiziali emesse dal Tribunale, ove sussistano gravi rischi che le stesse compromettano l'unità o la coerenza del diritto dell'Unione. Quindi, il sistema pattizio prevede già due meccanismi di controllo dell'attività del Tribunale, uno *ex ante* all'adozione di una pronuncia e uno *ex post*; ma la riforma ne introdurrà un altro, che opera ancor prima di quello *ex ante*, attribuendo al Tribunale solo quelle cause che la Corte reputi che rientrino nella competenza di quest'ultimo. Non si sa ancora in che formazione si pronuncerà la Corte per esercitare questa funzione di *guichet unique*; dalla proposta di modifica del Regolamento di procedura della Corte, formulata dalla medesima, emerge che con ogni probabilità si tratterà di un *panel* composto dal Presidente, dal Vicepresidente e dal Primo Avvocato generale che, solo se riterranno che la causa vada tenuta all'attenzione della Corte stessa, investiranno della questione la *Réunion générale*²⁷.

Sulla legittimità di tale approccio pare lecito porsi qualche dubbio: ma il giudice naturale, precostituito per legge, dei rinvii pregiudiziali nelle materie previste dallo Statuto... qual è? La Corte o il Tribunale?

Il *guichet unique*, palesemente, individua questo giudice nella Corte; certo, però, che a leggere i trattati pare lecito chiedersi se, nelle sole materie specifiche previste dallo Statuto, detto giudice non sia invece il Tribunale. L'art. 19, par. 3, TUE (e, analogamente, lo stesso art. 267 TFUE) attribuiscono la competenza a pronunciarsi in via pregiudiziale «alla Corte di giustizia dell'Unione europea» che, a mente del par. 1 dello stesso art. 19 TUE, è notoriamente composta dalla Corte di giustizia, dal Tribunale e, un tempo, dai tribunali specializzati. L'art. 256, par. 3, TFUE specifica che «il Tribunale è competente a conoscere delle questioni pregiudiziali [...] in materie specifiche determinate dallo statuto»: e il ruolo che attribuisce alla Corte, in relazione a questa competenza pregiudiziale trasferita, è quello delineato dai successivi due commi, ovvero i due meccanismi di controllo *ex ante* ed *ex post* richiamati poc'anzi.

Lo Statuto può porre limiti alla competenza del Tribunale, certamente: ma con l'identificazione delle materie, non con l'introduzione di un filtro a che queste materie, una volta identificate, vengano effettivamente ad esso attribuite. L'art. 256 TFUE, infatti, sancisce che il Tribunale è competente in materia pregiudiziale nelle *materie specifiche* previste dallo Statuto; e non

²⁷ Si veda l'art. 93 *bis* del regolamento di procedura della Corte di giustizia, di cui alla proposta menzionata *supra*, nota 7.

alle *condizioni* previste dallo Statuto – mentre, è bene ricordare, la possibilità che atti *lato sensu* “derivati” possano porre condizioni a talune competenze dei giudici dell’Unione è possibilità che i trattati ammettono, ma in altri contesti: si pensi, ad esempio, all’art. 263, comma 5, TFUE, che sancisce che «gli atti che istituiscono gli organi e organismi dell’Unione possono prevedere *condizioni e modalità specifiche* relative ai ricorsi proposti da persone fisiche o giuridiche contro atti di detti organi o organismi».

È vero che l’art. 23 dello Statuto afferma che «nei casi contemplati dall’articolo 267 TFUE [il] giudice nazionale [...] si rivolge alla Corte di giustizia», quindi non alla Corte di giustizia *dell’Unione europea*; però è altresì vero che quella disposizione è stata redatta prima del trasferimento dei pregiudiziali e si trova, comunque, nel titolo III, dedicato alla procedura dinanzi alla sola Corte, ed è quindi nella logica dell’impianto normativo che quell’articolo non riguardi l’istituzione nel suo complesso, ma solo il suo organo apicale. Certo, stupisce – ma non troppo – che la riforma che ora ci occupa non abbia modificato quel riferimento dell’art. 23 dello Statuto alla sola “Corte di giustizia”, visto che ora le competenze pregiudiziali sono esercitate anche dal Tribunale e, quindi, si può (*rectius*, si dovrebbe) senza alcuna remora specificare che «il giudice nazionale si rivolge alla Corte di giustizia *dell’Unione europea*». Ma più che un refuso, questa mancata modifica pare un evidente segnale dello spirito della riforma – che contrasta, però, con quanto sancito all’art. 19, par. 3, TUE, già richiamato *supra*.

Certo, è comunque sempre valido l’argomento per cui il Tribunale è un’articolazione interna della Corte di giustizia dell’Unione europea, che a sua volta è gestita dalla sola Corte, *stricto sensu*; però i trattati attribuiscono alla Corte un ruolo apicale sul piano procedurale-giudiziario (le impugnazioni: art. 256, par. 1, comma 2, TFUE, nonché lo stesso riesame; la redazione del regolamento di procedura del Tribunale, che deve avvenire di concerto con la Corte: art. 254, comma 5, TFUE); ma, da un punto di vista istituzionale, identificano due organi distinti. Il Tribunale, infatti, non è un Coreper: gli atti del Tribunale sono imputabili a quest’ultimo; quelli del Coreper, fatti salvi casi eccezionalissimi²⁸, al Consiglio. Ecco allora che le competenze che i trattati attribuiscono all’uno, il Tribunale, dovrebbero poter essere assorbite dall’altra, la Corte, solo nei limiti previsti dai trattati stessi: e i trattati non mettono limiti nel filtrare, *ex ante*, quali pronunce debbano andare in Tribunale, ma solo chiedono a quest’ultimo di rimettere la causa alla Corte, se si

²⁸ Corte giust. 20 novembre 2018, C-626/15 e C-659/16, *Commissione/Consiglio* (AMP Antartico), punti 59-67.

rende conto di dover adottare una «decisione di principio»²⁹.

Beninteso: i vantaggi, per i giudici nazionali, di avere uno sportello unico per l'invio dei loro quesiti sono evidenti; e parimenti innegabile sarebbe il valore aggiunto di un foro dove si possa prevenire l'attivazione tanto della rimessione della causa dal Tribunale alla Corte prima di deciderla, per evidenti motivi di efficienza decisionale e tutela del principio della ragionevole durata del processo, quanto del riesame, che, come più avanti si dirà³⁰, è capace di porre seri problemi alla tenuta del dialogo pregiudiziale e al principio di effettività del diritto dell'Unione europea. Ma un *guichet unique* misto, con la partecipazione sia della Corte che del Tribunale, supportato da una chiara indicazione degli atti giuridici che afferiscono a un determinato settore, avrebbe permesso di raggiungere i principi di cui sopra, pur mantenendo una piena adesione al dato pattizio. Esso pare, dunque, un'opzione che si sarebbe dovuta prendere in considerazione, come peraltro già sostenuto in dottrina³¹; e stupisce, al contrario, che istituzioni molto attente alla tutela del principio del *juge naturel*, come il Parlamento europeo³², non abbiano incentrato le proprie richieste di modifica su questo punto, quanto piuttosto sulle già ricordate questioni – certamente più comprensibili da parte di un'opinione pubblica non specializzata, soprattutto in tempi elettorali, ma al tempo stesso assai meno impattanti sulla tutela del principio in questione – come la trasparenza e l'accesso alle osservazioni depositate nei rinvii pregiudiziali.

3.2. Segue: le modalità procedurali con cui il Tribunale tratterà le cause pregiudiziali

Molto vi sarebbe da dire, ma poco può essere attualmente detto, con riguardo alle modalità procedurali con cui il Tribunale tratterà le cause pregiudiziali devolute alla sua competenza. La disciplina di tali aspetti è coperta

²⁹ Art. 256, par. 3, comma 2, TFUE.

³⁰ Si veda, *infra*, § 5.2

³¹ C. AMALFITANO, *Il futuro del rinvio pregiudiziale nell'architettura giurisdizionale dell'Unione europea*, cit., in particolare p. 55.

³² Si vedano i dibattiti tenutisi al Parlamento europeo, il 9 maggio 2023, in occasione dell'audizione dinanzi alla Commissione JURI del Presidente della Corte di giustizia, del Presidente del Tribunale, di rappresentanti del Servizio Giuridico della Commissione europea, del CCBE, della Corte costituzionale austriaca, del Consiglio di Stato francese e dell'accademia, rinvenibili all'indirizzo multimedia.europarl.europa.eu/en/webstreaming/committee-on-legal-affairs_20230509-1500-COMMITTEE-JURI.

solo in parte dal regolamento di riforma dello Statuto che, per molti aspetti, rimanda alle norme che verranno introdotte (o modificate) nei regolamenti di procedura di Corte e Tribunale. Peraltro, la grande discrezionalità che si vuole lasciare al *guichet unique* andrà inevitabilmente a impattare sulle procedure e le strutture che quest'ultimo dovrà costituire per gestire il flusso di nuove cause: maggiore sarà il novero di cause che la Corte terrà per sé (e maggiore sarà la loro rilevanza), minori saranno le risorse e le accortezze procedurali che il Tribunale dovrà dedicare alla nuova competenza; e viceversa. Non può escludersi, dunque, che ulteriori affinamenti al regolamento di procedura del Tribunale andranno introdotti tra qualche anno, quando il trasferimento consoliderà la propria prassi e assumerà, dunque, dei contorni più definiti.

Pertanto, allo stato attuale dei negoziati e sulla base dei documenti attualmente disponibili³³ si può solo evidenziare che il Tribunale dedicherebbe ai pregiudiziali due sezioni *ad hoc* e, probabilmente, due giudici eserciterebbero sempre le funzioni di Avvocato generale in quelle cause³⁴. Dopo un'iniziale (e, oggettivamente, piuttosto pericoloso) approccio secondo cui l'Avvocato generale sarebbe dovuto appartenere alla medesima sezione che si pronunciava sulla causa, il quadrilogo ha aperto ad un assai più saggio incrocio tra Avvocati generali, ai sensi del quale ognuno andrà a pronunciarsi sulle cause decise dall'altra sezione, a maggior tutela della terzietà e dell'imparzialità del loro ruolo.

È bene notare, tuttavia, come le sezioni specializzate nei rinvii pregiudiziali non saranno dedicate unicamente all'esercizio di questa competenza, perché il carico di lavoro previsto non sarebbe sufficiente. Esse, dunque, continueranno la propria attività iusdicente anche nei ricorsi diretti – non è dato, al momento, sapere se con un focus su proprietà intellettuale o funzione pubblica, ovvero le due materie che attualmente connotano la divisione per materie delle sezioni del Tribunale³⁵, o se la competenza pregiudiziale

³³ Per i quali si rimanda *supra*, nota 7.

³⁴ Il testo di compromesso, cit., *supra* nota 6, per la verità, non si spinge a definire il numero di sezioni specializzate in materia pregiudiziale né degli Avvocati generali da nominare; ma, nel nuovo art. 49 *bis* dello Statuto, usa la forma plurale e, dato il numero di cause che probabilmente il Tribunale si troverà a gestire, il numero di due pare quello più plausibile. Per uno studio sulla figura dell'Avvocato generale (anche) presso il Tribunale, si veda M. BORRACCETTI, *L'avvocato generale nella giurisdizione dell'Unione europea*, Napoli, 2011, in particolare p. 69-86.

³⁵ Si veda la decisione del Tribunale sui criteri di attribuzione delle cause alle sezioni, in *GUUE* C 286 del 14 agosto 2023, p. 2.

si affiancherà a queste due come terzo elemento di specializzazione, con il risultato che le sezioni specializzate in materia pregiudiziale non tratteranno i ricorsi diretti in quelle due materie, ma solo quelli su tutte le altre. La proposta di modifica del regolamento di procedura del Tribunale, resa pubblica nelle more della pubblicazione del presente scritto, sembra far propendere per questa seconda soluzione³⁶; ma, ovviamente, occorrerà aspettare il termine dei relativi negoziati e, in ogni caso, la successiva modifica della decisione del Tribunale con cui si fissano i criteri di attribuzione delle cause alle varie sezioni.

Sia come sia, il risultato netto è che i membri delle sezioni specializzate in materia pregiudiziale saranno chiamati ad una doppia funzione: sia quella, essenzialmente nomofilattica, propria del giudice che dialoga con le controparti nazionali; sia quella, di puro accertamento del fatto e della sua qualificazione in diritto, propria del giudice di “primo grado”³⁷ dei ricorsi diretti. Anche la Corte, certamente, assomma su di sé sia le competenze pregiudiziali che quelle di risoluzione dei ricorsi diretti; ma questi ultimi sono stati filtrati dal precedente accertamento in fatto compiuto dal Tribunale o, comunque, riferiti a tipologie di ricorso dal carattere più “costituzionale”, con il risultato di rendere più omogeneo il ruolo esercitato dalla medesima.

Ultimo punto processuale che può essere messo in evidenza in questa fase è che, alla luce di come l'art. 50 dello Statuto verrà modificato, il Tribunale non potrà pronunciarsi in grande sezione, ma al massimo in una nuova formazione quantitativamente compresa tra la sezione a 5 giudici e la grande sezione. L'idea – esplicitata dalla stessa Corte nella propria proposta³⁸ e mai messa in discussione dalle altre istituzioni – è che, ove sussista la necessità di un Collegio giudicante così importante, a monte la causa dovrebbe essere trattenuta alla competenza della Corte. Inoltre, dal momento che il futuro art. 50 *ter*, par. 3, dello Statuto prevederà che «le domande di pronuncia pregiudiziale trasmesse al Tribunale sono attribuite [...] a sezioni designate

³⁶ Si veda il progetto di motivi, citato *supra* alla nota 7, p. 11.

³⁷ La natura di organo giudiziario di prima istanza del Tribunale, all'indomani dell'entrata in vigore del meccanismo di selezione delle impugnazioni (e della sua estensione da parte della riforma in esame), è certamente discutibile; e, a tal fine, occorrerebbe definire la natura degli organismi che si esprimono ancor prima del Tribunale, ovvero le commissioni di ricorso di talune agenzie dell'Unione europea. Il tema esula evidentemente dalle finalità del presente lavoro e, sul punto, sia consentito rimandare, *inter alia*, a J. ALBERTI, *The Threshold Guardians. The Future of EU Agencies' Boards of Appeal in light of the recent reform of CJEU Statute*, in *Review of European Administrative Law*, 2024, p. 67.

³⁸ Proposta di modifica dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, cit., p. 7.

a tale scopo», si è ritenuto che il coinvolgimento della grande sezione, che per sua natura può conoscere tutte le cause attribuite alla competenza del Tribunale, *ergo* anche non di tipo pregiudiziale, avrebbe indebolito la garanzia prevista da tale disposizione.

L'impatto della scelta di non poter disporre della grande sezione dipenderà certamente dall'importanza delle cause che il *guichet unique* lascerà al Tribunale, nonché dal numero di giudici con cui si vorrà comporre la nuova sezione intermedia (attualmente, la proposta di modifica del Regolamento di procedura del Tribunale prevede nove membri, *ergo* un numero sensibilmente inferiore ai quindici previsti per la grande sezione)³⁹.

In ogni caso, la scelta in sé di escludere, concettualmente, la grande sezione suscita qualche perplessità. Non, beninteso, perché una sezione intermedia, composta unicamente da alcuni dei giudici delle due sezioni specializzate in materia pregiudiziale, sarebbe inutile; ma perché ad essa ben potrebbe aggiungersi l'apporto dato dalla grande sezione.

L'argomento avanzato dalla Corte dell'indebolimento del principio di "specializzazione pregiudiziale" delle sezioni pare piuttosto pretestuoso, sia perché anche le sezioni specializzate in materia pregiudiziale, come già analizzato *supra*, rimarranno comunque competenti *anche* in altre materie, sia perché la grande sezione del Tribunale si è pronunciata sinora in un novero così ristretto di cause (per la precisione, tredici pronunce, dall'istituzione del Tribunale ad oggi) che, oggettivamente, è difficile pensare che il suo coinvolgimento possa «indebolire la garanzia prevista dall'art. 50 *ter*, par. 3, prima frase dello Statuto»⁴⁰.

Per quanto coerente con l'impianto della riforma – il cui obiettivo è evidentemente quello di diminuire quantitativamente il carico di lavoro della Corte, senza intaccarlo qualitativamente – tale scelta non lo è per nulla con la sua *narrazione istituzionale*. Audito dinanzi alle competenti commissioni del Parlamento europeo, il Presidente Lenaerts ha chiesto al legislatore dell'Unione di adottare in tempi celeri («in the weeks to come, not in the two years to come»⁴¹) una riforma che avrebbe fatto del Tribunale un «spezialisiertes Gericht der Union, im Dialog mit den Vorlagegerichten der Mitgliedstaaten»⁴² – con un cambio dal francese, usato sino alla frase prece-

³⁹ Si veda il futuro art. 15 *bis* del regolamento di procedura del Tribunale, rinvenibile nel progetto di motivi cit. *supra*, nota 7.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Si vedano i dibattiti tenutisi al Parlamento europeo, il 9 maggio 2023, cit. *supra* nota 37, in particolare al minuto 11:48:00.

⁴² *Ivi*, al minuto 09:36:20.

dente, al tedesco, probabilmente per entrare in contatto diretto con le componenti parlamentari che nutrivano maggiori dubbi sul perdurante rispetto del principio del giudice naturale precostituito per legge.

Se l'obiettivo era, dunque, rendere il Tribunale «un giudice specializzato dell'Unione, in dialogo con analoghi modelli a livello nazionale», non è dato allora sapersi come mai il Tribunale non possa esprimersi in grande sezione, ovvero il Collegio giudicante (eccezion fatta per la composizione plenaria, però oggettivamente di difficile gestione post raddoppio dei giudici) con la maggior capacità legittimante e che potrebbe anche fungere da camera di armonizzazione del ruolo esercitato dal Tribunale nell'ambito dei ricorsi diretti con quello proprio delle cause pregiudiziali.

Infatti, un giudice specializzato ben può avere bisogno della propria massima composizione giudicante per adottare pronunce – sempre con una forte componente tecnica, beninteso – che magari valutano la compatibilità di nuove tecnologie o prassi di accertamento, o che prendono posizione tra diverse teorie tecnico-scientifiche dei settori di riferimento, o che, appunto, permettono di armonizzare le funzioni esercitate nei ricorsi diretti con quelle proprie del rinvio pregiudiziale. E, d'altronde, questa è l'esperienza di quelle «Vorlagegerichten der Mitgliedstaaten» sopra citate, ovvero delle giurisdizioni nazionali che possono essere prese a modello. Ad esempio, il *Bundesfinanzhof* tedesco, ovvero l'organismo di appello delle decisioni adottate dai *Finanzgerichten* evocati proprio dal Presidente Lenaerts nella medesima audizione al Parlamento europeo, a mente dell'art. 11 della propria decisione istitutiva può decidere nella composizione del *Große Senat* – senza che la causa possa essere rimessa alla Corte costituzionale o alla Corte di Cassazione, prima di essere decisa, poiché troppo importante⁴³.

Perché, dunque, non concedere un analogo strumento processuale anche al Tribunale? Perché il *guichet unique* non lascerà al Tribunale le cause, più importanti, in cui la grande sezione potrebbe servire: evidentemente è questo, tra i due, il vero motivo della scelta. Ma ciò, allora, porta a ritenere che non sia la specializzazione l'obiettivo sotteso a questa riforma, per lo meno nel breve periodo.

4. *Interludio: l'impatto della riforma nel dialogo tra giudici italiani e Corte di giustizia*

⁴³ *Finanzgerichtsordnung* del 28 marzo 2001, in ultimo modificato dall'art. 27 della legge del 22 dicembre 2023, in *Bundesgesetzblatt* 2023, I, nr. 411.

Ma, al di là di questi aspetti teorici e procedurali, che impatto avrà, in concreto, la riforma che ora ci occupa?

Il punto è certamente rilevante perché la capacità innovativa di una modifica legislativa va valutata tanto in punta di principio, quanto in concreto. E, da tale ultimo punto di vista, è inevitabile osservare che il dibattito su questa riforma si sia poco sviluppato anche perché, effettivamente, le materie proposte per il trasferimento implicherebbero un impatto minimo, almeno da un punto di vista qualitativo. Peraltro, anche materie potenzialmente delicate come l'IVA – *Taricco docet* – potrebbero essere disinnescate dal *guichet unique* di cui sopra.

La Corte, purtroppo, offre assai pochi spunti statistici, specificando unicamente che l'impatto quantitativo, generale, di tali materie sul carico di lavoro della Corte di giustizia ammonta a circa il 20% all'anno⁴⁴ (ma con riguardo ai soli rinvii pregiudiziali, che la Corte stessa ci dice costituire circa il 69% del suo carico di lavoro⁴⁵; *ergo*, ove anche tutte le cause pregiudiziali in quelle cinque materie venissero sistematicamente attribuite al Tribunale, la diminuzione del carico di lavoro della Corte sarebbe nell'ordine del 13%-14% complessivo). Le pronunce adottate dalla Corte in queste materie (che, è bene ricordare, non è dato sapere come siano state identificate, dal momento che esse sono menzionate nella proposta in termini generici, senza specificare gli atti che le compongono)⁴⁶ sono state 631 negli ultimi 5 anni, 3 delle quali decise dalla grande sezione, 196 (*ergo*, il 31%) da sezioni a 5 giudici, 214 (*ergo*, il 34%) da sezioni a 3 giudici, con quindi un nutrito numero di cause restanti (218, pari di nuovo al 34%) che si deve supporre essere state ritirate e definite mediante ordinanza di cancellazione dal ruolo adottata dal Presidente⁴⁷. Ultimo dato fornito dalla Corte è quello relativo alle conclusioni dell'Avvocato generale, presentate in 163 cause (sempre ne-

⁴⁴ Proposta di modifica dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, cit., p. 5.

⁴⁵ Si vedano i dati relativi al periodo 2017-2022 riportati nella stessa Proposta di modifica dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, cit., p. 17.

⁴⁶ Si noti, tuttavia, che, a mente dell'art. 3 del Regolamento di modifica dello Statuto, entro un anno dalla data di entrata in vigore del medesimo la Corte di giustizia è tenuta a pubblicare (e aggiornare periodicamente) un elenco di esempi che illustrano l'applicazione dell'articolo 50 ter dello Statuto (e, quindi, tanto i confini esatti delle materie trasferite, quanto l'interpretazione di cosa ricade esclusivamente in una o più delle medesime).

⁴⁷ Proposta di modifica dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, cit., p. 21.

gli ultimi 5 anni), pari dunque a circa il 26% del totale⁴⁸.

I dati generali forniti dalla Corte rimandano, dunque, a scenari oggettivamente poco delicati. Restringendo il campo alla sola prospettiva italiana, invece, emergono dati che portano a valutazioni di avviso leggermente diverso.

Simulando cosa sarebbe successo se la riforma attualmente pendente fosse stata operativa sin dall'entrata in vigore del trattato di Lisbona – operazione che, certamente, necessita di importanti *caveat* metodologici, per i quali si rimanda ad una più ampia ricerca sul dialogo tra giudici italiani e Corte di giustizia già pubblicata altrove⁴⁹ – emerge che, per lo meno in Italia, questa riforma potrebbe avere un impatto ancor più limitato da un punto di vista quantitativo, ma forse non del tutto di secondo piano da una prospettiva qualitativa.

Infatti, le cause pregiudiziali che potrebbero essere devolute alla competenza del Tribunale sarebbero circa l'8% del totale⁵⁰. Eppure, delle 3 cause che, negli ultimi 5 anni, sono state portate all'attenzione della grande sezione della Corte di giustizia, 2 sono italiane (*Taricco*⁵¹ e *Scialdone*⁵²); la sezione a 5 giudici, limitandosi ai pregiudiziali italiani, è stata interessata circa nel 28% dei casi; quella a 3 giudici nel 68%⁵³. In nessun caso le cause in queste materie sono state ritirate. I giudici italiani che potrebbero trovarsi a dialogare con il Tribunale – ed è un enorme peccato che la Corte non abbia fornito analoghi dati su scala generale e che le istituzioni coinvolte nella procedura legislativa non li abbiano richiesti prima di deliberare in materia – saranno nel 36% circa di casi le Commissioni tributarie, nel 30% la Corte di Cassazione, nel 14% i TAR, nel 12% i Tribunali, nel 8% il Consiglio di Stato⁵⁴. Pertanto, nel microcosmo dell'esperienza italiana, tutti i primi cinque organi giurisdizionali che, dall'entrata in vigore del trattato di Lisbona a oggi, hanno effettuato rinvii pregiudiziali in Corte di giustizia si potranno trovare a dialogare con il Tribunale.

Inoltre, è interessante evidenziare che un novero assai limitato delle

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ J. ALBERTI, *I rinvii pregiudiziali italiani dall'entrata in vigore del trattato di Lisbona al 31.12.2022: uno studio sulla prassi e sulle prospettive del dialogo tra giudici italiani e giudici dell'Unione*, in *DUE*, 2023, p. 135, in particolare p. 185.

⁵⁰ *Ivi*, p. 187.

⁵¹ Corte giust. 8 settembre 2015, C-105/14, *Taricco*.

⁵² Corte giust., 2 maggio 2018, C-574/15, *Scialdone*.

⁵³ J. ALBERTI, *I rinvii pregiudiziali italiani*, cit., p. 189.

⁵⁴ *Ivi*, p. 187 e 188.

cause italiane che potrebbero essere trasferite al Tribunale, pari precisamente al 26%, è stato deciso con ordinanza “CILFIT” (ovvero, *ex art.* 99 RPCG) e/o per scarsa chiarezza del quesito (ovvero, *ex art.* 53, par. 2, e art. 94 RPCG)⁵⁵. Purtroppo, anche in tale caso la Corte non ha offerto un analogo dato su scala generale; ma esso merita di essere evidenziato perché la media dei pregiudiziali italiani che generano un siffatto novero di circostanze di “dialogo limitato” (vuoi perché il quesito non era chiaro; vuoi perché in verità il dubbio interpretativo non si poneva – e si rimanda alla sede editoriale già evidenziata per una discussione in dettaglio⁵⁶ di tali voci) è, purtroppo, assai più alto, ponendosi circa al 40%⁵⁷. Quindi, il trasferimento del rinvio pregiudiziale al Tribunale, che pure evidentemente si connota nel senso di lasciare sulla Corte di giustizia la gestione delle cause più importanti, dalla micro-prospettiva italiana perde però l'occasione di sgravare la Corte di un importante lavoro con implicazioni assai poco “costituzionali”, quale quello di adottare queste ordinanze di conclamata inammissibilità o irricevibilità del rinvio.

Altri due dati denotano una qual certa rilevanza del contenzioso pregiudiziale italiano che potrebbe essere attratto alla competenza del Tribunale. In primo luogo, la pronuncia di conclusioni da parte degli Avvocati generali avviene, nelle cinque materie menzionate nella proposta, nel 37% dei pregiudiziali italiani⁵⁸. Il dato è di poco superiore a quello relativo alla media generale italiana (pari al 35%)⁵⁹ e di molto superiore alla media generale europea che, come si ricorderà, è pari al 26%⁶⁰. Inoltre, i pregiudiziali italiani che potrebbero essere trasferiti al Tribunale vedono un altissimo tasso di intervento da parte del governo italiano (pari all'83% dei casi, assai superiore alla media generale italiana del 60%), nonché di governi di altri Paesi membri (pari al 35% dei casi)⁶¹. La Corte di giustizia non ha offerto analoghi dati, su scala europea, dell'intervento governativo nelle cause che ha proposto di trasferire al Tribunale (e, di nuovo, pare veramente paradossale che i negoziati e il dibattito pubblico su una riforma così importante siano stati condotti senza una piena cognizione di tali elementi). In ogni caso, i numeri suggeriscono che, per lo meno dalla prospettiva italiana, il Tribunale potreb-

⁵⁵ *Ivi*, p. 191.

⁵⁶ *Ivi*, p. 166-173.

⁵⁷ *Ivi*, p. 168.

⁵⁸ *Ivi*, p. 190.

⁵⁹ *Ivi*, p. 156-159.

⁶⁰ Proposta di modifica dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, cit., p. 21.

⁶¹ J. ALBERTI, *I rinvii pregiudiziali italiani*, cit., p. 190 e 191.

be trovarsi a gestire un contenzioso non scevro di implicazioni e attenzioni politiche; e se ciò, in sé, non pare certamente un problema, è evidente che tutto si tiene, e che, dunque, l'impianto generale della riforma avrebbe dovuto accompagnare e supportare questo ruolo.

Il che conduce a due riflessioni, di carattere più generale, sul significato di questa riforma.

5. *Che impatto avrà la riforma del pregiudiziale sui rapporti tra ordinamenti?*

5.1. *In generale: l'impatto sul dialogo tra i giudici nazionali e dell'Unione*

La prima riflessione volge lo sguardo ai rapporti tra ordinamenti. Da un lato, la presenza costante della Corte permetterà una transizione molto dolce e limiterà i rischi che il Tribunale possa divergere dalla giurisprudenza consolidata. E ciò fa certamente rimanere tranquilli. Per assurdo, anche quei settori delicati come l'IVA potrebbero insegnare che avere un giudice specializzato, la cui pronuncia può poi essere riesaminata dalla Corte se in grado di minare la tenuta generale del sistema, potrebbe anche essere un vantaggio: se *Taricco* fosse stata adottata dal Tribunale, la Corte avrebbe magari potuto risolvere la questione in sede di riesame, evitando di far emergere, o comunque alleviando da subito, il contrasto che ben conosciamo⁶².

Ma, d'altronde, alla luce del testo di compromesso delineato in sede di quadrilogo è evidente che una causa come *Taricco* sarebbe stata trattenuta, dal *guichet unique*, tra le mura della Corte stessa, evitando di attribuirle al Tribunale. Perché questa riforma è affetta da un forte "Cortecentrismo" e da una certa ossessione a che il Tribunale possa esprimersi, magari sbagliando, su cause di una certa rilevanza.

E qui, però, pare lecito chiedersi se non si annidi anche un rischio per i rapporti tra ordinamenti.

Il giudice costituzionale Viganò, intervenendo a un convegno organizzato presso l'Università degli Studi di Milano⁶³, ha chiamato a moderazione nel giudicare questa riforma, affermando condivisibilmente che per un giudice tutte le cause sono uguali perché tutte indicative di una sete di giustizia.

⁶² Nella pluralità di contributi dottrinali sul punto, si rimanda, *ex multis*, a C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Milano, 2018.

⁶³ *La proposta di riforma dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea*, Università degli Studi di Milano, 12 giugno 2023.

E se l'oggetto della causa sono norme ipertecniche – l'esempio era questo, richiamando una questione (di diritto interno) che era stata sottoposta alla stessa Consulta – un giudice, anche supremo, è ben contento di sapere di avere, in Lussemburgo, un giudice specializzato proprio in quel *corpus iuris* che possa supportarlo nell'interpretazione della normativa.

Ma il punto è che, in questa riforma, il giudice nazionale non è certo di dialogare con il giudice specializzato; e, comunque, quel giudice specializzato non possiede tutti gli strumenti processuali (ad esempio, il ricorso alla grande sezione) necessari a rispondere al quesito sollevato dal giudice nazionale.

Il quesito del giudice nazionale, infatti, sarà notificato al *guichet unique* presso la Corte di giustizia; e se la Corte di giustizia riterrà che quel quesito, pur muovendo dalla normativa tecnica astrattamente devoluta al Tribunale, è invece in grado di abbracciare altre materie o questioni di più ampia portata in materia di diritti fondamentali o principi generali dell'ordinamento, tratterà la causa alla propria competenza – anche se a parere del giudice nazionale la questione rimane in un perimetro tecnico e senza che questi, o le parti, possano far valere il diverso avviso. Ma vale anche l'esempio contrario: se il giudice nazionale vorrà rovesciare una giurisprudenza consolidata – il pregiudiziale, d'altronde, è storicamente servito anche a questo! – e depositerà presso il *guichet unique* un quesito che unisce gli aspetti tecnici di un determinato settore con questioni di carattere generale, ma a parere della Corte di giustizia la questione non è «indipendente» e non va, dunque, oltre il settore devoluto alla competenza del Tribunale, la causa verrà assegnata alla competenza di quest'ultimo – e, di nuovo, né il giudice né le parti potranno far valere diversi avvisi.

In un contesto giuridico, e in un momento storico, dove proliferano le doppie pregiudiziali – con la Corte costituzionale, ormai ben nota⁶⁴; un domani, per via del Protocollo n. 16, con la Corte EDU⁶⁵; già oggi, con la Corte

⁶⁴ Nella ricchezza di bibliografia sul punto, si rimanda, *ex multis* e recentemente, a C. AMALFITANO, L. CECCHETTI, *The ECJ's Approach to Dual Preliminary 5 Years after the ItCC's Judgment No. 269/2017*, in *Italian Journal of Public Law*, 2023, p. 84; S. BARBIERI, *Il rinvio pregiudiziale tra giudici ordinari e Corte costituzionale. La ragione del conflitto*, Napoli, 2023, in particolare p. 319 ss.

⁶⁵ Nella ricchezza di bibliografia sul punto, si rimanda, *ex multis*, a I. ANRÒ, *Il protocollo n° 16 alla CEDU in vigore dal 1° agosto 2018: un nuovo strumento per il dialogo tra corti?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2019, p. 189; E. CRIVELLI, *Il contributo dei Protocolli nn. 15 e 16 Cedu al processo di riforma della Corte di Strasburgo*, Torino, 2022; P. GRAGL, *(Judicial) love is not a one-way street: the EU preliminary reference procedure as a model for ECtHR advisory opinions under draft Protocol no.16*, in *ELR*, n. 2, 2013, p. 229.

di Cassazione, in ragione del nuovo art. 363 *bis* c.p.c.⁶⁶ – siamo sicuri che il piccolo giudice, di tesauriana memoria⁶⁷, continuerà a rivolgersi ai giudici dell’Unione, senza cercare supporto altrove? E che il giudice di ultimo grado continuerà a sollevare rinvii, anche se i settori devoluti al Tribunale sono implicitamente connotati da una giurisprudenza consolidata (e, quindi, intrinsecamente⁶⁸ facilmente inquadrabili nelle eccezioni *CILFIT*⁶⁹, parzialmente specificate da *Consorzio Italian Management*)⁷⁰ e, comunque, regolati da un giudice che non è realmente il *dominus* specializzato di quel *corpus iuris*, ma solo quello che ne gestisce le cause meno rilevanti?

Speriamo di sì; ma voci distinte, ruoli poco chiari, riparti di competenza troppo flessibili o piegabili a logiche di politica giudiziaria che il giudice del rinvio non può governare rischiano oggettivamente di minare la fecondità del canale di comunicazione che ha permesso tanta parte della costruzione dell’ordinamento giuridico dell’Unione.

5.2. *In particolare: il riesame e il suo impatto sui giudizi nazionali e sulle parti processuali*

A ciò si deve aggiungere il riesame: se è vero che, riprendendo l’esempio di cui sopra con la causa *Taricco*, esso potrebbe, in casi limite, offrire l’occasione per ritoccare talune decisioni senza, per questo, arrivare allo scontro tra Corti supreme nazionali e Corte di giustizia, è parimenti vero che nell’enorme maggioranza dei casi il riesame comporterà un appesantimento del dialogo tra giudici nazionali e giudici dell’Unione. Tutte le sentenze pregiudiziali rese dal Tribunale, infatti, subiranno un periodo di limbo, perché a mente dell’art. 62 dello Statuto entro un mese dalla loro pubblicazione il Primo Avvocato generale potrà proporre alla Corte di riesaminarle; e, in caso positivo, la Corte avrà un altro mese di tempo per esprimersi su tale proposta. Il che significa che, per lo meno per un mese, il giudice nazionale e le parti non potranno confidare sulla validità della pronuncia del Tribunale; e nel caso in cui l’Avvocato generale proponga un riesame, magari poi anche

⁶⁶ *Ex multis*, P. DE PASQUALE, *Il ruolo delle parti nel rinvio pregiudiziale: problemi vecchi e nuovi*, in *Rivista del contenzioso europeo | Revue du contentieux européen | Review of European Litigation*, 2023, p. 1; S. BARBIERI, *Tutte le strade portano a Lussemburgo. Il nuovo istituto del rinvio pregiudiziale alla Cassazione e l’art. 267 TFUE*, in *BlogDUE*, 2023.

⁶⁷ G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 1995, p. 12.

⁶⁸ Su questo punto, *amplius*, M. BOBEK, *op. cit.*, in particolare p. 1536-1539.

⁶⁹ Corte giust. 6 ottobre 1982, 283/81, *CILFIT*.

⁷⁰ Corte giust. 6 ottobre 2021, C-561/19, *Consorzio Italian Management*.

rigettato dalla Corte, si allungherebbero delle luci piuttosto sinistre sulla legittimità della pronuncia pregiudiziale del Tribunale, che la parte soccombente potrebbe cercare di invocare a proprio vantaggio per veder minimizzato l'impatto della medesima nel prosieguo del processo nazionale – *ergo*, minando la ragione di esistere stessa del rinvio pregiudiziale di interpretazione, ovvero assicurare un'uniforme applicazione del diritto dell'Unione.

Da questo punto di vista, ci si può chiedere se non sia il caso di rivedere i meccanismi di funzionamento del riesame – come, d'altronde, successo anche nell'alveo dei ricorsi diretti⁷¹. Peraltro, giova ricordare che i margini per rivedere il funzionamento del riesame ci sarebbero stati, anche a trattati invariati: l'art. 256 TFUE prevede unicamente che la Corte abbia un potere di riesaminare le pronunce pregiudiziali adottate dal Tribunale quando sussistano «gravi rischi che l'unità o la coerenza del diritto dell'Unione siano compromesse», *alle condizioni ed entro i limiti previsti dallo Statuto*. E queste condizioni e modalità sono previste, nello Statuto, all'art. 62, che essendo inserito nel Titolo IV può essere modificato da Parlamento e Consiglio con una procedura legislativa ordinaria: quindi i tempi del riesame e la sua *governance* (soprattutto, il ruolo attribuito al Primo Avvocato generale) ben si sarebbero potuti modificare, anche in occasione della riforma ormai raggiunta e solo in corso di pubblicazione.

La Corte, invece, nulla ha proposto a tal proposito, probabilmente per rispettare una logica di modifiche secondo piccoli passi; e nulla hanno obiettato le altre istituzioni coinvolte, a ulteriore dimostrazione di una certa incapacità, o comunque ritrosia, ad arricchire il disegno politico proposto dalla Corte. Eppure, pare lecito chiedersi se, anche solo *pro futuro*, in vista di un'espansione delle competenze pregiudiziali del Tribunale e, comunque, per vagliare compiutamente le implicazioni di una modifica storica al sistema giudiziario dell'Unione, non sia il caso di affrontare il tema.

Ad esempio, a completamento (o, financo, in sostituzione) del potere d'ufficio del Primo Avvocato generale di attivare il riesame, si potrebbe prevedere la possibilità per le parti processuali di portare l'attenzione della Cor-

⁷¹ Sull'applicazione del nuovo art. 58 *bis* dello Statuto si rimanda a P. IANNUCELLI, *L'ammissione preventiva delle impugnazioni contro le decisioni del Tribunale dell'Unione europea ex art. 58-bis dello Statuto: una prima valutazione e le eventuali applicazioni future*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI (a cura di), *Il giudice dell'Unione europea*, cit., p. 117; M. ORZAN, *Some remarks on the first applications of the filtering of certain categories of appeals before the Court of Justice*, in *European intellectual property review*, 2020, p. 426; A. GENTILE, *One year of filtering before the Court of Justice of the European Union*, in *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, n. 10, 2020, p. 4.

te su di una decisione del Tribunale, con un'istanza modellata, per termini e lunghezza del documento, su quella prevista per i ricorsi diretti dall'attuale art. 170 *bis* del regolamento di procedura della Corte di giustizia. È evidente che ciò intaccherebbe, in parte, la natura del pregiudiziale da strumento di dialogo tra giudici a meccanismo processuale nelle mani delle parti processuali per ottenere tutela dei propri diritti. Ma, da un lato, una siffatta evoluzione potrebbe anche essere presa in considerazione, soprattutto nei settori più tecnici del diritto regolatorio, che con ogni probabilità costituiranno il *core business* del Tribunale⁷²; dall'altro, ciò permetterebbe di alleggerire il carico di lavoro del Primo Avvocato generale, che avrebbe un supporto dalle parti nel controllare l'unità e la coerenza della giurisprudenza dei giudici dell'Unione, ma anche e soprattutto di diminuire la pressione sulle sentenze pregiudiziali del Tribunale. Perché un conto sarebbe ricevere, nell'alveo del processo nazionale, una sentenza pregiudiziale che un mese dopo la sua pubblicazione può essere messa in discussione da una figura istituzionale di rango elevatissimo quale il Primo Avvocato generale; per cui, se anche poi la Corte dovesse decidere di disattendere la richiesta di quest'ultimo, la sentenza avrebbe comunque uno stigma che potrebbe pregiudicarne l'applicazione da parte del giudice nazionale nel prosieguo della causa. Altro, invece, sarebbe lasciare questo ruolo di controllori alle parti processuali, che chiaramente proverebbero più o meno sistematicamente a rovesciare la pronuncia del Tribunale, ma all'interno di una tipica dialettica processuale incapace di incidere realmente sulla legittimità dell'atto.

È evidente che un passaggio a forme, esclusive o complementari, di *private enforcement* del riesame andrebbe valutato con estrema attenzione e che, d'altronde, tale necessità non sorgerà, almeno nel breve periodo, perché le materie scelte per il trasferimento e la composizione del *guichet unique* renderanno i casi di riesame estremamente rari. Ma è parimenti evidente che questa riforma è un preludio a un più ampio trasferimento, che avverrà negli anni a venire e che, dunque, se si vuole prendere seriamente questa stessa riforma, occorre valutare seriamente il tema, a differenza di quanto avvenuto nei negoziati appena conclusi. Peraltro, parte della dottrina⁷³ ha già

⁷² La bibliografia sulla (discutibile) possibilità di inquadrare il rinvio pregiudiziale come un diritto in capo alle parti è ampia; si rimanda, con specifico riguardo a interventi più processuali (e meno ontologici) per aumentare il ruolo delle parti nel rinvio, a M. BROBERG, *Preliminary References as a Means for Enforcing EU Law*, in A. JAKAB, D. KOCHENOV (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2017, p. 99.

⁷³ M. BOBEK, *op. cit.*, p. 1526.

sottolineato l'aggravio di lavoro che avranno gli Avvocati generali per gestire il riesame, che inevitabilmente toglierà risorse (umane e temporali) alla funzione principale di redazione delle conclusioni nelle cause più importanti – a ulteriore dimostrazione della leggerezza forse eccessiva con cui si è scelto di procrastinare una riflessione sulla sostenibilità di tale istituto giuridico, per come attualmente configurato.

6. *Quale futuro per l'architettura giudiziaria dell'Unione europea?*

Per concludere, una seconda riflessione, in ottica prospettica. Dove sta andando il sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione europea? A Nizza l'idea, ancorché incompiuta, aveva una direzione chiara: la Corte progredisce verso una dimensione “costituzionale”; il Tribunale diventa una Suprema Corte Amministrativa⁷⁴. Ora certamente la Corte, sgravandosi di lavoro, potrà concentrarsi meglio sulle cause più importanti; ma il Tribunale? È evidente che, come già sottolineato in dottrina⁷⁵, di fatto questa riforma rende il Tribunale uno “scudiero” della Corte, che la sgrava del lavoro meno rilevante senza però acquisire un proprio distinto *status*.

Certamente questo potrebbe essere solo un primo passo, e il Tribunale potrà acquisire questo *status* in futuro; però, il *guichet unique* così composto e le materie scelte per il trasferimento non costituiscono una buona “palestra” per allenarsi in quella direzione – e, a questo punto, pare anche lecito chiedersi se valeva la pena di toccare la chiave di volta del sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione per raggiungere obiettivi di sgravio essenzialmente quantitativo, senza reali conseguenze qualitative.

Tramontata la possibilità di trasferire al Tribunale la competenza a conoscere i ricorsi per inadempimento (che, effettivamente, avrebbe probabilmente richiesto un più ampio ripensamento della procedura di infrazione in

⁷⁴ Per tutti, si veda A. DASHWOOD, A. JOHNSTON (eds.), *op. cit.*

⁷⁵ M. BOBEK, *op. cit.*, p. 1535, l'A. evidenzia che «the hierarchical logic of Nice (three-tiers, each of them with own tasks) is being supplanted with the logic of a pool (there will be again only one Court which will be flexibly reallocating the human resources within what starts looking much more like a unitary structure again). For the GC itself, this is likely to amount to the proverbial Danaian gift». Con parole diverse, ma alludendo a conclusioni simili, D. SARMIENTO, *op. cit.*, p. 7, osserva che «First, a framework in which the Court of Justice becomes a constitutional adjudicator, leaving the bulk of the adjudicative task to the General Court, is far from the portrait of the judiciary system currently enshrined in the Treaties. Any reader that glances through the TEU and the TFEU will notice the pre-eminence of the Court of Justice and the modesty of the General Court's presence».

quanto tale, anche a livello di diritto primario)⁷⁶ e morta in culla la possibilità di istituire una *chambre de d'appel* in seno al Tribunale stesso, per sgravare la Corte di giustizia di tutti i *pourvois* meno rilevanti (proposta che, d'altronde, non è mai veramente uscita dal perimetro del Kirchberg, se non in documenti misconosciuti e, comunque, del tutto non ufficiali)⁷⁷, l'alternativa alla riforma sin qui analizzata poteva racchiudersi solo nell'idea di fare del Tribunale un «Union's Council of State»⁷⁸, citando le parole del Presidente dello stesso Tribunale al Convegno FIDE 2021.

Ciò avrebbe significato, declinare i principi cardine della riforma sinora analizzata in termini piuttosto distinti da quelli che poi sono stati adottati: prevedere che i quesiti interpretativi e di validità che riguardavano determinate materie venissero depositati alla Cancelleria del Tribunale, lasciando solo a quest'ultimo la scelta di rimmetterli preventivamente alla Corte; scegliere le materie da devolvere alla competenza del Tribunale basandosi sui settori in cui quest'ultimo già possedeva una consolidata *expertise*, anche se più delicati e meno gravosi, in termini di carico di lavoro, per la Corte di giustizia, perché capaci di gettare le basi per la creazione di una Suprema Corte Amministrativa dell'Unione (su tutte, la proprietà intellettuale, la concorrenza, gli aiuti di Stato, ma un domani anche il contenzioso sugli atti ipertecnici adottati dalle agenzie dell'Unione europea, su cui d'altronde il Tribunale sta già diventando giudice sostanzialmente di ultima istanza, in forza di quel meccanismo di filtro alle impugnazioni che questa stessa riforma ha confermato ed ampliato). Ma, soprattutto, ciò avrebbe significato accettare il rischio che il Tribunale potesse anche proporre giurisprudenze contrastanti con quelle della Corte: perché comunque sarebbero state «sanabili» attraverso il riesame e perché l'esperienza degli ordinamenti nazionali insegna che, in un ordinamento giudiziario maturo, a una gerarchia di tipo classico e piramidale può essere affiancata anche una di tipo funzionale, dove i conflitti tra giurisprudenze contrastanti vengono affrontati e risolti

⁷⁶ Si veda, sul punto, C. AMALFITANO, *La recente proposta di riforma dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea: molti dubbi e alcuni possibili emendamenti*, in *federalismi.it*, 2018, in particolare p. 14 (e anche nota 36).

⁷⁷ Si veda il discorso tenuto da A. ROSAS, all'udienza solenne del 7 ottobre 2019, per il termine del proprio mandato, reperibile *online* all'indirizzo curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-10/brochure_audience_solennelle_octobre_19_.pdf, p. 8; recentemente, ne ha parlato altresì M. BOBEK, *op. cit.*, p. 1547.

⁷⁸ Il testo dell'intervento congressuale è stato poi pubblicato in M. VAN DER WOUDE, *The Place of the General Court in the Institutional Framework of the Union*, in *EU Law Live*, Weekend Edition n. 81, 2021, p. 20, in particolare p. 26.

secondo una logica di sfere di competenza e con i classici meccanismi di dialogo a distanza tra giurisdizioni supreme che si conoscono anche a livello nazionale.

Benché la strada che si è aperta facendo finalmente diventare operativo il trasferimento delle competenze pregiudiziali potrebbe portare (anche) in questa direzione, pare francamente difficile che lo scenario di cui sopra si materializzerà in futuro. Al contrario, il trasferimento dei rinvii pregiudiziali che a breve verrà adottato renderà il sistema giudiziario dell'Unione estremamente verticale, gerarchico, tanto nella relazione tra Tribunale e Corte, quanto all'interno della Corte stessa, con il Presidente e il Vicepresidente che – soprattutto se il *guichet unique* si comporrà, come pare almeno in una prima istanza, di un novero più ristretto di membri dell'intera *Réunion Générale*⁷⁹ – assommeranno su di loro non solo i compiti, già noti, di allocazione delle cause ai giudici relatori⁸⁰, il primo, e di controllo del meccanismo di filtro alle impugnazioni previsto all'art. 58 *bis* dello Statuto⁸¹, il secondo, ma anche di direzione della competenza pregiudiziale. Sostanzialmente, la direzione pare quella della costruzione, tassello dopo tassello, di un *certiorari à la européenne*⁸², che permetta alla Corte di selezionare le cause più importanti, da mantenere nella propria competenza; ovvero, che permetta di cambiare tutto, affinché tutto possa rimanere com'è: con una forte Corte di giustizia, che somma su di sé tutte le competenze essenziali del sistema, lasciando al Tribunale (e, non dimentichiamolo, a quelle «commissioni di ricorso indipendenti» evocate dall'art. 58 *bis* dello Statuto, che forse poi tanto indipendenti non sono)⁸³ tutte le estrinsecazioni di quelle medesime funzioni che non sono però in grado di incidere realmente, o comunque definitivamente, sull'ordinamento.

Nell'occasione congressuale di cui questo *Volume* raccoglie gli atti⁸⁴, il

⁷⁹ Vedi *supra*, nota 27.

⁸⁰ Art. 15 del regolamento di procedura della Corte di giustizia.

⁸¹ Art. 170 *ter* del regolamento di procedura della Corte di giustizia.

⁸² Sul *writ of certiorari* presso la *US Supreme Court* si veda, *ex multis* e recentemente, L. H. DINIZ ARAÚJO, *Constitutional Law around the globe: judicial review in the United States and the "writ of certiorari"*, in *Revista de Investigações Constitucionais*, 2020, p. 189; per i dibattiti sulla trasposizione di analoghi meccanismi nel sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione europea, O. DUE, *The Court of Justice after Nice*, in *Europarättslig tidskrift*, 2001, p. 360; L. HEFFERNAN, *The Community Courts Post-Nice: A European Certiorari Revisited*, in *ICLQ*, n. 4, 2003, p. 907.

⁸³ Vedi *supra*, nota 37.

⁸⁴ V° Convegno annuale AISDUE, *Il diritto dell'Unione europea nei rapporti tra ordinamenti: tra collaborazione, integrazione e identità*, Padova, 2 e 3 novembre 2023.

Prof. Tizzano ha ricordato le sfide, anche istituzionali, che attendono l'Unione europea dinanzi all'allargamento. Chissà se questo accentramento sia stato pensato, o possa quantomeno risultare opportuno, almeno in quell'ottica, o comunque in vista di un progressivo aumento del carico di lavoro di Corte e Tribunale. In assenza di tali prospettive, è evidente che la riforma che presto entrerà in vigore costituisce un'occasione persa per far evolvere il sistema giudiziario dell'Unione verso una dimensione più matura e strutturata⁸⁵. Ma deve valere anche un principio di coerenza: se si plaude – come inevitabilmente occorre fare, guardando alla storia recente e passata del processo di integrazione – al ruolo fondamentale che la Corte ha avuto nel forgiare l'ordinamento dell'Unione⁸⁶, e se la Corte necessita di queste modifiche strutturali per continuare ad esercitare questo ruolo, allora è inevitabile riconoscere che tali modifiche siano, a loro modo, necessarie.

I tempi per strutturare l'ordinamento giudiziario dell'Unione in termini più complessi arriveranno, dunque, in seguito. Ora è il tempo di salutare una riforma che risolve la situazione creatasi con il raddoppio dei giudici del Tribunale e che predispone il sistema giudiziario dell'Unione a gestire un più ampio novero di cause senza, per questo, snaturarne l'identità. E non è, comunque, cosa da poco.

⁸⁵ Si noti, peraltro, come lo stesso Prof. Tizzano, audito sulla proposta di riforma sin qui esaminata presso la XIV Commissione della Camera dei Deputati – Politiche dell'Unione europea, in data 22 febbraio 2023 e rinvenibile *online* all'indirizzo www.webtv.camera.it/evento/21818, abbia osservato che «bisognerebbe ragionare in termini più generali su una riforma del sistema giudiziario nel suo complesso [...] perché si decida una volta per tutte di affrontare un problema che non può essere ridotto soltanto a questioni di carico di lavoro – che mi sembra una motivazione un po' povera per un'istituzione di così alto livello qual è la Corte di giustizia» (minuto 6:29).

⁸⁶ Su cui, per tutti, si veda A. TIZZANO, *Le rôle de la Cour de justice et les développements du système communautaire*, in N. FENGER, K. HAGEL-SØRENSEN, B. VESTERDORF (sous la direction de), *Festskrift til Claus Gulmann*, Copenhagen, 2006, p. 461.

Abstract (ita)

I negoziati sul trasferimento della competenza in materia pregiudiziale dalla Corte di giustizia al Tribunale hanno recentemente raggiunto un accordo, che verrà presto pubblicato in GUUE per poi divenire operativo dal 1° settembre 2024. Il contributo ripercorre la genesi di questa (ennesima) riforma dello Statuto della Corte di giustizia, analizzando i principali elementi della nuova disciplina e valutando quale potrebbe essere l'impatto concreto della stessa sul dialogo tra giudici italiani e giudici UE, nonché, più in generale, sul futuro dell'architettura giudiziaria dell'Unione.

Abstract (eng)

The negotiations on the transfer of preliminary rulings from the Court of Justice to the General Court have recently reached an agreement, which will soon be published in the OJ and become operational as of 1 September 2024. This article traces the genesis of this (further) reform of the Statute of the Court of Justice, analysing its main elements and assessing what could be its concrete impact on the dialogue between Italian and EU judges, as well as, more generally, on the future of the EU judicial architecture.

LA COMPLETEZZA DEI RIMEDI GIURISDIZIONALI
NELL'ORDINAMENTO DELL'UE
ED IL CONTENZIOSO SUL CAMBIAMENTO CLIMATICO

Angela Maria Romito*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Sulla tutela giurisdizionale multilivello (cenni). – 3. Sulla coerenza del sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione europea. – 4. Sulla *ratio* dei limiti del *locus standi* dei privati nel ricorso di legittimità. – 5. Sull'ampliamento dell'accesso alla giustizia a favore delle ONG per tramite del regolamento 1767/2021. – 6. Sulla (recentissima) giurisprudenza di Strasburgo. – 7. Riflessioni conclusive.

1. *Considerazioni introduttive*

Il tema della effettività dei rimedi giurisdizionali nell'ordinamento dell'UE con specifico riferimento al contenzioso climatico non è nuovo ed è stato diffusamente scandagliato dalla dottrina italiana e straniera secondo diverse prospettive¹; si tratta, tuttavia, di un argomento sempre attuale attesi la maggiore sensibilità dei cittadini (soprattutto, ma non solo, dei più giovani²), il crescente dinamismo delle associazioni ambientaliste³ e l'aumento esponenziale dei ricorsi presentati dinanzi alle Corti nazionali e internazio-

* Professoressa Associata di diritto dell'Unione europea presso l'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

¹ Impossibile dar conto della sterminata bibliografia. Limitatamente ai più recenti studi utili per inquadrare il tema da diverse angolazioni, interessanti spunti si rinvencono, tra tanti, da T. JAFRY (ed.), *Routledge Handbook of Climate Justice*, Abingdon, 2019; F. SCALIA, *Energia sostenibile e cambiamento climatico. Profili giuridici della transizione energetica*, Torino, 2020; F. DE LEONARDIS (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, Macerata, 2021; W. KALH, M. P. WELLER (eds.), *Climate Change Litigation – A Handbook*, Munich, 2021; F. SINDICO, M. M. MBENGUE (eds.), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, Berlin, 2021; L. BUTTI, S. NESPOR, *Il diritto del clima*, Milano, 2022; S. LANNI (a cura di), *Sostenibilità globale e culture giuridiche comparate. Atti del Convegno SIRD*, Milano, 2022; A. TANZI, L. CHIUSI, G. FARNELLI, A. MENSI (a cura di), *Sostenibilità ambientale e sociale nel commercio internazionale. Tendenze e prospettive fra politica e diritto*, Bologna, 2022.

² Basti aver a mente la massiccia partecipazione ai c.d. *Friday for future* o gli eventi organizzati annualmente il 22 aprile per celebrare la Giornata Mondiale della Terra.

³ Si veda ad esempio www.climateemergencydeclaration.org/contact/.

nali (e anche dell'Unione europea)⁴ tesi a chiedere un impegno più stringente da parte dei governi nell'attuazione delle misure volte a contrastare gli effetti negativi del surriscaldamento globale⁵. Rafforzato interesse scaturisce, altresì, dal fatto che la tutela ambientale, intesa in senso lato, costituisce una priorità nell'agenda politica dell'Unione europea, la quale, come noto, attraverso le azioni indicate nel *Green Deal* europeo ambisce a raggiungere la neutralità climatica entro il 2050⁶. Non da ultimo, ulteriore elemento di

⁴ Per una ricognizione sistematica circa la moltiplicazione dei casi a livello globale si rinvia a *Global Climate Litigation Report: 2023 Status Review* reperibile sul sito www.unep.org; secondo i cui dati le cause climatiche sono impennate dal 2017 al 2023 dai 884 casi a 2.180.

⁵ Il fenomeno noto anche come strategia sulla “giustizia climatica” (*human rights and climate change litigation*) ha portato ad una vera e propria concertazione a livello mondiale di azioni giudiziarie di vario titolo: azioni risarcitorie dei cittadini nei confronti dello Stato e azioni civili esercitate dallo Stato nei confronti delle grandi industrie che emettono gas a effetto serra ed anche azioni di annullamento direttamente esercitate dai cittadini nei confronti degli atti legislativi nei sistemi costituzionali che lo consentono. Lo stato dell'arte in continuo aggiornamento è monitorato dal data base climatecasechart.com/. A mero titolo ricognitivo limitatamente al contenzioso instaurato nei Paesi europei si fa riferimento oltre che alla celeberrima pronuncia della Corte Suprema dei Paesi Bassi (Hoge Raad), sent. 20 dicembre 2019, n. 19/00135, *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands*, anche al provvedimento del Tribunal administratif de Paris, sent. 3 febbraio 2021, n.1904967/201, *Affaire du siècle*; della Corte costituzionale tedesca, ord. 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18, *Klimaschutz*; del Tribunale di prima istanza di Bruxelles, sent. 17 giugno 2021, n. 2015/4585/A, *WZV Klimaatzaak v The Belgian State*; della High Court irlandese, sent. 19 settembre 2019, *Friends of the Irish Environment v. Ireland*; della Court of Appeal of United Kingdom, Civil Division, 25 gennaio 2019, *Plan B Earth and Others v. The Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy*; della Suprema Corte di Norvegia, sent. 22 dicembre 2020, HR-2020-2472-P, (case no. 20-051052SIV-HRET), *GreenPeace Nordic Association and Natureand Youth v. Ministry of Petroleum and Energy*. In Italia è già stato annunciato che sarà presentato ricorso in appello nel c.d. caso “Giudizio Universale”, dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione dal tribunale di Roma lo scorso 6 marzo. Per una sintetica analisi del fenomeno in Europa v. K. POUKLI, *Editorial: a Short History of the Climate Change Litigation Boom across Europe*, in *ERA Forum*, 15 February 2022, p. 569 ss.; *amplius*, si rinvia a M. BURGER, J. M. GUNDLACH, *The Status of Climate Change Litigation: A Global Review*, Nairobi, 2017; J. SETZER, M. BANGALORE, *Regulating Climate Change in the Courts*, in A. AVERCHENKOVA, S. FANKHAUSER, M. NACHMANY (eds.), *Trends in Climate Change Legislation*, Cheltenham, 2017, p. 177 ss.; S. BALDIN, *Towards the Judicial Recognition of the Right to Live in a Stable Climate System in the European Legal Space?*, in *DPCE online*, n. 2, 2020, p. 1424; S. BALDIN, P. VIOLA, *L'obbligazione climatica nelle aule giudiziarie. Teorie ed elementi determinanti di giustizia climatica*, in *DPCE online*, n. 3, 2021, p. 612.

⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, dell'11 dicembre 2019, *Il Green Deal europeo*, COM (2019) 640final, p. 24.

rinnovata attenzione al tema proviene dalle tre coeve e recentissime sentenze rese dalla Corte di Strasburgo, cui si dovrà pur far cenno⁷.

Ai fini della presente indagine la essenziale ricostruzione dello stato dell'arte con riferimento specifico alla esperibilità dei ricorsi avverso i provvedimenti adottati dalle istituzioni europee nella materia *de quo* è intesa quale lo spunto per svolgere riflessioni più ampie circa il complessivo equilibrio dei rimedi giurisdizionali apprestati dal sistema giuridico dell'Unione europea e dunque, di rimando, circa l'effettività stessa dell'ordinamento considerato.

Giova precisare, senza poterci dilungare oltre, che il principio di effettività dei rimedi giurisdizionali a garanzia dei privati e quello dell'effettività di un dato ordinamento giuridico astrattamente considerato, sono due elementi fondanti e funzionalmente interdipendenti di cui il primo rappresenta il nucleo essenziale del secondo e ne costituisce il più pregnante parametro di valutazione⁸.

⁷ Corte EDU 9 aprile 2024, ric. n. 53600/20, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e al./Svizzera*; 9 aprile 2024, ric. n. 39371/20, *Duarte Agostinho e al./Portogallo*; 9 aprile 2024, ric. n. 7189/21, *Carême/Francia* (mentre altri sette casi sono stati rinviati); attesa la delicatezza del tema e la improrogabilità di una decisione in materia, la Corte ha celebrato il 29 marzo 2023 le prime due udienze di discussione avanti alla Grande Camera (nei casi *KlimaSeniorinnen* e *Carême*) e calendarizzato la discussione del caso *Duarte Agostinho* al 27 settembre 2023. Per una esaustiva ricognizione precedente alle pronunce v. tra tanti M. MONTINI, *Verso una giustizia climatica basata sulla tutela dei diritti umani*, in *OIDU*, n. 3, 2020, p. 506 ss.; F. ZORZI GIUSTINIANI, *Contenzioso climatico e diritti umani: il ruolo delle corti europee sovranazionali*, in *federalismi.it*, n. 8, 2023, p. 272 ss.

⁸ Sulla correlazione indissolubile fra il riconoscimento sostanziale di un diritto o di un interesse giuridicamente protetti, e le possibilità di una loro piena tutela attraverso un'adeguata gamma di mezzi giurisdizionali, ancora attuali sono le considerazioni di P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano, 1953, *passim*; v. anche R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008, p. 11; N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, 2009, p. 8. Nell'ordinamento dell'Unione europea tra la dottrina più autorevole si segnalano: G. TESAURO, *The Effectiveness of Judicial Protection and Cooperation between the Court of Justice and National Courts*, in *YEL*, vol. 13, n. 1, 1993, p. 1 ss.; F. JACOBS, *Effective Judicial Protection of Individuals in the European Union, Now and in the Future*, in *DUE*, n. 2, 2002, p. 203 ss.; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006, p. 291-293 e p. 418 ss.; A. TIZZANO, S. FORTUNATO, *La tutela dei diritti*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il Diritto privato dell'Unione europea*, vol. II, Milano, 2006, p. 1739 ss.; S. M. CARBONE, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009; V. CAPUANO, *Il principio di effettività nelle conclusioni dell'Avvocato generale Tesouro*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesouro*, Napoli, 2014, p. 857 ss. Per una analisi più dettagliata della evoluzione giurisprudenziale sia consentito il rinvio ad A. M. ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015, spec. p. 29 ss., e più recentemente

Necessità di sintesi inducono, altresì, a dover tralasciare in questa sede l'approfondimento di temi ampi ed importanti quali gli effetti concreti del riparto di competenza tra gli Stati membri e l'Unione in materia ambientale, i limiti della cooperazione internazionale, la rilevanza degli interessi delle generazioni future⁹; né si può dar conto dei problemi scaturenti dalla mancata armonizzazione a livello europeo delle condizioni di accesso alla giustizia dinnanzi ai giudici nazionali nell'ambito delle azioni legali intentate per la impugnazione dei provvedimenti emanati dalle autorità interne in applicazione di un atto normativo¹⁰. In questa sede, dunque, ci si limiterà a tratteggiare i dati salienti utili per la riflessione circa la centralità della tutela giurisdizionale nel modello europeo.

2. Sulla tutela giurisdizionale multilivello (cenni)

Al fine di meglio cogliere la complessità del tema e la struttura multilivello della tutela apprestata, senza poter esplorare i diversi interessanti profili che ne discendono, occorre ricordare che la tutela dell'ambiente, in generale, e la lotta al cambiamento climatico, in particolare, hanno fondamento giuridico in una pluralità di fonti non solo nazionali¹¹, ma anche internazionali ed europee¹².

Non sorprende, dunque, la molteplicità dei procedimenti instaurati

M. E. BARTOLONI, *La natura poliedrica del principio della tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell'art. 19, par.1, TUE*, in *DUE*, n. 2, 2019, p. 245 ss.

⁹ Per una ampia e critica disamina del contenzioso climatico fondato sul concetto di equità intergenerazionale, per tutti si rinvia a M. GERVAZI, *Equità intergenerazionale, tutela dei diritti umani e protezione dell'ambiente nel contenzioso climatico*, in M. FRULLI (a cura di), *L'interesse delle generazioni future nel diritto internazionale dell'Unione europea*, Napoli, 2002, p. 397 ss.

¹⁰ Su tali temi, anche per più ampi riferimenti bibliografici, si rinvia a L. DI ANSELMO, *L'accesso dei privati alla giustizia nei ricorsi interni in materia ambientale: quale spazio per la tutela giurisdizionale effettiva?*, in *I Post di AISDUE*, n. 19, 2023, p. 433 ss.; ed anche, dello stesso autore, *Recenti sviluppi sulla legittimità ad agire delle associazioni nei ricorsi interni in materia ambientale*, in *OIDU*, n. 5, 2022, p. 1359 ss.

¹¹ Sui profili di rilievo costituzionale si rinvia a M. CARDUCCI, *Cambiamento climatico (diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2021, p. 51 ss., spec. 55; F. GALLARATI, *Il contenzioso climatico di tono costituzionale: studio comparato sull'invocazione delle costituzioni nazionali nei contenziosi climatici*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2022, p.157 ss.

¹² Per una chiara ed ordinata panoramica sull'assetto delle fonti internazionali, europee e nazionali v. per tutti G. CONTALDI, *Aspetti problematici della giustizia climatica*, in *OIDU*, n. 3, 2023, p. 567 ss.

dinanzi alle diverse giurisdizioni (nazionali, comunitarie ed internazionali) tutti accomunati dalla finalità di stimolare un'azione legislativa più incisiva, e quindi più idonea, per proteggere adeguatamente l'ambiente ed i diritti umani dei cittadini colpiti dai fenomeni climatici sempre più estremi¹³.

Tralasciando il pur articolato sistema normativo dell'ordinamento italiano, in estrema sintesi si ricorda che gli obblighi giuridici a livello internazionale scaturiscono dalla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici¹⁴, nonché dal Protocollo di Kyoto¹⁵, dall'Accordo di Parigi¹⁶, dalla Convenzione Aarhus¹⁷, accordi, questi ultimi, di cui anche l'UE, insieme agli Stati membri, è parte¹⁸. Di conseguenza, nel limitato am-

¹³ In argomento v. S. BOGOJEVIĆ, *EU Climate Change Litigation: All Quiet on the Luxembourgian Front?*, in G. VAN CALSTER, W. VANDENBERGHE, L. REINS (eds.), *Research Handbook on Climate Change Mitigation Law*, Cheltenham, 2016, p. 543 ss.

¹⁴ La Convenzione quadro sui cambiamenti climatici (*United Nations Framework Convention on Climate Change* – UNFCCC), aperta alle ratifiche il 9 maggio 1992 ed entrata in vigore il 21 marzo 1994, ha rappresentato la prima risposta globale alla sfida dei cambiamenti climatici; con essa gli Stati contraenti si sono vincolati a negoziare impegni di progressiva riduzione delle emissioni di gas serra.

¹⁵ Con il Protocollo di Kyoto, adottato l'11 dicembre 1997 ed entrato in vigore il 16 febbraio 2005, gli Stati industrializzati si sono obbligati entro il 2020 a raggiungere obiettivi alla progressiva e significativa riduzione delle emissioni dei gas ad effetto serra rispetto al 1990.

¹⁶ Con l'Accordo di Parigi, firmato il 12 dicembre 2015 ed entrato in vigore il 4 novembre 2016, gli Stati maggiormente industrializzati hanno rinnovato i loro impegni per limitare l'aumento della temperatura terrestre – pur senza alcun vincolo di risultato – obbligandosi unilateralmente a ridurre le emissioni di gas nocivi per l'atmosfera in percentuali diverse. Ciascun contraente, dunque, è tenuto solamente ad adottare le misure nazionali volte al raggiungimento degli obiettivi fissati dal proprio contributo alla mitigazione del cambiamento climatico.

¹⁷ La Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, sottoscritta ad Aarhus il 25 giugno 1998, riconosce a pieno titolo una maggiore partecipazione pubblica ai temi legati al cambiamento climatico. Essa è stata ratificata dall'Italia con l. n. 108/2001: spunti critici sul non perfetto recepimento della Convenzione di Aarhus da parte del nostro Paese sono in C. FELIZIANI, *Dall'accesso alla giustizia in materia ambientale alla giustizia ambientale*, in *OIDU*, n. 3, 2023, p. 597 ss., spec. p. 603.

¹⁸ Rispettivamente l'accordo di Kyoto è stato ratificato dalla Comunità europea con decisione 2002/358/CE del Consiglio, del 25 aprile 2002; l'Accordo di Parigi è stato ratificato con la decisione (UE) 2016/1841 del Consiglio, del 5 ottobre 2016, e la Convenzione di Aarhus con la decisione 2005/370/CE del Consiglio, del 17 febbraio 2005. Per completezza si rammenta che il perimetro normativo disegnato dalle norme primarie è dato dall'art. art. 3, par. 3, TUE, che menziona espressamente l'elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente tra gli obiettivi dell'Unione; dall'art. 11 TFUE, che pone lo sviluppo sostenibile quale parametro delle politiche e delle azioni dell'UE (e negli stessi termini an-

bito geografico europeo, le misure contro il cambiamento climatico messe in atto dai 27 Paesi si inseriscono in un quadro politico – legislativo le cui precise linee di azione sono stabilite a livello sovranazionale e da ultimo racchiuse nella strategia a lungo termine del *Green Deal* europeo¹⁹.

Atteso il ruolo fondamentale assunto dall'Unione europea nella definizione delle politiche climatiche dei territori dei Paesi membri, le associazioni ambientaliste, mosse dal preciso intento di intervenire in modo incisivo per la salvaguardia del pianeta, sempre più frequentemente, hanno adito anche le istanze giudiziarie di Lussemburgo.

In vero le rivendicazioni giudiziali fino ad oggi promosse dalle ONG, tese al risarcimento dei danni cagionati dall'illeceità del comportamento addebitato alle istituzioni europee nell'esercizio della funzione legislativa e all'annullamento degli atti da queste emanati per raggiungere gli obiettivi di contenimento delle emissioni assunti dagli Stati membri sulla base dell'Accordo di Parigi²⁰, hanno avuto risultati scoraggianti per via del mancato soddisfacimento da parte dei ricorrenti del requisito relativo alla presenza di un atto che li interessasse direttamente e individualmente²¹.

Nel settore del c.d. *climate change*, infatti, il dato di fatto rilevante, aspramente criticato in dottrina²², è la persistente impermeabilità del siste-

che l'art. 37 CDFUE) e dagli articoli del Titolo XX, parte III, TFUE (artt. 191-193), i quali individuano in modo specifico gli obiettivi di conservare, proteggere e migliorare la qualità dell'ambiente, proteggere la salute umana e promuovere misure a livello internazionale per affrontare problemi ambientali regionali o mondiali.

¹⁹ Il diritto sovranazionale fisserebbe quindi una “cornice valoriale”, mentre l'*an* ed il *quomodo* della tutela offerta all'interesse ambientale sarebbero lo specchio del grado di tutela predisposto dai sistemi processuali nazionali per rispondere efficacemente alle istanze di giustizia. Così C. FELIZIANI, *op. cit.*, p. 597.

²⁰ Oggetto di censura è l'ambito di discrezionalità della Commissione europea nell'esaminare i tetti massimi delle quote di emissione messi a punto dagli Stati membri nei cc. dd. Piani Nazionali di Allocazione o questioni legate al *target* di riduzione di emissioni assegnate a specifici Stati membri.

²¹ I soggetti ricorrenti sono tenuti a dimostrare l'esistenza del nesso di causalità tra la condotta positiva o omissiva imposta agli Stati in materia di misure volte al contrasto del cambiamento climatico e la violazione dei diritti umani che ne è derivata a loro danno a causa di un atto normativo di fonte europea; per ottenere un'eventuale pronuncia di illegittimità della norma di diritto derivato risulterà decisivo dimostrare di essere individualmente e direttamente interessati dall'atto contestato.

²² Numerose sono le voci critiche. Tra gli studi più recenti di dottrina italiana, si segnalano: 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.; F. GALLARATI, *Caso Carvalho: la Corte di Giustizia rimanda l'appuntamento con la giustizia climatica*,

ma giurisdizionale dell'Unione ad ampliare le maglie della ricevibilità dei ricorsi diretti di validità proposti dalle ONG. Il fulcro del dibattito ruota intorno al fatto che la legittimazione ad agire *ex art.* 263, comma 4, TFUE mal si concilia con il carattere diffuso dell'interesse ambientale: è fuor di dubbio che le associazioni ambientaliste siano espressione dell'interesse pubblico e collettivo e che svolgano un ruolo decisivo nella difesa del clima (in sé ontologicamente patrimonio comune)²³; di contro, scontano sul piano processuale la peculiarità data dal carattere diffuso degli interessi in rilievo²⁴.

Di qui la difficoltà nel ricondurre tali soggetti nel perimetro di operatività dell'art. 263, comma 4, TFUE, nella parte in cui, come noto, ammette il ricorso di legittimità per i ricorrenti non privilegiati contro gli atti di cui non siano destinatari che però li riguardano direttamente²⁵ ed indivi-

in DPCE online, n. 2, 2021, p. 2603 ss.; F. VONA, *La Corte di giustizia conferma l'irricevibilità del ricorso nel c.d. "People's climate case": la formula "Plaumann" quale persistente ostacolo all'accesso alla giustizia in materia climatica*, in OIDU, n. 2, 2021, p. 484 ss.; 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 RGA, n. 1, 2022, p. 121 ss.; S. VILLANI, *L'accesso alla giustizia ambientale da parte delle ONG nel quadro giuridico dell'Unione europea alla luce della prassi recente*, in EJ, n. 1, 2023, p. 149 ss.; L. DI ANSELMO, *L'accesso dei privati alla giustizia nei ricorsi interni in materia ambientale*, cit. Il dibattito ha interessato ampiamente anche la dottrina straniera; tra tanti si rinvia a L. KRÄMER, *Climate Change, Human Rights and Access to Justice*, in *Journal for European Environmental & Planning Law*, vol. 16, n. 1, 2019, p. 21 ss.; L. KRÄMER, *The Environment before the European Court of Justice*, in C. VOIGT (ed.), *International Judicial Practice on the Environment: Questions of Legitimacy*, Cambridge, 2019, p. 25 ss.; I. HADJIYIANNI, *Judicial Protection and the Environment in the EU Legal Order: Missing Pieces for Complete Puzzle of Legal Remedies*, in CMLR, vol. 58, n. 3, 2021, p. 777 ss.

²³ La Commissione europea nella comunicazione *Migliorare l'accesso alla giustizia in materia ambientale nell'UE e nei suoi Stati membri*, del 14 ottobre 2020, COM (2020) 643final, le ha definite in modo calzante «custodi dello spazio democratico».

²⁴ La situazione è stata resa in modo plastico nelle conclusioni dell'Avv. gen. Sharpston, del 12 ottobre 2017, C-664/15, *Protect Natur, Arten und Landschaftsschutz Umweltorganisation*, par. 77, la quale ebbe a osservare che: «Non possono comparire in giudizio né l'acqua né i pesci che vi nuotano. Analogamente, gli alberi non sono legittimati ad agire».

²⁵ Secondo una giurisprudenza costante tale condizione richiede, in primo luogo, che il provvedimento contestato produca direttamente effetti sulla situazione giuridica del singolo e, in secondo luogo, che non lasci alcun potere discrezionale ai destinatari del provvedimento stesso incaricati della sua applicazione; v. *ex multis*, Corte giust. 5 maggio 1998, C-386/96 P, *Dreyfus/Commissione*, punto 43; 29 giugno 2004, C-486/01 P, *Front national/Parlamento*, punto 34; 10 settembre 2009, C-445/07 P e C-455/07 P, *Commissione/Ente per le Ville vesuviane* (punto 45).

dualmente²⁶ (c.d. atti provvedimenti)²⁷. Difficile risulta per loro, dunque, dimostrare di avere un interesse qualificato e differenziato che li assimili ai destinatari dell'atto che si presume sia lesivo dei loro interessi (il c.d. *direct and individual concern*).

3. Sulla coerenza del sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione europea

Va ricordato che, anche in passato, ogni tentativo di ampliare le maglie dei ricorsi di annullamento volto a consentire l'impugnazione diretta degli atti legislativi di portata generale dell'Unione da parte delle persone fisiche e giuridiche²⁸ è stato in modo puntuale e categorico respinto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea sulla scorta dell'indiscutibile assunto secondo cui il sistema di controllo giurisdizionale dell'UE – mantenuto dalle origini fino ad oggi invariato nei suoi termini essenziali – è un sistema in sé completo, costruito in termini di unitarietà e complementarità²⁹. A norma dell'art. 19 TUE, infatti, esso si articola su due livelli distinti ma funzionalmente collegati: quello dei giudici dell'Unione europea e quello dei giudici nazionali. Orbene, poiché nell'ambito di tale complessa architettura giuridica non è precluso ai ricorrenti non privilegiati di far valere l'invalidità di un atto di

²⁶ Secondo la nota c.d. formula *Plaumann*, «[c]hi non sia destinatario di una decisione può sostenere che questa lo riguarda individualmente soltanto qualora il provvedimento lo tocchi a causa di determinate qualità personali, ovvero di particolari circostanze atte a distinguerlo dalla generalità, e quindi lo identifichi alla stessa stregua dei destinatari», Corte giust. 15 luglio 1963, 25/62, *Plaumann/Commissione*.

²⁷ Per completezza, per quanto noto, si rammenta che oggetto del ricorso *ex art. 263*, co. 4, TFUE, sono anche gli atti di cui i soggetti privati sono destinatari e atti regolamentari che li riguardino direttamente e che non necessitino di misure di esecuzione. *Ex multis*, nella dottrina italiana si rinvia a R. MASTROIANNI, A. PEZZA, *Access of Individuals to the European Court of Justice of the European Union under the New Text of Article 263, para 4, TFEU*, in *RIDPC*, n. 5, 2014, p. 923 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 Tesauero*, cit., p. 1245 ss.; spec. sugli atti regolamentari v. G. VITALE, *La nozione di "atto regolamentare" nella sentenza Montessori: legittimazione attiva dei singoli e gerarchia delle fonti*, in *Osservatorio europeo DUE*, 22 luglio 2019.

²⁸ Tentativi già infruttuosamente esperiti, prima ancora che la riforma di Lisbona modificasse l'ultima parte dell'art. 263, co. 4, TFUE, nelle conclusioni dell'Avv. gen. Jacobs, del 21 marzo 2002, C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores*, e dal Tribunale 3 maggio 2002, T-177/01, *Jégo-Quéré*.

²⁹ Corte giust. 23 aprile 1986, C-294/83, *Parti écologiste "Les Verts"*, punto 23; v. *Unión de Pequeños Agricultores*, sopra citata, punto 40.

portata generale anche attraverso il ricorso in via incidentale (*ex art. 277 TFUE*), oppure avvalendosi del rinvio pregiudiziale di validità (*ex art. 267 TFUE*), secondo la Corte di giustizia non vi sarebbe alcuna lesione del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva³⁰.

Il contezioso in tema di cambiamenti climatici non fa eccezione: la costante giurisprudenza di Lussemburgo³¹, senza neppur entrare nel merito dei diritti invocati dai ricorrenti³², difende coerentemente la costruzione giuridica disegnata dal Trattato di Lisbona, sostenendo che una interpretazione delle condizioni previste nell'art. 263, comma 4, TFUE che si discostasse dalla c.d. "formula *Plaumann*", non solo snaturerebbe la funzione stessa del ricorso per annullamento, ma soprattutto altererebbe il sistema di garanzie nel suo complesso, riverberando in modo irreversibile i suoi effetti sull'in-

³⁰ Come puntualizzato da Corte giust. 3 ottobre 2013, C-583/11 P, *Inuit*, punto 98 «[I] a lettura congiunta dell'articolo 263, quarto comma, TFUE e dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE permette di concludere che le possibilità del singolo di ottenere tutela giurisdizionale contro gli atti giuridici dell'Unione di portata generale non devono necessariamente sempre consistere nella facoltà di adire direttamente i giudici dell'Unione».

³¹ Corte giust. ord. 14 gennaio 2021, C-297/20, *Peter Sabo*, pronunciata nell'appello proposto avverso Tribunale 6 maggio 2020, T-141/19; 25 marzo 2021, C-565/19, *Armando Carvalho e a./Parlamento e Consiglio*, pronunciata nell'appello proposto avverso Tribunale 8 maggio 2019, T-330/18. Per note e commenti sul caso Carvalho si rinvia *ex multis* a M. E. HARRIS, *Carvalho and Others v. Parliament and Council: Climate Justice and Individual Concern*, in *DUDI*, n. 1, 2020, p. 175 ss.; G. WINTER, *Armando Carvalho and Others v. EU: Invoking Human Rights and the Paris Agreement for Better Climate Protection Legislation*, in *Transnational Environmental Law*, vol. 9, n. 1, 2020, p. 137 ss.; M. MONTINI, *La giustizia climatica nell'Unione Europea: Il caso Carvalho e le prospettive future*, in *OIDU*, n. 3, 2023, p. 654 ss.

³² Per maggiore chiarezza è utile qui ricordare che nel caso *People's Climate* 37 cittadini europei operanti nel settore agricolo e dell'allevamento chiedevano al Tribunale dell'UE di annullare alcune disposizioni contenute in tre distinti atti legislativi costituenti il "pacchetto clima" del 2018 affermando che il *target* di riduzione delle emissioni di gas serra ivi prescritto (del 40% entro il 2030) non fosse sufficientemente ambizioso ed in virtù di tale inadeguatezza fosse lesivo dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta (diritto alla vita, diritto alla salute, diritto al lavoro e diritto di proprietà). Essi chiedevano, inoltre, il risarcimento in natura del danno subito, sottoforma di ingiunzione di annullamento e di modifica degli atti legislativi. Il ricorso, come noto, è stato dichiarato in primo grado irricevibile per carenza di legittimazione ad agire e l'ordinanza impugnata è stata confermata anche dalla Corte: entrambe le giurisdizioni hanno escluso che vi fosse una vulnerabilità individuale climatica scaturita da un atto a portata generale di natura non regolamentare. Analoghe considerazioni sono state espresse nell'ordinanza resa nel caso *Peter Sabo*, avverso una domanda diretta a ottenere l'annullamento parziale della direttiva sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili nella parte in cui include la biomassa forestale tra le fonti di energia rinnovabile.

tero sistema giuridico. In altri termini, secondo la Corte di Lussemburgo la modifica per via giurisprudenziale dei requisiti indicati dalla norma *de quo*, così come interpretata dal lontano 1963, si profilerebbe quale riforma dell'assetto complessivo della struttura giurisdizionale dell'UE, sostanziosamente, così, in una vera e propria revisione dell'ordinamento che, invece, deve compiersi necessariamente solo tramite la procedura prescritta dall'art. 48 TUE.

Né il richiamo agli articoli 37 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE)³³, o agli accordi internazionali conclusi in materia dall'UE³⁴, valgono per modificare il criterio dell'incidenza diretta.

4. *Sulla ratio dei limiti del locus standi dei privati nel ricorso di legittimità*

Le numerose critiche mosse alla Corte, tacciata di essere ancorata ad elementi formalistici, a criteri interpretativi definiti da una giurisprudenza obsoleta, al timore mal celato di essere oberata da *actiones populares*, ad un atteggiamento di perdurante deferenza verso il legislatore europeo, ad una architettura complessiva che la spingerebbe a voler agire quasi fosse un giudice costituzionale degradando il Tribunale ad una dimensione amministrativa, a noi pare possano essere superate considerando che la soluzione raggiunta a livello comunitario a partire dal 2009 rispecchia quella di fatto condivisa nella maggior parte degli Stati membri (tra cui anche quello italiano) laddove non è possibile per il singolo impugnare

³³ Rubricati rispettivamente «tutela dell'ambiente» e «diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale»: nel primo è contemplata, in via programmatica, la protezione dell'ambiente quale obiettivo politico dell'UE, senza che sia sancito alcun diritto individuale a presentare ricorsi dinanzi ai giudici di Lussemburgo; non rientra, invece, nell'oggetto del secondo, la modifica del sistema di controllo giurisdizionale previsto dai Trattati, né in particolare le norme relative alla ricevibilità dei ricorsi proposti direttamente dinanzi al giudice dell'Unione. Cfr. *ex multis* Corte giust. 25 febbraio 2021, C-689/19 P, *Vodafone Ziggo Group*, punto 137, e la giurisprudenza *ivi* richiamata.

³⁴ Così Tribunale ord. 28 settembre 2016, T-600/15, *PAN* e Corte giust. 3 dicembre 2020, C-352/19 P, *Région de Bruxelles capitale/Commissione*. Per riflessioni di sistema si rinvia per tutti a R. MASTROIANNI, *L'effettività della tutela giurisdizionale alla prova della Carta dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Liber amicorum di Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 586 ss., spec. p. 596 ss.

la legge ordinaria (atto di portata generale assimilabile ai regolamenti) in modo diretto dinanzi al tribunale amministrativo per richiederne l'annullamento, dovendosi, invece, impugnare l'atto amministrativo di esecuzione della legge.

In altri termini, la formulazione dell'art. 263, co. 4, TFUE – che ammette il ricorso di legittimità per i ricorrenti non privilegiati, contro atti di cui sono destinatari, contro atti che (pur non essendo a loro indirizzati) li riguardano direttamente ed individualmente (c.d. atti provvedimenti) e contro atti regolamentari che li riguardano direttamente e che non necessitino di misure di esecuzione – è il risultato del confronto tra le diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri e, pertanto, rispecchierebbe l'impostazione tradizionale e prevalentemente condivisa da questi che intende il processo amministrativo quale strumento volto alla garanzia di situazioni giuridiche soggettive e che, dunque, ricollega l'accesso al giudice alla esistenza di norme che “qualificano” tale interesse e lo “differenziano”. Di conseguenza nel processo amministrativo della maggior parte degli Stati membri, il rapporto dedotto in giudizio, ai fini dell'impugnazione dell'atto, investe la relazione formale tra atto impugnato ed il suo destinatario.

Se, dunque, un siffatto equilibrio non è tacciato di violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale a livello statale, parimenti, a nostro avviso, non può esserlo a livello dell'Unione europea³⁵.

Pertanto, la granitica giurisprudenza sul *climate change*, piuttosto che essere sintomo di “chiusura” o di scarsa sensibilità rispetto ad un tema così urgente, è, a nostro avviso, indice del fatto che non vi sia mai stata incertezza sulla soluzione legislativa adottata e che il Collegio di Lussemburgo, per tramite di una giurisprudenza assolutamente costante, non abbia fatto altro che rendere più esplicita una precisa e ben ponderata situazione cristallizzata nelle norme di rango primario³⁶.

³⁵ Cfr. conclusioni dell'Avv. gen. Kokott, del 17 gennaio 2013, C-583/11 P, *Inuit*, punto 38. V. anche A. TIZZANO, *La gerarchia delle norme comunitarie*, in *DUE*, n. 1, 1996, p. 57 ss., il quale, già in tempi lontani, nell'auspicare una maggiore chiarezza circa l'ordine gerarchico delle fonti indicate nell'art. 288 TFUE, giustificava una più ridotta o eventuale indiretta tutela contro le “leggi”.

³⁶ Circa le progressive lacune del sistema della tutela giurisdizionale e la riforma del ricorso in annullamento operata dal Trattato di Lisbona sia consentito il rinvio a A. M. ROMITO, *op. cit.*, spec. p. 133 ss. e ai riferimenti bibliografici *ivi* indicati.

5. *Sull'ampliamento dell'accesso alla giustizia a favore delle ONG per tramite del regolamento 1767/2021*

Invero, sebbene la Corte di giustizia tenda ad equiparare il procedimento di controllo di legittimità diretto a quello indiretto³⁷, è incontrovertibile che si tratti di un parallelismo imperfetto³⁸ e che i due rimedi processuali non siano pienamente fungibili per i ricorrenti³⁹.

³⁷ Anzi talvolta sembra che la Corte abbia voluto valorizzare il ricorso *ex art.* 267 TFUE a scapito del ricorso di annullamento, con conseguente pressione sugli Stati membri della responsabilità di compensare l'accesso ristretto al Tribunale di Lussemburgo. V. sentenze della Corte giust. 8 marzo 2011, C-240/09, *Lesoochranarske zoskupenie*; 20 dicembre 2017, C-664/15, *Protect Natur*; 8 novembre 2022, C-873/19, *Deutsche Umwelthilfe*, in cui invocando l'art. 47 CDFUE è stato limitato il principio della autonomia procedurale. Commenti in B. IWANSKA, M. BARAN, *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*, vol. 28, n. 2, 2019, p. 47 ss.; G. CONTALDI, *L'accesso alla tutela in materia ambientale nel diritto dell'Unione europea*, in AA.VV., *Liber Amicorum Sergio Marchisio. Il diritto della comunità internazionale tra caratteristiche strutturali e tendenze innovative*, Napoli, 2022, p. 727 ss.; L. DI ANSELMO, *Recenti sviluppi sulla legittimità ad agire delle associazioni*, cit., p. 1359. Più in generale v. 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*, vol. 40, n. 6, 2018, p. 753 ss., spec. p. 758.

³⁸ Per tutti si rinvia a B. CORTESE, *Rinvio pregiudiziale e ricorso di annullamento: parallelismi, intersezioni e differenze*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020, p. 241 ss.

³⁹ Tale considerazione se vale a livello di sistema, perché il ricorso *ex art.* 267 TFUE, come noto, non è nella disponibilità diretta delle parti ma è sottoposto alla piena discrezionalità del giudice nazionale (salvo che si tratti di giudice di ultima istanza), risulta ancor più evidente in tema di *climate change* laddove la eterogeneità degli ordinamenti statali, salvaguardata dal rispetto del principio della autonomia processuale, comporta che la titolarità del diritto di azione in capo alle ONG non sia riconosciuta in egual modo negli Stati membri, con la ovvia conseguenza che, difettando la legittimazione ad agire in sede nazionale, è preclusa anche la possibilità di attivare il rinvio pregiudiziale. *Amplius* M. ELIANTONIO, CH. W. BACKES, C. H. VAN RHEE, T. N. B. M. SPRONKEN, A. BERLEE (eds.), *Standing up for Your Right(s) in Europe: A Comparative Study on Legal Standing (Locus Standi) Before the EU and Member States' Courts*, Bruxelles, 2013; F. SINDICO, M. M. MBENGUE, K. MCKENZIE, *Climate Change Litigation and the Individual: an Overview*, in F. SINDICO, M. M. MBENGUE, *op. cit.*, p. 1 ss.; L. SQUINTANI, S. KALISVAART, *Environmental Democracy and Judicial Cooperation in Environmental Matters: Mapping National Courts Behaviour in Follow-up Cases*, in *EP*, vol. 5, n. 2, 2020, p. 931 ss.; V. PETRALIA, *Il ruolo dei giudici nazionali nel sistema di controllo della validità degli atti dell'Unione europea: una questione di architettura costituzionale europea?*, in *EJ*, n. 3, 2021, p. 1; S. VILLANI, *op. cit.*, spec. v. la dottrina indicata in nota 95.

È altresì vero che la inflessibilità interpretativa circa il *locus standi* dei privati nel ricorso diretto di legittimità abbia penalizzato le istanze di giustizia sostanziale facendo sì che la possibilità di adire con successo il Tribunale di Lussemburgo fosse inversamente proporzionale al numero dei soggetti potenzialmente lesi da un atto di portata generale ritenuto illegittimo.

Di qui la necessità di completare il sistema dei rimedi per tramite del regolamento 1767/2021⁴⁰ che, seppur tardivamente, introduce due significativi emendamenti al precedente regolamento 1367/2006⁴¹, regolamento, quest'ultimo, approvato dall'UE per ottemperare agli obblighi scaturenti dal terzo pilastro della Convenzione di Aarhus, riferiti, *inter alia*, all'accesso alla giustizia in materia ambientale⁴². Le novità, tese ad ampliare lo spettro

⁴⁰ Regolamento (UE) 2021/1767 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 ottobre 2021, relativo alla modifica del regolamento (CE) n. 1367/2006 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. Per commenti v. I. ANRÒ, *Il difficile accesso alla giustizia ambientale per le ONG e la riforma del Regolamento di Aarhus: nuove vie verso la Corte di giustizia dell'Unione europea?*, in *federalismi.it*, n. 11, 2022, p. 1; 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*, vol. 31, n. 3, 2022, p. 175 ss.

⁴¹ 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.

⁴² La Convenzione si articola – come noto – in tre pilastri che corrispondono ad altrettanti diritti c.d. procedurali in capo ai singoli: l'accesso alle informazioni ambientali (artt. 4 e 5); la partecipazione ai procedimenti che insistono su interessi ambientali (artt. 6 – 8) e l'accesso alla giustizia in materia ambientale (art. 9). Tali norme, secondo la consolidata giurisprudenza, devono considerarsi «parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'Unione», così già con sentenza Corte giust. 10 gennaio 2006, C-344/04, *IATA e ELFAA*, e successivamente anche *Lesoochranárske zoskupenie*, sopra citata; trattandosi di un accordo c.d. misto esse vincolano sia le istituzioni europee (ex art. 216, par. 2, TFUE), sia gli Stati membri quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. In particolare l'art. 9, norma priva di effetti diretti (cfr. sentenza *Lesoochranárske zoskupenie*, sopra citata), è suddiviso in tre distinti paragrafi e prevede i mezzi di tutela che gli Stati contraenti devono introdurre nei rispettivi ordinamenti interni: per quanto concerne l'accesso alle informazioni e la partecipazione ai procedimenti in materia ambientale, la Corte di giustizia ha riconosciuto il *locus standi* sia dei privati cittadini, sia alle associazioni che includono tra i propri scopi la salvaguardia dell'ambiente (cfr. Corte giust. 26 luglio 2017, C-196/16 e C-197/16, *Comune di Corridonia*; 12 maggio 2011, causa C-115/09, *Trianel*); diversamente, criticità hanno investito l'art. 9, par. 3 (cfr. nota successiva).

di applicazione dell'art. 9, par. 3, della ridetta Convenzione⁴³, si riferiscono alla modifica della definizione di atto amministrativo (*ex art. 2, par. 1, lett. g*) sì da intendersi «qualsiasi atto non legislativo adottato da un'istituzione o da un organo dell'Unione avente effetti giuridici ed esterni e contenente disposizioni che potrebbero configurare una violazione del diritto ambientale»⁴⁴, e all'ampliamento del novero dei «membri del pubblico» legittimati alla richiesta di riesame amministrativo⁴⁵.

In estrema sintesi dal combinato disposto dei due regolamenti su indicati discende che le ONG (ma più estesamente anche tutti coloro che soddisfino i criteri dell'art. 11, par. 1 *bis*, del regolamento del 2021) possano

⁴³ Le censure di inadeguatezza del sistema previgente sono state puntualmente indicate dal Comitato di Controllo dell'osservanza della Convenzione di Aarhus (ACCC/C/2008/32 del 24 agosto 2011 e del 17 marzo 2017); il caso era stato sollevato dall'ONG *ClientEarth* la quale lamentava che la procedura di riesame descritta nella norma di diritto derivato dell'UE del 2006 fosse più restrittiva (e quindi non conforme a) di quella definita dall'art. 9, par. 3, della Convenzione di Aarhus. In argomento si rinvia *amplius* a A. ANGELETTI (a cura di), *Partecipazione, accesso e giustizia nel diritto ambientale*, Napoli, 2011, *passim*; A. TANZI, E. FASOLI, L. IAPICHINO (a cura di), *La Convenzione di Aarhus e l'accesso alla giustizia in materia ambientale*, Padova, 2011, *passim*; F. GOISIS, *Legittimazione al ricorso delle associazioni ambientali ed obblighi discendenti dalla Convenzione di Aarhus e dall'ordinamento dell'Unione europea*, in *Il diritto processuale amministrativo*, n. 1, 2012, p. 101 ss.; M. HEDEMANN-ROBINSON, *EU Implementation of the Aarhus Convention's Third Pillar: Back to the Future over Access to Environmental Justice? Part 1*, in *European Energy and Environmental Law Review*, vol. 23, n. 3, 2014, p. 102 ss.; F. ROLANDO, *La tutela del diritto di accesso alla giustizia in materia ambientale nell'Unione europea*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesauero*, cit., p. 1219 ss.; G. C. LEONELLI, *A Threefold Blow to Environmental Public Interest Litigation: The Urgent Need to Reform the Aarhus Regulation*, in *ELR*, vol. 45, 2020, p. 324 ss.; M. WOLFEREN, M. ELIANTONIO, *Access to Justice in Environmental Matters in the EU: The EU's Difficult Road towards Non-Compliance with the Aarhus Convention*, in M. PEETERS, M. ELIANTONIO (eds.), *Research Handbook on EU Environmental Law*, Cheltenham, 2020, p. 148 ss.; C. FELIZIANI, *op. cit.*, spec. p. 599 ss.; M. MESSINA, *op. cit.*

⁴⁴ Secondo l'art. 2, par. 1, lett. g, del reg. del 2006 doveva considerarsi «atto amministrativo» «qualsiasi provvedimento di portata individuale nell'ambito del diritto ambientale adottato da un'istituzione o da un organo comunitari e avente effetti esterni e giuridicamente vincolanti».

⁴⁵ A norma degli artt. 10 e 11 del regolamento *de quo* risulta che ha il diritto di presentare una richiesta di riesame interno una qualsiasi ONG o altro membro del pubblico purché gli stessi dimostrino o l'esistenza di un pregiudizio dei propri diritti discendente dalla violazione del diritto ambientale dell'Unione (pregiudizio che, diversamente dal pubblico in generale, incide direttamente sulla sfera degli interessati) oppure che la richiesta è giustificata da «un interesse pubblico sufficiente ed è sostenuta da almeno 4 000 membri del pubblico residenti o stabiliti in almeno cinque Stati membri, con almeno 250 membri provenienti da ciascuno di tali Stati membri».

presentare una richiesta volta al “riesame interno” di un atto amministrativo in materia di ambiente emanato dalle istituzioni o dagli organi dell'UE (o in caso di presunta omissione amministrativa all'istituzione che avrebbe dovuto adottarlo) teso alla sua eventuale modifica (o alla denuncia della sua omissione). Ove tale la richiesta non sia accolta, i ricorrenti potranno proporre ricorso dinanzi al Collegio di Lussemburgo (*ex art. 12*) per far dichiarare la nullità della decisione di diniego del riesame.

Il dato saliente è che, a seguito della novella del regolamento del 2006, il riesame amministrativo interno, propedeutico ad un eventuale ricorso alla Corte, è ammissibile per tutti gli atti non legislativi e anche quindi per quelli di portata generale – sia che comportino misure di esecuzione a livello statale o dell'UE (ad es. i regolamenti di esecuzione della Commissione), sia che non comportino misure di esecuzione (atti regolamentari *ex art. 263*, co. 4, TFUE) – ed anche per gli atti di *soft law* che possono avere “effetti giuridici esterni” nella sfera giuridica dei ricorrenti. Restano esclusi dal novero degli atti oggetto di riesame interno e di impugnazione dinanzi alla Corte gli atti legislativi.

Tale procedura integra, a tutti gli effetti, il sistema generale di controllo giurisdizionale dell'UE⁴⁶.

6. Sulla (recentissima) giurisprudenza di Strasburgo

A fronte dell'assetto complessivo vigente nel sistema dell'Unione europea, nuovi orizzonti si aprono sul fronte internazionale. Per ragioni di completezza occorre accennare brevemente a quanto statuito dalla Corte di Strasburgo pochi giorni fa nel caso *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e altri/*

⁴⁶ Per una analisi più diffusa si rinvia a A. FAVI, *Riflessioni sull'effettività dell'accesso della società civile alla giustizia in materia ambientale dopo la riforma del regolamento di Aarhus*, in AA.VV., *Quaderno AISDUE*, serie speciale, n. 2, Napoli, 2022, p. 606 ss., la quale valuta il riesame interno in termini positivi se inteso quale “rimedio autonomo”; diversamente giudica lo stesso in termini critici se considerato quale “rimedio combinato” con il ricorso *ex art. 263* TFUE (cioè come un ampliamento dell'accesso al rimedio giudiziale per i privati, quale diretta conseguenza dell'ampliamento dell'accesso al rimedio di natura amministrativa), per via del sindacato limitato alla sola legittimità della decisione che rigetta la richiesta di riesame interno, escludendo anche l'esame nel merito dell'atto all'origine di tale domanda (cfr. Corte giust. 12 settembre 2019, C-82/17, *TestBioTech*): così spec. p. 623.

*Svizzera*⁴⁷, giudizio deciso insieme ai ricorsi *Carême/Francia*⁴⁸ e *Duarte*⁴⁹ (c.d. “cause climatiche”)⁵⁰.

Sebbene due dei tre ricorsi siano stati dichiarati inammissibili per vizi procedurali o dati oggettivi⁵¹, non c'è dubbio che si sia trattato di un importante e atteso momento di riflessione giuridica che segna una svolta nella giurisprudenza sul tema della responsabilità statale in materia climatica.

Nel ricorso proposto contro la Svizzera dall'associazione *Verein Klima-Seniorinnen*, l'unico che sia stato accolto, la Corte europea, attraverso una interpretazione evolutiva delle norme della Convenzione di Roma del 1950, ha per la prima volta riconosciuto il riscaldamento globale quale fenomeno

⁴⁷ Vedi *supra* nota 7. Nella fattispecie le ricorrenti (la *KlimaSeniorinnen Schweiz*, una associazione di cui fanno parte circa 1800 donne anziane, nonché individualmente quattro donne di età compresa tra i 78 e gli 89 anni) lamentavano la violazione del diritto alla vita e alla salute da parte dello Stato svizzero, ritenuto inadempiente nel ridurre le emissioni di CO₂ che causano l'innalzamento delle temperature. A causa dell'età avanzata esse denunciavano di essere esposte a maggiori rischi di morte ed a disturbi mentali ricollegabili alla solitudine causata da una limitata socialità. Per una dettagliata disamina del caso, si rinvia a A. OSTI, *A qualcuno (non) piace caldo. Il caso KlimaSeniorinnen c. Svizzera avanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo (per non tacer degli altri)*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2023, p. 237 ss.

⁴⁸ Il ricorso, fondato sulla violazione del diritto alla vita e del diritto al rispetto della vita privata e familiare, era stato proposto contro la Francia dal sindaco di Grande Synthe, una cittadina costiera soggetta a ripetute inondazioni per via dell'adozione di misure di mitigazione per il cambiamento climatico ritenute insufficienti.

⁴⁹ Il caso ha ricevuto grande attenzione mediatica: sei giovani portoghesi, alcuni dei quali anche minorenni, hanno presentato un ricorso contro 33 Stati (oltre gli Stati membri dell'UE anche contro Norvegia, Regno Unito, Russia, Svizzera, Turchia e Ucraina) lamentando la violazione degli articoli 2, 3, 8 e 14 CEDU letti alla luce dell'accordo di Parigi del 2015. Anche in questo caso i ricorrenti sostenevano che fossero stati violati i loro diritti fondamentali non avendo gli Stati adottato delle azioni efficaci per contrastare i cambiamenti climatici e ridurre le emissioni di gas serra in linea con gli accordi di Parigi del 2015. V. *amplius* J. HARTMANN, M. WILLERS, *Protecting Rights in Climate Change Litigation before European Courts*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, n. 1, 2022, p. 90 ss.

⁵⁰ Il primo commento edito il giorno stesso della pubblicazione della sentenza è di M. MILANOVIC, *A Quick Take on the European Court's Climate Change Judgments*, in *EJIL*, 9 April 2024.

⁵¹ Nello specifico i giudici di Strasburgo hanno dichiarato inammissibile il ricorso *Carême*, non essendo configurabile lo stato di vittima in capo al ricorrente ai sensi dell'articolo 34 della Convenzione perché questi nelle more del procedimento si era trasferito a vivere in un altro Stato; nel caso *Duarte*, invece, il ricorso è stato respinto per non aver i ricorrenti previamente esaurito i ricorsi interni all'ordinamento portoghese.

lesivo dei diritti umani in ragione degli effetti dannosi che produce sulla qualità della vita degli individui⁵².

In particolare, superando il perimetro della discrezionalità politica e legislativa statale, il Collegio di Strasburgo ha riconosciuto la responsabilità della Confederazione elvetica per violazione degli artt. 6 e 8 CEDU e condannato la convenuta per non aver adottato misure positive sufficienti per mitigare gli effetti dannosi dei cambiamenti climatici.

Con riferimento ai profili più strettamente processualistici, occorre porre in evidenza che la Corte non ha riconosciuto il *locus standi* delle quattro cittadine svizzere che avevano presentato lo stesso ricorso a titolo personale, accertando che le stesse non soddisfacevano i criteri dello *status* di vittima ai sensi dell'articolo 34 della Convenzione europea⁵³; ha, invece, riconosciuto la legittimazione ad agire dell'associazione "Anziane per il clima", in quanto soggetto agente per conto di quella pluralità di individui che potevano presumibilmente affermare di essere soggetti a minacce specifiche o effetti negativi dei cambiamenti climatici sulla loro vita, salute, benessere e qualità⁵⁴.

Resta dunque confermato il consolidato orientamento della Corte internazionale secondo cui il ricorrente privato deve essere in grado di dimostrare o di essere stato "direttamente interessato" dalla misura contestata, adottata nei propri confronti, o di essere una vittima indiretta – o anche potenziale – della asserita violazione delle norme della Convenzione⁵⁵.

Tuttavia, ed è questa la novità, pur evitando l'*actio popularis*, è stato riconosciuto il diritto ad agire delle ONG – sebbene i membri non soddi-

⁵² V. parr. 423-457, spec. par. 450.

⁵³ Secondo la Corte EDU i singoli individui sono legittimati a ricorrere nei casi di mitigazione dei cambiamenti climatici solo se vi è "a) un'elevata intensità di esposizione del richiedente agli effetti negativi dei cambiamenti climatici; e b) una pressante necessità di garantire la protezione individuale del richiedente" (parr. 478-488). Nel caso di specie non è stato provato in modo ragionevole e sufficientemente fondato un danno personale o materiale subito dalle ricorrenti.

⁵⁴ V. par. 478 ss.

⁵⁵ Per una rapida analisi si rinvia alla Guida pratica alle condizioni di ricevibilità della Corte europea dei diritti dell'uomo e alla giurisprudenza *ivi* indicata, sebbene non aggiornata dopo il 2021: www.echr.coe.int/documents/d/echr/admissibility_guide_ita. Sulla nozione di vittima nella CEDU si rinvia a D. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2018, p. 87 ss.; V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019, p. 428 ss.; più di recente L. ACCONCIAMESSA, *La "vittima" ai sensi dell'art. 34 CEDU, tra flessibilità e rischi di imprevedibilità. Il contrasto tra le recenti decisioni M.A. e altri c. Francia e A.M. e altri c. Polonia*, in *SIDIBlog*, 5 ottobre 2023.

sino individualmente le condizioni dello *status* di vittime – qualora queste provino un legame con la giurisdizione nazionale, la finalità di difesa di diritti collettivi quali quelli indicati nel proprio statuto, la capacità di essere rappresentanti qualificati dei propri membri o di altre persone soggette a minacce specifiche o agli effetti negativi dei cambiamenti climatici e di agire per loro per conto⁵⁶.

Ben consci della tensione politica sottesa al contenzioso in esame, la scelta di riconoscere alle associazioni la legittimazione ad agire anche quando (e forse, soprattutto perché) i loro singoli membri non l'avrebbero avuta, desta qualche perplessità⁵⁷.

La decisione, già definita storica, segna un precedente dirompente per le controversie sul clima a livello globale sia perché avrà un “effetto domino” sulle *climate actions* delle Alte Parti Contraenti del sistema convenzionale⁵⁸,

⁵⁶ Spec. par. 502. In tale contesto la legittimazione di un'associazione ad agire per conto dei membri o di altri individui colpiti all'interno della giurisdizione interessata non sarà soggetta al requisito separato di dimostrare che coloro per conto dei quali è stata intentata la causa avrebbero essi stessi soddisfatto i requisiti dello *status* di vittima per gli individui nel contesto del cambiamento climatico. Si chiarisce, altresì, che la Corte terrà conto di fattori quali lo scopo per cui l'associazione è stata costituita, il fatto che essa non abbia scopo di lucro, la natura e l'estensione delle sue attività nella giurisdizione interessata, la sua composizione e rappresentatività, i suoi principi e la trasparenza della sua *governance* e se, nel complesso, nelle particolari circostanze di un caso, la concessione di tale legittimazione sia nell'interesse della corretta amministrazione della giustizia.

⁵⁷ Interessanti spunti di riflessione rinvengono da M. MAGRI, *Il 2021 è stato l'anno della giustizia climatica?* in *Rivista giuridica AmbienteDiritto.it*, n. 4, 2021, p. 1, laddove, tra gli altri, si sollevano dubbi circa il valore pressoché assoluto attribuito alle evidenze scientifiche non controverse adottate nel processo, tali da costituire “il contenuto” di un diritto umano fondamentale, con la estrema conseguenza di fare della comunità scientifica un “legislatore parallelo” (*contra* M.F. CAVALCANTI, *Fonti del diritto e cambiamento climatico: il ruolo dei dati tecnico-scientifici nella giustizia climatica in Europa*, in *DPCE online*, n. 2, 2023, p. 332). Rilevi critici riguardano anche l'incondizionato riconoscimento di rappresentatività sociale attribuita alle ONG nella giurisprudenza climatica: nel momento in cui tale rappresentatività è ottenuta grazie alla esclusione dell'azione diretta dei rappresentati, esse detengono anche un “potere” per il solo fatto di trovarsi a decidere, in perfetta autonomia, se, quando, chi, conviene citare il giudizio, quali soglie di riduzione delle emissioni individuare, quali interessi concretamente filtrare ai fini del processo contro i presunti responsabili del riscaldamento globale, tutte decisioni, queste, che i singoli non potranno mai assumere individualmente.

⁵⁸ M. CARDUCCI, *I giudici europei tra emergenza climatica e “conseguenzialismo”*, in *lacostituzione.info*, 8 aprile 2021, osserva che per andare oltre il valore simbolico delle pronunce della Corte EDU, sarà necessario riutilizzare quella giurisprudenza convenzionale in sede domestica dei singoli Stati, dove provare a invocare l'interpretazione “climaticamente orientata” del parametro CEDU nel quadro di specifiche responsabilità civili o pubbliche di diritto interno.

sia perché riverbererà i suoi effetti nell'ordinamento dell'Unione incidendo sulla effettività della tutela giurisdizionale apprestata a favore dei singoli.

Pur trattandosi di ordinamenti giuridici distinti, afferenti a due diversi circuiti giurisdizionali, è innegabile che non si tratti di mondi paralleli, reciprocamente indifferenti, tanto che già da tempo le due Corti intrattengono un “dialogo a distanza” fatto di riferimenti comparativi, di scambio di argomenti e *standard* di giudizio⁵⁹.

Senza discostarci troppo dal nostro tema di indagine, per i nostri fini basti considerare che su un piano più astratto, dovendo il principio comunitario della tutela giurisdizionale effettiva misurarsi con gli *standard* di Strasburgo, si profilano problemi di rapporti tra ordinamenti che in realtà si pongono in modo netto come rapporti tra giudici.

7. *Riflessioni conclusive*

Dalla sintetica disamina svolta in tema di contenzioso climatico nel sistema giuridico dell'Unione europea risulta, dunque, che il quadro d'insieme costituito da un composito *puzzle* normativo e giurisprudenziale vede immutato il sistema giurisdizionale disegnato dal Trattato del 2009, non scalfita la dottrina *Plaumann*, incoraggiata la tutela apprestata a livello nazionale⁶⁰ e ampliata la possibilità di richiedere un riesame amministrativo interno di tutti gli atti quali quelli definiti dall'art. 2, par. 1, lett. g, del regolamento 1767/2021.

Pertanto, stanti i plurimi mezzi processuali a disposizione delle ONG, sia a livello statale che sovranazionale, sia per via amministrativa che giurisdizionale, non pare, almeno formalmente, profilarsi una violazione del principio della tutela giurisdizionale effettiva e di rimando della effettività dell'ordinamento dell'Unione europea.

L'equilibrio complessivamente raggiunto non è esente da critiche, ma, in assenza di una modifica delle fonti di rango primario, sembra essere il migliore bilanciamento possibile.

⁵⁹ In tema si rinvia a M. CONDINANZI, *Il “livello comunitario” di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, 2004, p. 35 ss., nonché a A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *DUE*, n. 1, 2014, p. 1 ss.

⁶⁰ Nel rispetto dell'equilibrio tra il principio dell'autonomia procedurale e quelli di equivalenza e di effettività, *ex multis v. Lesoochbranárske zoskupenie*, sopra citata, punti 47-51; *Deutsche Umwelthilfe*, sopra citata, punto 68.

Restano aperti futuri incerti scenari a seguito della pronuncia della Corte di Strasburgo.

Più in generale, pur consci della urgenza della lotta al cambiamento climatico e della peculiarità dei diritti ivi sottesi – diritti fondamentali che investono anche le generazioni future – a noi sembra che l’attivismo giudiziario in atto, teso a forzare le Corti – siano esse statali, europee o internazionali – a sostituirsi ai legislatori, imponendo agli stessi Stati un “regime parallelo” senza il loro consenso, non sia sempre la strada preferibile⁶¹.

Invero, nessuno dubita che la salvaguardia del pianeta rappresenti una emergenza ambientale collettiva e globale, ma trattandosi per l’appunto di una sfida mondiale, per arginarne gli effetti negativi del cambiamento climatico, anziché accelerare la pressione sul sistema giudiziario e forzarne un ruolo di supplenza legislativa sarebbe forse più incisivo spostare l’attenzione sul piano politico non solo invocando una proficua cooperazione tra Stati, ma soprattutto rafforzando la partecipazione attiva delle ONG nel procedimento che conduce all’adozione di misure vincolanti in tema di ambiente.

Vista secondo una diversa prospettiva, il *climate change*, in virtù delle ridette peculiarità, potrebbe utilmente essere considerato il vero banco di prova verso una politica europea autenticamente democratica che tenga in debito conto gli interessi di tutti i gruppi sociali coinvolti e che li responsabilizzi, durante l’*iter* di formazione delle leggi, non solo a considerare le evidenze scientifiche, ma anche a ponderare le ricadute economiche e sociali delle scelte legislative in discussione.

Immaginare la lotta al cambiamento climatico quale autonoma sfida dal valore collettivo, secondo una concezione “dinamica”, in cui i suoi vari componenti possano interagire sinergicamente in modo sistemico, implica un cambio di passo radicale, soprattutto in considerazione degli interessi economici in gioco. Un importante segnale di cambiamento di approccio al tema giungerebbe se, ad esempio, si desse seguito, almeno parzialmente, alle proposte da ultimo pervenute da parte del *panel* di cittadini su «cambiamento climatico, ambiente e salute» costituitosi in seno alla Conferenza sul Futuro dell’Europa.

⁶¹ L. BURGERS, *Should Judges Make Climate Change Law?*, in *Transnational Environmental Law*, vol. 9, n. 1, 2020, p. 55 ss.; M. PAYANDEH, *The Role of Courts in Climate Protection and the Separation of Powers*, in W. KALH, M. P. WELLER (eds.), *op. cit.*, p. 22 ss.

Abstract (ita)

Il contenzioso in tema di cambiamento climatico ed in particolare l'esperibilità dei ricorsi avverso i provvedimenti adottati dalle istituzioni europee rappresentano il banco di prova per valutare l'effettività della tutela giurisdizionale dell'ordinamento dell'Unione europea e di riflesso la sua stessa effettività. La ricostruzione del quadro normativo di riferimento, il limite dell'accesso al giudice da parte delle ONG previsto dalla "dottrina *Plaumann*" e l'interazione dei diversi mezzi di tutela multilivello, definiscono nell'insieme una architettura complessa che, sebbene non sia esente da critiche, ha una sua coerenza e non scalfisce formalmente l'effettività del sistema unitariamente considerato. E se per un verso la recente pronuncia della Corte di Strasburgo nel caso *KlimaSeniorinnen* pone nuovamente al centro del dibattito il ruolo dei giudici e l'equilibrio raggiunto nel sistema di garanzia dei singoli nell'ordinamento dell'Unione europea, per l'altro si ritiene che rafforzare la partecipazione attiva delle ONG nel procedimento che conduce all'adozione di misure vincolanti in tema di ambiente sia la via maestra per la salvaguardia del pianeta.

Abstract (eng)

Climate change litigation, and in particular the availability of legal remedies against norms adopted by the European institutions, is the test case for assessing the effectiveness of judicial protection in the European Union's legal system and, consequently, its effectiveness itself. The reconstruction of the legal reference framework, the limitation of the access of NGOs to the courts provided for by the "*Plaumann* doctrine" and the interaction of the various tools of multi-level protection, all together define a complex architecture which, albeit not exempt from criticism, has its own coherence and does not formally undermine the effectiveness of the system as a whole. And if, on the one hand, the recent ruling of the Strasbourg Court in the *KlimaSeniorinnen* case has once again put the role of judges and the balance achieved in the system of guarantees for individuals in the European Union's legal system at the centre of the debate, on the other hand, it is believed that strengthening the active participation of NGOs in the procedure leading to the adoption of binding measures on environmental issues is the right way to protect the planet.

LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE DELLE ASSOCIAZIONI
PER LA TUTELA DI INTERESSI COLLETTIVI:
RIFLESSIONI A VALLE DELLA GIURISPRUDENZA
IN MATERIA DI AMBIENTE E DATI PERSONALI

Alice Pisapia*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il ruolo delle associazioni per la tutela di interessi collettivi. – 3. La legittimazione processuale in ambito ambientale. – 4. L'ambito di tutela dei dati personali. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

Come noto, la legittimazione ad agire consiste nella titolarità in capo a un soggetto – individuo, istituzione o ONG riconosciuta – del diritto di promuovere un'azione legale avanti ad un tribunale o altro organo indipendente e imparziale, costituendosi in giudizio al fine di tutelare un proprio diritto o, nel diritto processuale amministrativo, un interesse individuale o diffuso contestando la legittimità di un provvedimento o di un'omissione da parte di un'autorità pubblica. La legittimazione ad agire è, insieme all'interesse, una delle condizioni dell'azione processuale, prodromica e necessaria per far valere il diritto di accesso alla giustizia, garantito a livello dell'Unione dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali (la Carta)¹. Il diritto dell'Unione europea riconosce quindi a chiunque il diritto fondamentale ad un ricorso effettivo dinanzi ad un tribunale per far rispettare i diritti soggettivi

* Ricercatrice di diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi dell'Insubria.

¹ I. ANRÒ, *Il difficile accesso alla giustizia ambientale per le ONG e la riforma del Regolamento di Aarhus: nuove vie verso la Corte di giustizia dell'Unione europea?*, in *federalismi.it*, 6 aprile 2022; G. CANTILLO, *L'accesso alla giustizia in materia ambientale nell'ordinamento dell'Unione a seguito dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona: problematiche attuali e prospettive de jure condendo*, in L. S. ROSSI (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali*, Napoli, 2011, p. 271 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 di giustizia. L'applicazione giurisprudenziale della Carta*, Napoli, 2019, p. 151 ss.; M. MONTINI, *Verso una giustizia climatica basata sulla tutela dei diritti umani*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, n. 3, 2020, p. 506 ss.

che lo stesso diritto dell'Unione gli conferisce². Il diritto di accesso alla giustizia è quindi costituito da molteplici aspetti declinati dalla giurisprudenza europea: il diritto ad un giudice indipendente e imparziale, il diritto a ricevere assistenza legale, ad essere rappresentati e difesi, il diritto all'accesso al patrocinio a spese dello Stato nel caso in cui non si possano sostenere le spese di un legale e, infine, il diritto ad ottenere una decisione definitiva entro un termine ragionevole³. Proprio il diritto a un ricorso effettivo ha costituito l'argomentazione, tra le altre, cardine fondante della struttura dell'ordinamento giuridico dell'UE basato sullo Stato di diritto⁴. Il principio di effettività ed efficacia della tutela giurisdizionale è una delle nozioni portanti della giurisprudenza della Corte⁵, come noto, fondante appunto proprio del sistema giuridico complessivo dell'Unione⁶. Il sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione prevede poi, oltre alle garanzie conferite dai Trattati ai cittadini, quelle riconosciute dagli ordinamenti nazionali in quanto obbligazioni degli

² Il termine "tribunale" è nozione con un significato autonomo in diritto dell'Unione poiché le corti europee hanno sancito nelle rispettive pronunce i principi applicabili per stabilire se un organo giudicante possa essere qualificato come un tribunale, cioè, se sia effettivamente incaricato di svolgere una funzione giurisdizionale. Cfr. anche Corte giust., *Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali*, 5 dicembre 2009, punto 9.

³ Corte giust. 13 marzo 2007, C-432/05, *Unibet*, punti 37-42; 26 giugno 2007, C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, punto 31; 22 dicembre 2010, C-279/09, *DEB*, punto 59; 18 ottobre 2011, da C-128/09 a C-131/09, C-134/09 e C-135/09, *Boxus e a.*, punti 49-57; 17 luglio 2014, C-169/14, *Sánchez Morcillo e Abril García*.

⁴ Corte giust. 6 ottobre 2015, C-362/14, *Schrems*. Al punto 95 della motivazione la Corte afferma: «... Infatti, l'articolo 47, primo comma, della Carta esige che ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati abbia diritto ad un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice, nel rispetto delle condizioni previste in tale articolo. A tal riguardo, l'esistenza stessa di un controllo giurisdizionale effettivo, destinato ad assicurare il rispetto delle disposizioni del diritto dell'Unione, è inerente all'esistenza di uno Stato di diritto (v., in tal senso, sentenze *Les Verts/Parlamento*, 294/83, EU:C:1986:166, punto 23; *Johnston*, 222/84, EU:C:1986:206, punti 18 e 19; *Heylens e a.*, 222/86, EU:C:1987:442, punto 14, nonché, *UGT-Rioja e a.*, da C-428/06 a C-434/06, EU:C:2008:488, punto 80)». Si veda inoltre sul punto lo studio V. SALVATORE, *Lo Stato di diritto, una prospettiva di diritto comparato. Unione europea*, Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), luglio 2023, ref. PE 745.685, p. 29-55.

⁵ Tra le altre si v. Corte giust. 16 maggio 1986, 222/84, *Johnston*, punto 18.

⁶ G.H. SCHERMERS, F.D. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, Alphen aan den Rijn, 2001; G. VANDERSANDEN, *La protection juridictionnelle effective: une justice ouverte et rapide?*, in M. DONY, E. BRIBOSIA (eds.), *L'avenir du système juridictionnelle de l'Union européenne*, Bruxelles, 2002, p. 119-154.

Stati membri partecipanti alla comunità di diritto dell'Unione⁷. Al centro del sistema vi è quindi l'azione di annullamento ed in particolare le severe condizioni per i privati per esperire tale azione⁸. Sebbene centrale, l'argomentazione inerente a una privazione del diritto alla tutela giurisdizionale non è fino ad oggi servita alla Corte per accogliere un'interpretazione meno rigorosa dei criteri d'impugnazione previsti dall'art. 263, par. 4, TFUE per l'impugnazione delle parti private, noto come *Plaumann test*⁹.

Il presente contributo si propone di svolgere qualche riflessione sul diritto fondamentale di accesso alla giustizia laddove, oggetto del contenzioso, siano interessi diffusi – pertanto per loro stessa natura sovraindividuali – e questi siano difesi da organizzazioni non governative o comunque da associazioni portatrici di tali interessi diffusi¹⁰, in particolare riflettendo sulle

⁷ Corte giust. 3 ottobre 2013, C-583/11 P, *Inuit*, punto 102. La giurisprudenza europea si è mostrata piuttosto rigida nei confronti degli Stati membri laddove rilevasse una mancata conformità con il rispetto del principio di garantire ai cittadini una tutela giurisdizionale effettiva.

⁸ A. ALBORS-LORENS, *Private Parties in European Community Law. Challenging Community Measures*, Oxford, 1996.

⁹ In tal senso cfr. Corte giust. ord. 1° febbraio 2001, C-300/99 e C-388/99 P, *Area Cova e a.* Tra quelle del Tribunale, cfr. Trib. 15 settembre 1998, T-109/97, *Molkerei Großbraunschweig e Bene/Commissione*; 23 novembre 1999, T-173/98, *UPA*; 27 giugno 2000, T-172/98, *Salamander/Parlamento e Consiglio*. Si veda inoltre A. ARNULL, *The Action for Annulment: A case of Double Standards?*, in D. O'KEEFE, A. BAVASSO (eds.), *Judicial review in the European Union*, Alphen aan den Rijn, 2000, p. 185; V. KRONENBERGER, P. DEJMEK, *Locus Standi of Individuals before Community Courts Under Article 230 (4) EC: Illusions and Disillusions after the Jégo-Quéré (T-177/01) and Union de Pequenos Agricultores (C-50/00) Judgments*, in *The European legal forum: Forum iuris communis Europae*, vol. 5, 2002, p. 257-272; A. WARD, *Judicial Architecture at the Cross-Roads: Private Parties and Challenge to EC Measures Post – Jégo – Quéré*, in *CYELS*, vol. 4, 2001, p. 424.

¹⁰ Quando l'interesse diffuso trova un ente esponenziale che lo rappresenta assurge alla categoria di interesse collettivo. Per quanto attiene la definizione di interesse diffuso e la differenza tra interesse collettivo e diffuso cfr. V. CAPPELLETTI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi e diffusi*, in *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, in *GI*, 1975, p. 49; A. CARRATTA, *Profili processuali della tutela degli interessi collettivi e diffusi*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, Torino, 2003, p. 79-143; M. CRESTI, *Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi*, Milano, 1992; R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008; R. FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. VIII, Torino, 1993, p. 490; M.S. GIANNINI, *La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi*, in *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, Padova, 1976, p. 23; L. MARUOTTI, *La tutela degli interessi diffusi e collettivi*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1992, p. 255; M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso, ambiguità di una formula*, in *FI*, 1987, p.

potenziali conseguenze nello sviluppo giurisprudenziale parallelo in materia ambientale e per quanto attiene la tutela dei dati personali a seguito dell'entrata in vigore del regolamento europeo n. 679/2016¹¹. Il primo settore, cioè l'ambiente, essendo considerato patrimonio comune è stato storicamente oggetto di una normativa europea dedicata per istituire un quadro comune di obblighi per le autorità pubbliche nonché di diritti per il pubblico¹². Nel 2017, la Commissione ha pubblicato una comunicazione della Commissione proprio per tutelare l'accesso alla giustizia in materia ambientale sancendo che tale diritto di accesso alla giustizia nel settore ambientale dovesse necessariamente riflettere gli interessi pubblici coinvolti¹³. Il secondo settore

15; F.G. SCOCA, *La tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del Convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Padova, 1976, p. 43 ss.; V. TROCKER, voce *Interessi collettivi e diffusi*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVII, Roma, 1989, p. 1; V. VOCIINO, *Sui cosiddetti interessi diffusi*, in *Studi in memoria di Salvatore Satta*, II, Padova, 1982, p. 1879. L'interesse viene qualificato come sovraindividuale con particolare riferimento alla categoria processuale della legittimazione a ricorrere distinguendolo dall'interesse individuale del singolo tipicamente caratterizzato da un carattere personale dell'interesse all'azione stessa. Il Consiglio di Stato, IV sez., nella sentenza del 9 gennaio 2014, n. 36 precisa che «in capo all'ente esponenziale, l'interesse diffuso, se omogeneo, in quanto comune ai rappresentati, si soggettivizza, divenendo interesse legittimo, nella forma di interesse collettivo, fermo restando che l'interesse diffuso è per sua natura indifferenziato, omogeneo, seriale». Storicamente la sentenza Cons. Stato, 9 marzo 1973, n. 253, in *FI*, 1974, p. 33, ha costituito un punto di riferimento nell'elaborazione giuridica degli interessi diffusi e della loro tutela giurisdizionale da parte della dottrina amministrativista.

¹¹ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

¹² M. DELSIGNORE, *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione con lo standing a tutela di environmental interests nella judicial review statunitense*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2013, p. 734; N. DE SADELEER, *EU Environmental Law and the Internal Market*, Oxford, 2014; M. ONIDA, *L'Europa e l'ambiente*, in G. GATTINARA, F. PAPPALARDO (a cura di), *L'Europa dei diritti: la Corte di giustizia e i cittadini dell'Unione*, Roma, 2014, p. 215; C. GODT, *Enforcement and Environmental Law by Individuals and Interests Groups: Reconceptualizing Standing*, in *Journal of Consumer Policy*, vol. 23, 2000, p. 79-105; K. TONNER, *Consumer Protection and Environmental Protection, Contradictions and Suggested Step Towards Integration*, in *Journal of Consumer Policy*, vol. 23, 2000, p. 63-78; M. HEDEMANN ROBINSON, *EC Law, the Environment and Consumers: Addressing the Challenge of Incorporating an Environmental Dimension to Consumer Protection at Community Level*, in *Journal of Consumer Policy*, vol. 20, 1997, p. 1-43.

¹³ Comunicazione della Commissione, del 18 agosto 2017, sull'accesso alla giustizia in materia ambientale, 2017/C 275/01, e comunicazione della Commissione, del 14 ottobre 2020, Migliorare l'accesso alla giustizia in materia ambientale nell'UE e nei suoi Stati membri, COM(2020) 643 final.

ovvero quello della tutela dei dati personali, in quanto diritto fondamentale, ha subito rilevanti modifiche con il sopra menzionato regolamento generale e si trova quindi oggi ad essere oggetto di nuove interpretazioni giurisprudenziali anche per quanto attiene i diritti fatti valere attraverso le associazioni di consumatori. Proprio attraverso la tutela dei dati personali sarebbe forse possibile addivenire ad un'interpretazione estensiva dei criteri di legittimazione che possano condurre ad un generale ampliamento dell'istituto. Infatti, per quanto vi siano disposizioni molto rigide sulla legittimazione ad agire avanti alla Corte di giustizia, tuttavia, analizzando le pronunce recenti della Corte stessa nei due ambiti indicati, giurisprudenza che pare estendere progressivamente il ruolo delle associazioni per la tutela degli interessi diffusi, è forse opportuno riflettere sul ruolo delle associazioni stesse quali ricorrenti non privilegiati nel quadro giuridico dell'Unione come strumento di completamento per l'*enforcement* della normativa applicabile¹⁴. È inoltre necessario chiedersi se la sola possibilità di tutela giurisdizionale risieda nell'accesso al giudice europeo o se invece tale tutela sia demandata al giudice nazionale nei settori di analisi ivi proposto e, conseguentemente, in quale modalità essa sia effettivamente realizzata¹⁵.

Se la procedura d'infrazione costituisce l'elemento cardine di controllo pubblico da parte della Commissione, l'impugnazione avanti al giudice dell'Unione da parte delle associazioni per la tutela degli interessi diffusi può costituire uno strumento di pressione di *private enforcement* per il completamento del controllo e il conseguimento delle finalità prefissate dalla normativa europea. Come statuito dalla Commissione al punto 5 della pre-

¹⁴ P. FATTORI, *La legittimazione attiva e passiva all'azione antitrust*, in L. F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Milano, 2020, p. 373-380; A. POSTIGLIONE, *The role of judiciary in the implementation and enforcement of environment law*, Bruxelles, 2018, p. 460-492.

¹⁵ Sul ruolo complementare nella tutela giurisdizionale tra rinvio pregiudiziale e ricorso per annullamento si v. R. BARATTA, *National Courts as "Guardians" and "Ordinary Courts" of EU Law: Opinion 1/09 of the ECJ*, in *LIEI*, vol. 38, n. 1, 2011, p. 317; A. BIONDI, *Rapports: European Court of Justice: Effectiveness Versus Efficiency: Recent Development on Judicial Protection in EC Law*, in *EPL*, vol. 6, n. 3, 2000, p. 311; C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, *The Action For Annulment, The Preliminary Reference on Validity and the Plea of Illegality: Complementary or Alternative Means?*, in *YEL*, 2006, p. 451; T.M. MOSCHETTA, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale di validità e ricorso d'annullamento alla luce della "deroga TWD". Nota a commento della sentenza Georgsmarienhütte*, in *EJ*, n. 2, 2019, p. 1-10; O. PORCHIA, *L'effettività del diritto dell'Unione tra tutela del singolo e salvaguardia dell'ordinamento*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli, 2014, p. 2311; P. IANUCELLI, *La Corte di giustizia e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: Quousque Tandem?*, in *DUE*, n. 2, 2018, p. 281

detta comunicazione «garantire che le persone fisiche e le ONG abbiano accesso alla giustizia ai sensi della convenzione di Aarhus non solo rispetta un impegno internazionale, ma è anche un mezzo importante per migliorare l'attuazione da parte degli Stati membri del diritto ambientale dell'Unione» senza che la Commissione debba, ogni volta, intervenire attraverso una procedura di infrazione¹⁶.

Il fatto che «la cura dell'interesse pubblico generale sia rimessa all'amministrazione non toglie, tuttavia, che essa sia soggettivamente riferibile, sia pur indistintamente, a formazioni sociali, e che queste ultime, nella loro dimensione associata, rappresentino gli effettivi e finali fruitori del bene comune della cui cura trattasi. Le situazioni sono infatti diverse ed eterogenee: l'amministrazione ha il dovere di curare l'interesse pubblico e dunque gode di una situazione giuridica capace di incidere sulle collettività e sulle categorie; le associazioni rappresentative delle collettività o delle categorie invece incarnano l'interesse sostanziale, ne sono fruitrici, e dunque la situazione giuridica della quale sono titolari è quella propria dell'interesse legittimo, id est, quella pertinente alla sfera soggettiva dell'associazione, correlata a un potere pubblico, che, sul versante processuale, si pone in senso strumentale ad ottenere tutela in ordine a beni della vita, toccati dal potere riconosciuto all'amministrazione»¹⁷.

Nel settore ambientale, la questione dell'accesso alla giustizia si presenta come tema ricco di spunti di riflessione in quanto l'interesse da tutelare non è evidentemente un interesse individuale, ma piuttosto un interesse diffuso e collettivo¹⁸. La Corte ha sottolineato come, per alcune caratteristiche non

¹⁶ Per un'analisi della genesi della Convenzione di Aarhus, si veda J. JENDROSKA, *Accès à la justice: remarques sur le statut juridique et le champ des obligations de la convention d'Aarhus dans le contexte de l'Union européenne*, in *Revue juridique de l'environnement*, numero speciale, 2009, p. 31-49.

¹⁷ Cons. Stato, 11 dicembre 2019, n. 6, punto 4.1.

¹⁸ F. ROLANDO, *La tutela del diritto di accesso alla giustizia in materia ambientale nell'Unione europea*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauo*, cit., p. 1219-1243; C. WARIN, *Individual rights and collective interests in EU law: three approaches to a still volatile relationship*, in *CMLR*, vol. 56, n. 2, 2019, p. 463-487. Si veda, inoltre, sul punto la ricostruzione illustrata da S. VILLANI, *L'accesso alla giustizia ambientale da parte delle ong nel quadro giuridico dell'Unione europea alla luce della prassi recente*, in *EJ*, n. 1, 2023, p. 149-172. Per quanto attiene l'interpretazione nel diritto nazionale cfr. F. GIGLIONI, *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 1, 2015, p. 413; R. LEONARDI, *L'esclusione della legittimazione ad agire degli enti locali nell'azione risarcitoria in tema di danno ambientale: la negazione del "federalismo ambientale"*, in *Il Foro amministrativo TAR*, n. 9, 2013, p. 2925.

dissimili su tale profilo, anche la tutela dei dati personali assurge, almeno in parte, a tutela di un interesse collettivo¹⁹. Alcuni Stati membri, come per esempio il Belgio e l'Irlanda, nel quadro del diritto antidiscriminatorio o del diritto ambientale, consentono alle associazioni di presentare ricorso anche nei casi in cui non sia possibile identificare una vittima precisa attraverso lo strumento delle azioni collettive²⁰. Il sistema giurisdizionale svedese, polacco e quello olandese riconoscono margini più ampi per il ricorso delle associazioni, anche nel settore del diritto del lavoro, dei consumatori e della tutela degli investimenti bancari²¹. Sostanzialmente la giurisprudenza, riconoscendo alle associazioni senza scopo di lucro legalmente riconosciute dal diritto interno degli Stati membri, una legittimazione attiva all'azione che generalmente spetta solo alla vittima o al suo rappresentante legale e che in ogni caso la disciplina processuale avanti al giudice dell'Unione prevede con criteri ben più rigidi, che sono apparsi forse troppo rigidi, ampliando le maglie interpretative dei criteri sanciti per il riconoscimento di tale legittimazione, mira a garantire il rispetto del diritto fondamentale di accesso alla giustizia²². Grazie alla sentenza *Meta Platforms* viene realizzato tale ampliamento, seppur con una portata puntuale *ratione materiae*, poiché in applicazione di una precisa disposizione regolatoria – l'art. 80 del regolamento generale sulla

¹⁹ Corte giust. 28 aprile 2022, C-319/20, *Meta Platforms*, punti 42-47.

²⁰ Cfr. D. SICLARI, *Profili di diritto processuale amministrativo: class actions e tutela degli interessi collettivi e diffusi*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. 1, Milano, 2012, p. 404 ss.

²¹ Si veda sul punto M. ELIANTONIO, C. BAKES, T. SPRONKEN, *Standing up for your right(s) in Europe – A Comparative study on Legal Standing (Locus Standi) before the EU and Member States' Courts*, Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), agosto 2012, ref. PE 462.478. Si segnala che il sistema giurisdizionale olandese è il solo a conoscere una vera alternativa per le controversie inerenti agli interessi collettivi. Nei Paesi Bassi viene offerta una possibilità ad un'associazione che rappresenta gli interessi di coloro che hanno subito un danno di raggiungere un accordo stragiudiziale di risarcimento in nome e per conto degli individui danneggiati che potrà essere sottoposto per approvazione e convalida alla Corte d'Appello di Amsterdam diventando così vincolante per tutti i soggetti coinvolti desistendo così dalla risoluzione in via giudiziale.

²² I. ANRÒ, *Il caso Englaro di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo: un confronto con la Corte di giustizia delle Comunità europee circa la legittimazione ad agire delle associazioni a difesa dei diritti dell'uomo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 14 maggio 2009; E. BIERNAT, *The Locus Standi of Private Applicants under article 230 (4) EC and the Principle of Judicial Protection in the European Community*, Jean Monnet Working Paper n. 12, 2003, NYU School of Law, New York; M. ONIDA, *Accesso alla giustizia ambientale nell'Unione europea: un percorso ancora incompiuto?*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, vol. 29, n. 3-4, 2014, p. 441-449; S. VILLANI, *op. cit.*.

protezione dei dati – e intrecciando inoltre nel ragionamento giuridico della Corte la materia della concorrenza²³, arrivando così a garantire la tutela dei diritti sanciti dal regolamento generale per la tutela dei dati personali «indipendentemente dalla violazione di specifici diritti di determinati interessati e da un mandato conferito da questi ultimi»²⁴.

2. *Il ruolo delle associazioni per la tutela di interessi collettivi*

La categoria degli interessi diffusi ricomprende tutti quegli interessi che, privi di un titolare individuale direttamente riguardato, sono comuni ad una collettività intesa nel suo complesso²⁵. Un interesse diffuso diviene interesse collettivo quando il gruppo che ne è portatore possiede un'organizzazione di tipo associativo che si configura come ente esponenziale²⁶. L'interesse diffuso è un interesse sostanziale che eccede la sfera dei singoli per assumere una connotazione condivisa e non esclusiva, quale interesse generale in relazione ad un bene dal cui godimento individuale nessuno può essere escluso, ed il cui godimento non esclude quello di tutti gli altri. L'interesse diviene quindi suscettibile di tutela, quale sintesi e non sommatoria dell'interesse di tutti gli appartenenti alla collettività. Le ONG attraverso le loro attività di orientamento delle politiche di riferimento e di *lobby* sono soggetti rilevanti e peculiari da considerare poiché fortemente attive nel quadro giuridico dell'Unione in particolare con riferimento al dialogo interistituzionale durante il processo di adozione degli atti legislativi dell'Unione²⁷.

²³ Sui rapporti tra diritto antitrust e protezione dei dati personali cfr. P. MANZINI, *Antitrust e privacy: la strana coppia*, in AA.VV., *Quaderni AISDUE*, 2023, vol. V, p. 196 ss. e la sentenza ivi commentata Corte giust. 4 luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms e a. (Condizioni generali d'uso di un social network)*.

²⁴ *Meta Platforms*, sopra citata, punto 42.

²⁵ G. CONTALDI, *La tutela degli interessi collettivi nel diritto dell'Unione europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, n. 1, 2020, p. 10-25.

²⁶ Per la distinzione cfr. M.S. GIANNINI, *op. cit.*

²⁷ K. ARMSTRONG, *Rediscovering Civil Society: The European Union and the White Paper on Governance*, in *ELJ*, vol. 8, n. 1, 2002, p. 102; R. BENNETT, *Business Routes of Influence in Brussels: Exploring the Choice of Direct Representation*, in *Political Studies*, vol. 47, n. 2, 1999, p. 240; P. BOUWEN, *Corporate Lobbying in the European Union: the Logic of Access*, in *JEPP*, vol. 9, n. 3, 2002, p. 365; J. BUTLER, *Non-Governmental Organisation Participation in the EU Law-making Process: The Example of Social Non-governmental Organisations at the Commission, Parliament and Council*, in *ELJ*, vol. 14, n. 5, 2008, p. 558; N.V. BURLINOVA, *The Role of NGOs in International Relations and Public Diplomacy*, in *Journal of International Analytics*,

Anche al fine di garantire costante legittimazione democratica all'attività del legislatore dell'Unione, il ruolo di collaborazione alle ONG è attribuito dallo stesso Trattato con la previsione dell'art. 11, par. 1, TUE, laddove sancisce che «le istituzioni danno ai cittadini e alle associazioni rappresentative, attraverso gli opportuni canali, la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione». Inoltre, conformemente a quanto disposto nel par. 2, «le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile». Conseguentemente, le molteplici comunicazioni della Commissione sul punto sottolineano l'importanza di includere le ONG nelle consultazioni e nei rapporti interistituzionali durante i negoziati per l'adozione degli atti europei²⁸. L'analisi quindi del *locus standi* delle associazioni, per quanto attenga un profilo strettamente processuale, coinvolge in realtà delle considerazioni che afferiscono al profilo di politica giudiziaria poiché, come sottolineato da autorevole dottrina la previsione di disposizioni uniformi sulle azioni collettive renderebbe più fluido il funzionamento del mercato interno²⁹.

Pur riconoscendo il ruolo potenzialmente cruciale attribuibile ai meccanismi di tutela degli interessi collettivi, il sistema dell'Unione non ha

vol. 13, n. 1, 2022, p. 110-123; B. DRELICH-SKULSKA, M. DOMITER, *The European Union as a Platform for the European NGOs' Operations: Market Versus Democracy*, in *Eurasian Economic Perspectives*, 2020, p. 155-167; M. ELIANTONIO, *Collective Redress in Environmental Matters in the EU: A Role Model or a 'Problem Child'?*, in *LIEI*, vol. 41, n. 3, 2014, p. 257 ss.; E. FASOLI, *Legal Standing of NGOs in Environmental Disputes in Europe*, in N. BOSCHIERO, T. SCOVAZZI, C. PITEA, C. RAGNI (eds.), *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*, The Hague, 2013, p. 337-347; C. GODT, *Enforcement and Environmental Law by Individuals and Interests Groups: Reconceptualizing Standing*, in *Journal of Consumer Policy*, vol. 23, n. 1, 2000, p. 79-105; J. JANS, A. MARSEILLE, *The Role of NGOs in Environmental Litigation against Public Authorities: Some Observations on Judicial Review and Access to Court in the Netherlands*, in *Journal of Environmental Law*, vol. 22, n. 3, 2010, p. 373-390; G. LEONELLI, *Access to the EU Courts in Environmental and Public Health Cases and the Reform of the Aarhus Regulation: Systemic Vision, Pragmatism, and a Happy Ending*, in *YEL*, 2021, p. 230.

²⁸ Commission Discussion Paper, *The Commission and Non-Governmental Organisations, Building Stronger Partnerships*, 18 January 2000, COM(2000) final; Commission Communication, *Towards a Reinforced Culture of Consultation and Dialogue-General Principles and Minimum Standards for Consultation of Interested Parties by the Commission*, 11 December 2002, COM(2002) 704 final; Commission Communication, *European Transparency Initiative: A Framework for relations with interest representatives (Register and Code of Conduct)*, 27 May 2008, COM(2008) 323 final.

²⁹ G. CONTALDI, *op. cit.*

stimolato il coinvolgimento di soggetti terzi nel contenzioso, come invece l'ordinamento statunitense, attraverso le *class action*³⁰. Nel sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione, infatti, come sottolineato in dottrina, le ONG possono prendere attivamente parte alle questioni innanzi alla Corte di giustizia in qualità di soggetti intervenienti *ex art. 40* dello Statuto se possono dimostrare di avere un interesse concreto alla soluzione della controversia pendente oppure, in casi piuttosto limitati, in qualità di ricorrenti³¹. Nel primo caso l'intervento del soggetto terzo deve essere basato esclusivamente sulla volontà dello stesso di prendere parte alla controversia perché concretamente interessato alla risoluzione dell'oggetto di causa e non sarà invece possibile nell'analisi del rinvio pregiudiziale per la natura non contenziosa di tale procedimento³². L'istanza di intervento per essere ammessa deve contenere nelle conclusioni l'adesione parziale o totale a quelle di una delle parti senza che possano essere sollevati motivi autonomi³³. La natura dell'intervento processuale del terzo è quindi intrinsecamente *ad adiuvandum* di una delle parti, non essendo in alcun modo sufficiente un interesse generico per la conclusione della controversia³⁴. La giurisprudenza, con interpretazione alquanto restrittiva, ha inoltre chiarito che l'interesse dell'associazione rappresentativa istante deve anche essere specifico per una determinata area geografica o tematica e non può riguardare in maniera generale la tutela dei mari, della flora o delle acque³⁵.

Inoltre, come anticipato le associazioni rappresentative possono, seppur in maniera estremamente limitata, contestare un atto delle istituzioni europee in qualità di ricorrenti non privilegiati avviando un ricorso in annullamento *ex art. 263* TFUE. I requisiti per la legittimazione ad agire in questo

³⁰ R. CAPONI, *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in *Rivista di diritto processuale*, vol. 63, n. 5, 2008, p. 1218 ss.; G. CONTALDI, *op. cit.*

³¹ S. VILLANI, *op. cit.*, in particolare p. 151-158.

³² K. LENAERTS, I. MASELIS, K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford, 2015, p. 826; F. PILI, *Art. 40 dello Statuto*, in A. AMALFITANO, C. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea. Commento articolo per articolo*, Napoli, 2017, p. 196 ss.; M. TRISTAN, *La procédure en intervention devant la Cour de justice de l'Union européenne*, in *CDE*, vol. 49, n. 1, 2013, p. 77 ss.

³³ Trib. 9 giugno 2010, T-237/05, *Editions Odile Jacob/Commissione*, punto 36; 14 marzo 2013, T-587/08, *Fresh Del Monte Produce/Commissione*, punto 538.

³⁴ Trib. ord. 27 novembre 2013, T-462/12 R, *Pilkinton Group/Commissione*, punto 16.

³⁵ Cort giust. 6 ottobre 1982, 307/81, *Alusuisse/Consiglio e Commissione*, punto 8; Trib. 10 luglio 2000, T-54/00 R, *Federación de Cofradías de Pescadores de Guipúzcoa/Consiglio*, punto 15; Trib., 7 luglio 2004, causa T-37/04 R, *Região autónoma dos Açores/Consiglio*, punto 33; ord. 8 settembre 2005, T-295/04, *ASAJA/Consiglio*, punto 31.

caso sono contenuti al par. 4 dell'articolo e declinate dalla giurisprudenza della Corte, in particolare dalla giurisprudenza *Plaumann*³⁶. Le condizioni ampiamente analizzate, criticate in dottrina e considerate già particolarmente restrittive per i ricorrenti non privilegiati – ovvero essere individualmente e direttamente riguardati – riflettono specifiche caratteristiche del sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione. È stata ampiamente sottolineata la riluttanza di tale contenzioso ad ammettere i ricorsi privati per l'annullamento di atti delle istituzioni³⁷. Nel caso *Greenpeace* il Tribunale ha rifiutato di applicare il *Plaumann test* diversamente nel settore ambientale e la Corte ha confermato che le associazioni ambientali locali della Canarie dovevano comunque dimostrare di essere individualmente riguardate dalla decisione dello Stato spagnolo³⁸. Forse tali limitazioni dovrebbero oggi essere riviste in

³⁶ Corte giust. 15 luglio 1963, 25/62, *Plaumann*.

³⁷ Senza pretesa di completezza si segnalano G. AGRATI, *I limiti della formula Plaumann in tema di diritto ambientale: brevi note alla sentenza della Corte di giustizia nella causa C-565/19 P, Carvalho e a. c. Parlamento e Consiglio*, in *EJ*, 23 maggio 2021; C. AMALFITANO, *Standing (Locus Standi) – Court of Justice of European Union (CJEU)*, in *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2021; A. ARNULL, *Private Applicants and the Action for Annulment since Codorniu*, in *CMLR*, vol. 38, n. 1, 2001, p. 7-52; M. C. BARUFFI, *La tutela dei singoli nei procedimenti amministrativi comunitari*, Milano, 2001; M.C. BARUFFI, *I diritti sociali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Guida al lavoro*, n. 5, 2010, p. 44-49; S. M. CARBONE, *Le procedure innanzi alla Corte di giustizia a tutela delle situazioni giuridiche individuali dopo il Trattato di Lisbona*, in *SIE*, 2008, p. 239; M. JAEGER, *L'accès des personnes physiques ou morales à la justice: les premières interprétations par le Tribunal des nouvelles dispositions de l'article 263, quatrième alinea, TFUE*, in AA.VV., *L'Europe des droits fondamentaux (Mélanges en hommage à Albert Weitzel)*, Paris, 2013, p. 121-125; K. JURIMAE, *Standing in State Aid Cases: What's the State of Play*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2010, vol. 9, n. 2, p. 303-321; D. HANF, *Facilitating Private Applicants Access to the European Courts? On the Possible Impact of the CFI's Ruling in Jégo-Quéré*, in *GLJ*, vol. 7, n. 3, 2002, p. 1 ss.; L. HORNKOHL, *The CJEU dismissed the People's Climate Case as inadmissible: the limit of Plaumann is Plaumann*, in *European Law Blog*, 6 aprile 2021; K. LENAERTS, *The legal protection of private parties under the EC Treaty: a coherent and complete system of judicial review?*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, 1998, p. 591 ss.; R. MASTROIANNI, A. PEZZA, *Access of individuals to the European Court of justice of the European Union under the new text of article 263, para. 4, TFEU*, in *RIDPC*, 2014, p. 923; C. SOBOTTA, *Species Protection in the Environmental Assessment – Assembling the Puzzle*, in *Journal for European Environmental & Planning Law*, vol. 10, n. 3, 2013, p. 233-249; S. POLI, *The Legal Standing of Private Parties in the Area of State Aids after the Appeal in Commission v. Kronoply/Kronotex*, in *LIEI*, vol. 39, n. 1, 2012, p. 357-379; J.L. ROUIS, T. RONSE, *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Paris-Bruxelles, 2005, p. 67-81.

³⁸ Trib. ord. 9 agosto 1995, T-585/93, *Greenpeace/Commissione* e Corte giust. 2 aprile 1998, C-321/95 P, *Greenpeace/Commissione*.

favore di un'estensione dei criteri di legittimazione che raggiungono invece la loro massima rigidità interpretativa laddove i ricorrenti sono portatori di un interesse collettivo poiché per loro stessa natura tali soggetti hanno obiettivi e interessi da tutelare appunto diffusi mentre i destinatari del regolamento oggetto d'impugnazione, anche senza una misura di esecuzione³⁹, devono dimostrare al contrario di appartenere ad un gruppo specifico di soggetti tale da soddisfare appunto la condizione di essere individualmente e direttamente riguardati⁴⁰. Per quanto l'ampliamento della legittimazione ad agire sia stato operato in via giurisprudenziale, come per esempio nel caso *Inuit* e *Telefónica*, non è stato tuttavia possibile fino ad oggi leggere una coerenza tale nelle decisioni della Corte da portare, a sommosso parere dello scrivente, al riconoscimento di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva

³⁹ Si segnala sul punto l'approccio della Corte che richiede di verificare se l'atto impugnato sia immediatamente esecutivo e se quindi ne derivino direttamente effetti per le posizioni giuridiche dei singoli o se vi sia un ulteriore provvedimento di esecuzione che in questo caso dovrà essere l'oggetto dell'impugnazione. «Qualora un atto regolamentare produca direttamente effetti sulla situazione giuridica di una persona fisica o giuridica senza richiedere misure di esecuzione, quest'ultima rischierebbe di essere privata di tutela giurisdizionale effettiva se non disponesse di un rimedio diretto dinanzi al giudice dell'Unione al fine di contestare la legittimità di detto atto regolamentare. Infatti, in assenza di misure di esecuzione, una persona fisica o giuridica, ancorché direttamente interessata dall'atto in questione, non sarebbe in grado di ottenere un controllo giurisdizionale dell'atto se non dopo aver violato le disposizioni dell'atto medesimo facendone valere l'illegittimità nell'ambito dei procedimenti avviati nei suoi confronti dinanzi ai giudici nazionali» (Corte giust. 19 dicembre 2013, C-274/12 P, *Telefonica/Commissione*, punto 27). In dottrina cfr. B. CHEYNEL, *Recevabilité des recours au titre de l'article 263, quatrième alinéa, in fine, TFUE: les contours de la notion d'acte ne comportant pas de mesures d'exécution*, in *Revue Lamy de la concurrence: droit, économie, régulation*, n. 39, 2014, p. 109-111; P. NIHOUL, *Arrêt Telefonica s.a. c. Commission: les recours en annulation introduits par des particuliers contre les actes réglementaires européens en l'absence de mesure d'exécution*, in *Journal de droit européen*, n. 208, 2014, p. 156-159.

⁴⁰ A. ARNULL, *Arret "Inuit": la recevabilité des recours en annulation introduits par des particuliers contre des actes réglementaires*, in *Journal de droit européen*, n. 205, 2014, p. 14 ss.; 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*, vol. 40, n. 6, 2018, p. 753 ss; N. DE SADELEER, G. ROLLER, M. DROSS, *Access to Justice in Environmental Matters and the Role of NGOs: empirical findings and legal appraisal*, Groningen, 2005; L. KRAMER, *Public interest litigation in environmental matters before European courts*, in *Journal of Environmental Law*, vol. 8, n. 1, 1996, p. 1 ss.; M. MIGLIORANZA, *Il ricorso di annullamento tra verifica della legittimità degli atti comunitari e garanzia degli interessi dei cittadini*, in *RIDPC*, 2004, p. 1512; M. VAN WOLFEREN, *The limits to the CJEU's interpretation of Locus Standi, a Theoretical Framework*, in *Journal of Contemporary European Research*, 2016, p. 914 ss.; S. VILLANI, *op. cit.*, p. 155.

per i ricorrenti non privilegiati⁴¹. Si propone quindi di svolgere alcune riflessioni nei prossimi paragrafi circa la materia ambientale e quella della tutela dei dati proprio per comprendere se le aperture giurisprudenziali operate dalla Corte di giustizia in tali materie possano influenzare in maniera più ampia l'istituto processuale della legittimazione attiva nel prossimo futuro.

3. *La legittimazione processuale in ambito ambientale*

Oltre agli strumenti di tutela giurisdizionale sopra discussi, il sistema di tutela giurisdizionale è completato dagli strumenti esperibili in sede internazionale. Con riguardo al ricorso che può essere avviato avanti alla Corte EDU, pur non essendo previsto nella CEDU il diritto alla tutela ambientale, la giurisprudenza di Strasburgo lo ha incluso nell'alveo del diritto alla vita e del diritto al rispetto per la vita privata e familiare⁴². Inoltre, l'Unione ha adottato la Convenzione di Aarhus che prevede la partecipazione del pubblico ai processi decisionali in materia ambientale e garantisce l'accesso alla giustizia in tale materia ai singoli e alle ONG in caso di violazioni delle disposizioni convenzionali⁴³. Il diritto derivato dell'Unione riconosce quindi il

⁴¹ Corte giust. 3 ottobre 2013, C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami*, punto 98 e *Telefonica/Commissione*, sopra citata. In dottrina cfr. M. E. BARTOLONI, *La nozione di "atto regolamentare" nell'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e i suoi riflessi sul ricorso individuale di invalidità*, in *DUDI*, 2014, p. 249-253; L. COUTRON, *L'héritage de l'arrêt UPA*, in *L'actualité juridique. Droit administratif*, n. 10, 2014, p. 548-556; S. DENYS, *Article 263, alinéa 4 TFUE*, in *Europe*, 2013, Décembre, Comm. n. 12, p. 26-27; F.-V. GUIOT, *L'affaire Inuit: une illustration des interactions entre recours individuel et équilibre institutionnel dans l'interprétation de l'article 263 du TFUE*, in *RTDE*, vol. 50, n. 2, 2014, p. 389-408; A. KORNEZOV, *Shaping the New Architecture of the EU System of Judicial Remedies: Comment on Inuit*, in *ELR*, n. 2, 2014, p. 251-263; R. STREINZ, *Individualrechtsschutz im Kooperationsverhältnis*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2014, p. 17-21; D. WÄELBROECK, T. BOMBOIS, *Des requérants "privilegiés" et des autres. À propos de l'arrêt Inuit et de l'exigence de protection juridictionnelle effective des particuliers en droit européen*, in *CDE*, vol. 50, n. 1, 2014, p. 22-75.

⁴² Corte EDU 9 dicembre 1994, ric. n. 16798/90, *Lopez Ostra/Spagna*, punto 58; 10 novembre 2004, ric. n. 46117/99, *Taskin/Turchia*, punto 126.

⁴³ La Convenzione di Aarhus in vigore dal 30 ottobre 2001 è stata approvata a nome dell'Unione a mezzo della decisione 2005/370/CE del Consiglio, del 17 febbraio 2005, che la recepisce nel *corpus* normativo del diritto dell'Unione unitamente alla direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale e al regolamento n. 1367/2006 che impone l'attuazione degli obblighi derivanti dalla Convenzione. Per un quadro generale della Convenzione di Aarhus cfr. E. BARRIT, *The Foundations of the Aarhus Convention: Environ-*

più ampio diritto alla tutela ambientale. Tale diritto per espressa previsione convenzionale – art. 9, par. 2 – può essere fatto valere anche dalle associazioni portatrici di interessi diffusi. L'Avvocato generale Kokott in una delle controversie che verranno poi presentate aveva fatto espresso riferimento alla giurisprudenza *Fadeyeva* della Corte europea dei diritti dell'uomo per garantire un risarcimento del danno ad una cittadina russa che risiedeva in una zona altamente inquinata, nei pressi di una acciaieria, con superamento dei valori soglia limite, riconoscendole così gravi danni alla salute in violazione dell'art. 8 CEDU⁴⁴.

In via generale, la base della legittimazione ad agire varia a seconda dell'oggetto della decisione, dell'atto o dell'omissione che si intende contestare. In questo senso, possono essere formulate quattro categorie principali: le richieste di informazioni ambientali e il conseguente diritto a ricevere informazioni; le attività specifiche soggette a requisiti di partecipazione del pubblico; le richieste di intervento ai sensi delle norme sulla responsabilità ambientale; infine, altre materie, come la legislazione nazionale di attuazione, gli atti normativi generali, i piani e i programmi locali di attuazione. Per quanto riguarda la prima categoria, il diritto ambientale dell'Unione conferisce alle persone fisiche e giuridiche il diritto di richiedere informazioni ambientali ai sensi della direttiva 2003/4/CE in materia di accesso alle informazioni ambientali. Nel quadro di tale normativa, qualsiasi persona fisica o giuridica che presenti una richiesta di informazioni è legittimata a contestare una decisione, un atto o un'omissione dell'autorità pubblica responsabile del trattamento di tale richiesta. Quindi sebbene la giurisprudenza *Greenpeace* degli anni '90 sopracitata avesse negato un approccio estensivo dei criteri di riconoscimento del *locus standi* per individui e associazioni ambientali locali, tuttavia la materia ambientale ha successivamente beneficiato di significative modifiche giurisprudenziali in applicazione della normativa di diritto derivato e dalla Convenzione di Aarhus.

Nella causa *Trianel* una ONG aveva intentato avanti al giudice amministrativo tedesco un'azione volta ad ottenere l'annullamento dell'autorizzazione a costruire e gestire una centrale elettrica alimentata a carbone nel sito di Lunen⁴⁵. Il tribunale tedesco aveva reputato che, in applicazione del-

mental Democracy, Rights and Stewardship, Oxford, 2020; R. TAVARES LANCIERO, *ClientEarth v. Commission and ECHA (C-458/19 P): A lost opportunity to clarify the Aarhus Regulation*, in *EU Law Live*, 15 October 2021.

⁴⁴ Corte EDU 9 giugno 2005, ric. n. 55723/00, *Fadeyeva/Russia*.

⁴⁵ Corte giust. 12 maggio 2011, C-115/09, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen*.

la normativa interna di recepimento della direttiva, una ONG non potesse esperire un ricorso per violazione poiché carente del requisito di far valere la “violazione dei propri diritti”. Il giudice del rinvio chiedeva quindi se sia conforme alle disposizioni europee una normativa che non riconosce alle organizzazioni non governative che operano a favore della tutela dell’ambiente la possibilità di far valere in giudizio la violazione di una norma che protegge soltanto gli interessi della collettività e non quelli dei singoli. In questo caso la Corte di Lussemburgo, allineando le disposizioni europee con le previsioni della Convenzione di Aarhus, aveva ritenuto che lo Stato membro non potesse far dipendere la legittimazione ad agire delle organizzazioni ambientali dalla nozione di diritti individuali in base alla normativa nazionale poiché tale normativa discendeva direttamente dal diritto dell’Unione che definiva chiaramente gli obblighi nel settore di riferimento. Pertanto, sebbene «spetti all’ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e disciplinare le modalità procedurali dei ricorsi diretti a garantire la salvaguardia dei diritti che i singoli vantano in forza del diritto dell’Unione, tali modalità non devono essere meno favorevoli di quelle riguardanti ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico dell’Unione (principio di effettività)»⁴⁶.

L’ampliamento del criterio di legittimazione nel presente caso era stato argomentato dalla Corte di giustizia a partire dall’obiettivo della direttiva 85/337, ovvero quello di garantire al pubblico interessato un ampio accesso alla giustizia, da una parte, nonché con il principio di effettività, dall’altra. Infatti, come emerge dalla controversia nella causa principale, ciò le priverebbe in larga misura della possibilità di far verificare il rispetto di norme derivanti da tale diritto, che sono, per la maggior parte dei casi, rivolte all’interesse pubblico e non alla sola protezione degli interessi dei singoli considerati individualmente. La nozione di “violazione di un diritto” non può quindi essere fatta dipendere da condizioni che solo altre persone fisiche o giuridiche possono soddisfare, come, ad esempio, la condizione di essere più o meno prossimi ad un impianto o quella di subire in un modo o in un altro gli effetti del suo funzionamento. La medesima impostazione era stata tenuta dalla Corte nell’ottobre 2009 laddove, confermando le conclusioni sul caso dell’Avvocato generale Sharpston, aveva stabilito che uno Stato membro non potesse riconoscere la legittimazione processuale alle sole associazioni am-

⁴⁶ *Ivi*, punto 43.

bientaliste con un numero minimo di soci aderenti all'associazione stessa⁴⁷. Infatti, laddove la normativa interna svedese prevedeva che il requisito per le associazioni senza scopo di lucro di presentare ricorso in materia ambientale fosse quello di essere costituite da almeno 3 anni e con almeno duemila aderenti, violava il diritto di accesso alla giustizia poiché le organizzazioni non governative dedite alla protezione dell'ambiente vantano automaticamente la qualità di pubblico interessato⁴⁸. Il conferimento del diritto di accesso alla giustizia deriva direttamente dalle disposizioni della direttiva e non dipende dalla partecipazione dell'associazione alla previa fase amministrativa di valutazione dell'impatto ambientale.

Nei casi sopra riportati viene sottolineato come il soggetto che ha promosso il ricorso *a quo* non è una persona fisica o giuridica privata, bensì un'organizzazione non governativa per la protezione dell'ambiente in quanto interesse diffuso. In tali situazioni quindi la Corte di Lussemburgo, accogliendo i ricorsi, ha operato l'ampliamento dei criteri posti alla base della legittimazione ad agire.

Sebbene non direttamente connesso con il profilo della legittimazione processuale, tuttavia recentemente, i giudici della Corte dell'Unione sono stati chiamati a valutare un profilo strettamente connesso con la questione dell'ampliamento dei criteri di tutela giurisdizionale del singolo. Nella questione in oggetto, sebbene vi fossero significative aspettative sulla pronuncia della Corte inerente la qualità dell'aria, soprattutto a seguito delle conclusioni dell'Avvocato generale⁴⁹, tuttavia la Corte non si è mostrata particolarmente audace preferendo rinviare alle valutazioni del giudice nazionale e rimettendo quindi proprio a lui, attraverso il meccanismo della complementarità delle azioni giurisdizionali nel sistema europeo, l'eventuale responsabilità dello Stato che possa sorgere a condizioni meno restrittive sulla base del diritto interno quale elemento che possa «essere rilevante ai fini dell'accertamento della responsabilità delle autorità pubbliche su un fondamento diverso dal diritto dell'Unione. Tale conclusione non esclude neppure l'eventuale pronuncia, da parte dei giudici dello Stato membro interessato, di ingiunzioni accompagnate da penalità volte a garantire il rispetto, da parte di tale Stato, degli obblighi derivanti dall'articolo 13, paragrafo 1, e dall'articolo 23, paragrafo 1, della direttiva 2008/50, e dalle disposizioni analoghe

⁴⁷ Corte giust. 15 ottobre 2009, C-263/08, *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening*.

⁴⁸ Conclusioni dell'Avv. gen. Sharpston, del 2 luglio 2009, C-263/08, *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening*, punto 43.

⁴⁹ Corte giust. 22 dicembre 2022, C-61/21, *Ministre de la Transition écologique e Premier ministre* (Responsabilité de l'État pour la pollution de l'air).

delle direttive precedenti, come le ingiunzioni accompagnate da penalità pronunciate in diverse recenti sentenze dal Conseil d'État (Consiglio di Stato, Francia)»⁵⁰.

La controversia è stata risolta senza un riconoscimento dei diritti risarcitori in capo ai singoli sebbene la Corte abbia riconosciuto un chiaro obbligo per gli Stati membri a rimanere entro il limite fissato dai valori soglia europei per gli inquinanti atmosferici⁵¹. Ai fini del presente ragionamento si sottolinea come la Corte abbia però indicato la possibilità per i singoli di ricevere una tutela complementare in ambito nazionale, ivi inclusa la tutela cautelare. In particolare, con il rinvio pregiudiziale effettuato dalla Corte d'appello amministrativa del distretto di Versailles nella causa C-61/21, la Corte di giustizia ha avuto l'opportunità di valutare il ricorso proposto da un singolo che, ricorrente nella causa principale, chiedeva che il prefetto del dipartimento della Val d'Oise – agglomerato di Parigi – adottasse misure volte a rispettare i valori limite fissati dalla direttiva 2008/50 per la qualità dell'aria. Il singolo ricorrente chiedeva inoltre il risarcimento, da parte dello Stato, dei diversi danni che egli imputava all'inquinamento dell'aria ambientale, stimandoli in 21 milioni di euro. Gli effetti nocivi derivanti dalla cattiva qualità dell'aria si sarebbero verificati dal 2003, peggiorando addirittura nel corso del tempo. Il giudice del rinvio chiedeva quindi se le norme applicabili del diritto dell'Unione europea derivanti dalle disposizioni della direttiva 2008/50 dovessero essere interpretate nel senso che attribuiscono ai singoli, in caso di violazione sufficientemente qualificata da parte di uno Stato membro dell'Unione europea degli obblighi che ne derivano, un diritto a ottenere dallo Stato membro in questione il risarcimento dei danni causati alla loro salute che presentano un nesso di causalità diretto e certo con il deterioramento della qualità dell'aria⁵².

L'Avvocato generale Kokott, nelle sue conclusioni del 5 maggio 2022, richiamando una giurisprudenza precedente, ha ricordato che «la Corte ha già evocato la possibilità di un diritto al risarcimento dei danni in base al di-

⁵⁰ *Ivi*, punti 63 e 64.

⁵¹ M. MANFREDI, *La "direttiva sulla qualità dell'aria" e la tutela dei singoli alla luce del caso* *Ministre de la Transition écologique e Premier ministre*, in *EJ*, n. 2, 2023, p. 34-44.

⁵² Si rammenta che già a partire dagli anni '80 il legislatore dell'Unione ha adottato delle direttive per l'adozione di parametri comuni agli Stati membri al fine di garantire una valutazione della qualità dell'aria e imporre l'emissione di determinate sostanze entro i valori soglia fissati dalle direttive come, per esempio, la direttiva 80/7799/CEE e la 85/203/CEE poi confluite nella riorganizzazione operata con la direttiva 96/62 per la valutazione e gestione della qualità dell'aria ambientale.

ritto dell'UE nel contesto dell'applicazione delle norme in materia di qualità dell'aria ambiente»⁵³. Infatti, conformemente ad una consolidata giurisprudenza, la piena efficacia delle norme del diritto dell'Unione sarebbe messa a repentaglio e la tutela dei diritti da esse riconosciuti sarebbe vanificata se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto dell'Unione imputabile a uno Stato membro⁵⁴. Il diritto al risarcimento del danno subito a causa della violazione del diritto dell'Unione presuppone, come prima questione, che la norma giuridica dell'Unione che è stata violata sia effettivamente preordinata a conferire diritti ai singoli, cioè a quei soggetti che lamentano la violazione⁵⁵. In relazione alla motivazione delle domande di risarcimento non rileva il fatto che la norma in questione fosse direttamente applicabile⁵⁶, tuttavia l'applicabilità diretta costituisce un indizio significativo che depone a favore del conferimento di diritti ai singoli poiché in tal caso sarebbe possibile individuare il contenuto del diritto attribuito e soddisfare quindi una condizione del diritto al risarcimento⁵⁷. Le altre condizioni sono evidentemente che la violazione di tale norma sia sufficientemente qualificata e che sussista un nesso causale diretto tra tale violazione e il danno subito dai singoli ricorrenti⁵⁸. Le tre condizioni devono essere soddisfatte cumulativamente per conferire al singolo il diritto al risarcimento del danno⁵⁹.

Nonostante le indicazioni sopra illustrate dell'Avvocato generale, tuttavia la Corte ha valutato di non riconoscere alle norme della direttiva del 2008 in materia di qualità dell'aria la capacità di attribuire diritti individuali ai singoli tali da attribuire loro un diritto al risarcimento del danno nei confronti di uno Stato membro a titolo di responsabilità dello Stato per danni. Infatti, seppur riconosca che la responsabilità statale potrebbe sorgere a condizioni meno restrittive in applicazione del diritto interno qualora le disposizioni di

⁵³ Corte giust. 19 dicembre 2019, C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe*, punti 54 e 55.

⁵⁴ Corte giust. 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Franovich*, punto 33; 14 marzo 2013, C-420/11, *Leth*, punto 40; 24 giugno 2019, C-573/17, *Popławski*, punto 56.

⁵⁵ Corte giust. 16 luglio 2020, C-129/19, *Presidenza del Consiglio dei Ministri*, punto 34.

⁵⁶ Corte giust. 10 dicembre 2020, C-735/19, *Holdings (Cipro)*, punto 81.

⁵⁷ Corte giust. 24 gennaio 2018, C-616/16 e C-617/16, *Pantuso*, punto 49.

⁵⁸ Corte giust. 5 marzo 1996, C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, punto 51; 24 marzo 2009, C-445/06, *Danske Slagterier*, punto 20; 28 giugno 2022, C-278/20, *Commissione/Spagna*, punto 31.

⁵⁹ F. CASOLARI, *Diritto ad un pieno risarcimento*, in P. MANZINI (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017, p. 1-11; F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell'ambiente*, Bologna, 2012; M. PEETERS, M. ELIANTONIO (eds.), *Research Handbook on EU Environmental Law*, Cheltenham, 2020.

attuazione della direttiva lo prevedano e pur riconoscendo la possibilità al giudice nazionale di applicare sanzioni, sempre in applicazione delle disposizioni della direttiva sull'aria pulita, tuttavia non riconosce alle disposizioni europee di diritto derivato la prima caratteristica necessaria a far sorgere il diritto al risarcimento del danno da parte del singolo cittadino, vale a dire che la norma giuridica dell'Unione violata sia preordinata a conferire loro diritti soggettivi. Secondo una giurisprudenza ben consolidata tali diritti risarcitori sorgono non solo nei casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione espressamente li attribuiscono, ma anche in relazione agli obblighi positivi o negativi che le medesime impongono in maniera ben definita sia ai singoli sia agli Stati membri e alle istituzioni dell'Unione⁶⁰. La Corte aveva già sancito, in una pronuncia di infrazione del novembre 2020 contro l'Italia, la condanna degli Stati membri laddove vi fosse un superamento dei valori soglia, che in ogni caso deve durare il più breve tempo possibile poiché il superamento dei valori limite costituisce già di per sé un inadempimento dello Stato⁶¹.

Si reputa che attraverso la presente sentenza di rinvio la Corte abbia perso una importante opportunità di apertura dei criteri di legittimazione attiva degli individui continuando a lasciare un *vacuum* di tutela giurisdizionale a favore della discrezionalità degli Stati in materia di recepimento degli obblighi ambientali. Si riconosce però la lungimiranza della Corte nell'indicare ai singoli una tutela giurisdizionale complementare, da far valere avanti al giudice nazionale al fine di garantire completezza al sistema di protezione giurisdizionale nel suo complesso. In dottrina si attendeva tale apertura sia per una generale evoluzione giurisprudenziale in tal senso che verrà poi analizzata nel successivo paragrafo in materia di tutela dei dati personali, sia sulla scia della giurisprudenza *Janecek*⁶² che riconosceva alle persone fisiche e giuridiche direttamente interessate da un rischio di superamento dei valori soglia la possibilità di adire il giudice nazionale, riconoscendo quindi la legittimazione processuale affinché venisse predisposto il piano d'azione nazionale in conformità con la direttiva sulla qualità dell'aria⁶³. Inoltre, nel medesimo solco giurisprudenziale si annoverano anche le pronunce rese

⁶⁰ Corte giust. 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage e Crehan*, punto 19; 11 novembre 2021, C-819/19, *Stichting Cartel Compensation e Equilib Netherlands*, punto 47.

⁶¹ Corte giust. 10 novembre 2020, C-644/18, *Commissione/Italia*.

⁶² Corte giust. 25 luglio 2008, C-237/07, *Janecek*.

⁶³ P. DE PASQUALE, "Francovich ambientale"? Sarà per un'altra volta. Considerazioni a margine della sentenza *Ministre de la Transition écologique*, in *BlogDUE*, 4 gennaio 2023, p. 4; L. S. ROSSI, *IV Convegno annuale dell'Associazione Italiana Studiosi di Diritto dell'Unione Europea (AISDUE), Ambiente, digitale, economia: l'Unione europea verso il 2030*, 3 novembre 2022.

dalla Corte di giustizia nei casi *Client Earth*⁶⁴ e prima ancora *Crayenest*⁶⁵ nei quali venivano riconosciuti diritti ai singoli che subiscono danni alla salute causati dall'inquinamento atmosferico. Tuttavia, in maniera insoddisfacente nella sentenza del 2022 la Corte riconosce il perseguimento di un obiettivo di carattere generale da parte della direttiva europea e una violazione da parte dello Stato che supera i limiti delle soglie fissati, ma non attribuisce ai singoli interessati i diritti a proporre ricorso al giudice per riconoscimento dei danni eventualmente conseguenti in applicazione del principio di effettività e del combinato disposto della normativa di diritto derivato (direttiva qualità dell'aria) e dei diritti sanciti nella Carta (accesso al giudice)⁶⁶.

4. *L'ambito di tutela dei dati personali*

Si ritiene utile svolgere qualche riflessione sull'istituto processuale della legittimazione all'azione in parallelismo tra l'ambito ambientale sopra descritto e quello della tutela dei dati personali poiché quest'ultimo ambito regolatorio è stato oggetto di importanti – e relativamente recenti – sviluppi sia per l'entrata in vigore del regolamento generale n. 679/2016 (RGPD) sia per le interpretazioni che i giudici di Lussemburgo hanno fornito dello stesso. Lo sviluppo interpretativo in materia di protezione dei dati personali potrebbe essere utilmente esportato e applicato ad altri settori? Forse con un auspicabile attivismo giudiziario della Corte di Lussemburgo sarebbe possibile per le associazioni rappresentative di interessi diffusi far valere avanti ai giudici nazionali i diritti degli individui non solo nell'ambito dei dati personali superando gli stringenti criteri del *Plaumann test*.

Con la sentenza *Meta Platforms* del 28 aprile 2022, infatti, la Corte di giustizia ha consentito a un'associazione senza scopo di lucro di intentare un ricorso per tutelare gli interessi dei consumatori in assenza di un mandato e indipendentemente dalla violazione di specifici diritti di un interessato⁶⁷. Prima di entrare nel dettaglio fattuale del quesito sottoposto ai giudici europei dal giudice del rinvio è opportuno rilevare che la Corte, come pri-

⁶⁴ Corte giust. 19 novembre 2014, C-404/13, *ClientEarth*.

⁶⁵ Corte giust. 26 giugno 2019, C-723/17, *Craeynest*.

⁶⁶ M. E. BARTOLONI, *La natura poliedrica del principio della tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell'art. 19, par. 1, TUE*, in *DUE*, n. 2, 2019, p. 245-259; L.S. ROSSI, *Stesso valore giuridico dei Trattati? Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *DUE*, n. 2, 2016, p. 329.

⁶⁷ *Meta Platforms*, sopra citata.

mo aspetto, evidenzia lo scopo di armonizzazione del regolamento generale adottato dall'Unione in materia di tutela dei dati personali. Lo scopo era quindi quello di evitare il frazionamento delle legislazioni nazionali. È necessario quindi che, sebbene il regolamento stesso preveda, conformemente con i principi generali del diritto comunitario, in particolare con il principio di autonomia processuale, un margine discrezionale degli Stati membri in materia di legittimazione ad agire, tuttavia gli enti rappresentativi possano agire a tutela della corretta applicazione della disciplina regolatoria secondo le modalità di un'azione collettiva. «Secondo una consolidata giurisprudenza della Corte, in forza dell'art. 288 TFUE e proprio in ragione della natura stessa dei regolamenti e della loro funzione nel sistema delle fonti del diritto dell'Unione, le disposizioni dei regolamenti hanno, in generale, un effetto immediato negli ordinamenti giuridici nazionali, senza che le autorità nazionali abbiano bisogno di adottare misure di applicazione»⁶⁸. Le disposizioni regolatorie possono prevedere per la loro attuazione, l'adozione di misure di applicazione da parte degli Stati membri, senza tuttavia vanificare l'obiettivo di armonizzazione dello strumento giuridico scelto dal legislatore dell'Unione⁶⁹.

Viene quindi richiesto dal giudice tedesco se, ai fini della verifica della legittimazione, sia necessario, conformemente alle previsioni dell'art. 80 RGDPR che l'interessato eventualmente leso nei propri diritti individuali abbia conferito mandato all'organismo, organizzazione o associazione senza scopo di lucro⁷⁰. La disposizione in oggetto – art. 80 – è costituita da due

⁶⁸ *Ivi*, punto 58.

⁶⁹ Corte giust. 4 aprile 2011, C-42/10, C-45/10 e C-57/10, *Vlaamse Dierenartsenvereniging e Janssens*, punti 47 e 48; 15 marzo 2017, C-528/15, *Al Chodor*, punto 27; 15 giugno 2021, C-645/19, *Facebook*, punto 110.

⁷⁰ La norma per la rappresentanza degli interessati dispone che «1. L'interessato ha il diritto di dare mandato a un organismo, un'organizzazione o un'associazione senza scopo di lucro, che siano debitamente costituiti secondo il diritto di uno Stato membro, i cui obiettivi statutari siano di pubblico interesse e che siano attivi nel settore della protezione dei diritti e delle libertà degli interessati con riguardo alla protezione dei dati personali, di proporre il reclamo per suo conto e di esercitare per suo conto i diritti di cui agli articoli 77, 78 e 79 nonché, se previsto dal diritto degli Stati membri, il diritto di ottenere il risarcimento di cui all'articolo 82. 2. Gli Stati membri possono prevedere che un organismo, organizzazione o associazione di cui al paragrafo 1 del presente articolo, indipendentemente dal mandato conferito dall'interessato, abbia il diritto di proporre, in tale Stato membro, un reclamo all'autorità di controllo competente, e di esercitare i diritti di cui agli articoli 78 e 79, qualora ritenga che i diritti di cui un interessato gode a norma del presente regolamento siano stati violati in seguito al trattamento». In dottrina cfr. M. FEDERICO, *Rappresentanza degli interessati, diritti individuali e group data protection*, in *Persona e mercato*, n. 4, 2022, p. 674-693.

parti: nel primo paragrafo il regolamento attribuisce all'interessato il diritto di proporre reclamo attraverso l'associazione rappresentativa se così fosse previsto dal diritto nazionale; nel secondo paragrafo viene garantita inoltre una discrezionalità più ampia agli Stati membri laddove possano prevedere una rappresentanza anche senza mandato specifico dell'interessato. Proprio come nel caso di risarcimento del danno all'individuo per violazione delle disposizioni ambientali europee, la Corte pare indicare una forma di tutela giurisdizionale più ampia e, in un certo senso più completa, per il singolo non solo per mezzo della corte di vertice del sistema europeo, ma anche attraverso la richiesta al giudice nazionale, ovviamente attraverso l'applicazione di istituti di carattere generale già in essere nel sistema giurisdizionale nazionale, come per esempio quelli a tutela dei consumatori. Tale impostazione regolatoria si reputa sia volta a consolidare il principio di complementarità tra le azioni intentate avanti al giudice nazionale e quelle eventualmente sottoposte all'attenzione del giudice europeo in chiave di completezza del sistema di tutela giurisdizionale nel suo complesso.

L'associazione rappresentativa può adire il giudice nazionale in assenza di un mandato che le sia stato conferito a tale scopo e indipendentemente dalla violazione di specifici diritti di un interessato, contro il presunto autore di un atto pregiudizievole per la protezione dei dati personali, facendo valere la violazione del divieto di pratiche commerciali sleali e la violazione di una legge in materia di tutela dei consumatori? Può quindi l'associazione utilizzare uno strumento di tutela giurisdizionale interna, ideato non per il settore della protezione dei dati personali, bensì per la più ampia tutela dei consumatori? È quindi tale associazione per la tutela degli interessi dei consumatori un organismo legittimato ad agire poiché persegue un obiettivo di interesse pubblico?

Trovo positivamente sorprendente, certamente confortante, che la Corte abbia autorizzato l'applicazione di un istituto processuale generale, ideato dal legislatore nazionale nell'ambito della politica per la tutela dei consumatori, allo specifico settore della tutela dei dati personali. La giurisprudenza europea è stata particolarmente prolifera nel fornire risposte nella materia della protezione dei dati personali, forse anche perché l'interpretazione del nuovo strumento regolatorio è stata particolarmente sollecitata dai giudici nazionali attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale. Certamente l'ambito della tutela dei dati personali ben si presta a effettuare quell'ampliamento auspicato delle condizioni poste come criteri per il riconoscimento della legittimazione ad agire. In ogni caso, tale settore, proprio come quello ambientale suggerisce delle nuove possibilità di completamento del sistema di tutela giurisdizionale attraverso l'accesso dei singoli alle corti europee e nazionali. La risposta po-

sitiva della Corte di ammettere l'ente nel novero dei legittimati a proporre ricorso è da ascrivere alla volontà della Corte stessa di garantire un elevato livello di protezione alla materia della tutela dei dati personali in quanto ai fini dell'interpretazione di una norma di diritto dell'Unione si deve tener conto non soltanto della lettera della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte⁷¹. Forse tale interpretazione potrebbe essere utilmente applicata anche ad altre materie altamente regolate come, per esempio, lo stesso settore ambientale o quello del DMA e DSA⁷².

A riprova di quanto illustrato si sottolinea che nel 2019 la Corte aveva già avuto l'opportunità di pronunciarsi sulla questione della legittimazione attiva delle associazioni senza scopo di lucro per la tutela dei consumatori nel caso di un procedimento per la vendita on-line sempre nell'ambito della tutela dei dati personali⁷³. Tuttavia, all'epoca la normativa applicabile non era ancora il regolamento generale, bensì la direttiva previgente ovvero la direttiva 95/46 – il regolamento generale è infatti direttamente applicabile in tutte le sue parti solo dal 25 maggio 2018, e conseguentemente, proprio in virtù della natura sufficientemente generale delle disposizioni in vigore all'epoca dei fatti la Corte non aveva all'epoca riconosciuto la legittimazione ad agire all'associazione⁷⁴. Pare quindi che la Corte avesse avviato una valutazione estensiva per l'ampliamento della tutela, ma non avesse completato pienamente il riconoscimento delle garanzie: la direttiva non ostava a consentire alla normativa nazionale di consentire alle associazioni dei consumatori di agire in giudizio; tuttavia, non ne imponeva nemmeno l'esistenza attraverso l'effetto utile del diritto dell'Unione e l'applicazione dell'art. 47 della Carta⁷⁵. In conclusione, quindi, si sottolinea come l'Unione abbia mostrato

⁷¹ Corte giust. 26 maggio 2016, C-550/14, *Envirotec Denmark*, punto 27.

⁷² T. TRIDIMAS, S. POLI, *Locus Standi of Individuals under Article 230(4): the Return of Euridice?*, in P. MOSER, K. SAWYER (eds.), *Making Community Law: The Legacy of Advocate General Francis Jacobs at the European Court of Justice*, Cheltenham, 2008, p. 79.

⁷³ Corte giust. 29 luglio 2019, C-40/17, *Fashion ID*.

⁷⁴ C. PERARO, *Legittimazione ad agire di un'associazione a tutela dei consumatori e diritto alla protezione dei dati personali a margine della sentenza Fashion ID*, in *RDIPP*, vol. 55, n. 4, 2019, p. 982-999. Si vedano inoltre 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*, vol. 30, n. 4, 2015, p. 743; M. RHIMES, *The EU Courts Stand Their Ground: Why Are the Standing Rules for Direct Actions Still So Restrictive?*, in *European Journal of Legal Studies*, vol. 9, n. 1, 2016, p. 103.

⁷⁵ 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 di giustizia. L'applicazione giurisprudenziale del Titolo VI della Carta*, Napoli,

un'attitudine ad includere norme precise per garantire la protezione degli interessi diffusi in settori specifici, in particolare laddove vi fosse una rilevanza economica per lo sviluppo del mercato, e quindi l'adozione del regolamento generale per la tutela dei dati ha effettivamente contribuito ad una progressione interpretativa dell'istituto processuale del *locus standi*. Pur comprendendo il carico di lavoro che implicherebbe, rimane ora da valutare se il progredire puntuale di specifici settori possa influire sull'istituto generale dell'impugnazione e sull'interpretazione delle condizioni del *Plaumann test*.

5. *Riflessioni conclusive*

La prospettazione dei criteri applicabili per il riconoscimento della legittimazione ad agire da parte della giurisprudenza europea consente di formulare alcune brevi riflessioni di portata generale. Come primo elemento si rileva che la materia ambientale, nella quale è evidente l'importanza delle associazioni esponenziali, rappresentative degli interessi collettivi, è stata storicamente quella che più ha consentito ai giudici europei di formulare delle interpretazioni estensive dei criteri di accesso alla giustizia, certamente anche grazie all'adesione dell'Unione alla Convenzione di Aarhus e all'individuazione quindi di una precisa base giuridica contenuta nel testo della Convenzione. Laddove i giudici nazionali, nella formulazione dei quesiti in sede di rinvio per interpretazione pregiudiziale, hanno sollevato dubbi circa la legittimazione di associazioni per la tutela dell'ambiente ad agire nel processo, le questioni sono state risolte dal giudice dell'Unione chiarendo che le associazioni riconosciute per la tutela dell'ambiente devono poter impugnare in via giurisdizionale i provvedimenti eventualmente non conformi con le previsioni europee e far valere gli effetti negativi prodotti sull'ambiente⁷⁶. In questi casi l'effetto diretto delle norme sulla legittimazione viene derivato dalla giurisprudenza europea dalla Convenzione di Aarhus⁷⁷. In ogni caso,

2019, p. 151-206; C. PERARO, *Diritti fondamentali sociali e tutela collettiva nell'Unione europea*, Napoli, 2020.

⁷⁶ Corte giust. 8 novembre 2022, C-873/19, *Deutsche Umwelthilfe* (Réception des véhicules à moteur).

⁷⁷ G. VALENTI, *L'interpretazione dell'art. 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*, vol. 57, n. 1, 2023, p. 1483 ss. In un primo momento la Corte non aveva riconosciuto alle disposizioni della Convenzione la possibilità di produrre un effetto diretto v. Corte giust. 8 marzo 2011, C-240/09, *Lesoochranárske zoskupenie*. Suc-

la Corte ha colto l'occasione per ribadire che nell'ordinamento dell'Unione il termine "diritto ambientale" deve intendersi in senso ampio ed estensivo riferendosi a tutta quella normativa che contribuisce al raggiungimento degli obiettivi dell'Unione a prescindere dalla fonte. I giudici quindi partendo dall'applicazioni di norme convenzionali che garantiscono l'effetto diretto per la materia della legittimazione, ampliano la portata di tale interpretazione garantendo a tutta la materia ambientale la medesima portata del principio di effettività della tutela giurisdizionale e quindi dell'art. 47 della Carta⁷⁸.

Inoltre, a seguito dell'entrata in vigore del regolamento generale sulla protezione dei dati personali pare che anche quest'ultimo settore, proprio grazie alle sue caratteristiche transnazionali, all'immaterialità dell'oggetto della tutela e all'elevato grado di regolazione e armonizzazione della materia, abbia ben rappresentato un ambito di crescente interesse per testare interpretazioni estensive dei criteri inizialmente fissati restrittivamente con la giurisprudenza *Plaumann* per i ricorrenti non privilegiati. L'interpretazione fornita quindi dai giudici con la sentenza *Meta Platforms* costituisce un importante tassello nella disciplina processuale europea della legittimazione ad agire poiché riconosce per gli enti rappresentativi, come un'associazione dei consumatori, un importante e concreto ruolo di tutela a vantaggio dell'intera collettività. Inoltre, avendo con tale pronuncia superato i confini *ratione materiae* del diritto ambientale, le rilevanti estensioni giurisprudenziali potrebbero forse essere applicate anche ad altri settori delle politiche dell'Unione, come per esempio quello sanitario essendo anch'esso oggetto di un elevato grado di regolamentazione europea, si pensi per esempio al regolamento sullo spazio europeo dei dati sanitari, per quanto attualmente sia ancora allo stato di proposta legislativa⁷⁹ o al regolamento di recentissima adozione in materia di intelligenza artificiale.

Nonostante l'applicazione sopradescritta abbia una portata estensiva, si rileva purtroppo che, parallelamente allo sviluppo dell'Unione, la prassi giurisprudenziale nazionale italiana ha elaborato un ulteriore criterio – restrittivo e non scritto – di legittimazione, da applicarsi a tutte le associazioni non iscritte nel

cessivamente con la sentenza del 20 dicembre 2017, C-664/15, *Protect Natur*, la Corte ha invece riconosciuto un effetto diretto che deriva dal combinato disposto della disposizione della Convenzione congiuntamente con l'art. 47 della Carta.

⁷⁸ 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 *DUE*, n. 4, 2020, p. 795 ss.

⁷⁹ Proposta di regolamento sullo spazio europeo dei dati sanitari, del 3 maggio 2022, COM(2022) 197 final.

registro individuato dalla legge. L'interpretazione restrittiva nazionale ha sostanzialmente creato una sorta di doppio criterio per le associazioni per veder loro riconosciuta la legittimazione, criterio che include anche la "vicinanza" geografica dovendo infatti provare la stretta contiguità e il collegamento con la zona ambientale oggetto della controversia⁸⁰. In particolare, a seconda del caso specifico, il giudice nazionale può riconoscere la legittimazione all'associazione ad agire in giudizio «purché esse perseguano statutariamente e non in maniera occasionale obiettivi di tutela ambientale, abbiano un elevato grado di stabilità e rappresentatività ed abbiano un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato il bene che si assume lesa»⁸¹. Si segnala un orientamento giurisprudenziale estensivo del Consiglio di Stato che nel dicembre 2019, in adunanza plenaria, ha avuto l'opportunità di analizzare il quesito in base al quale, fermo restando il generale divieto di cui all'art. 81 c.p.c., alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento, possa sostenersi la sussistenza di una legittimazione generale degli enti esponenziali in ordine alla tutela degli interessi collettivi dinanzi al giudice amministrativo, o se sia piuttosto necessaria, a tali fini, una legittimazione straordinaria conferita dal legislatore⁸². Nel quadro di un'impugnazione di un gruppo di risparmiatori già titolari di azioni e obbligazioni, tra i ricorrenti vi era la Codacons – associazione iscritta nell'elenco speciale delle associazioni di categoria rappresentative a livello nazionale di cui all'art. 137 del Codice del consumo⁸³ la quale ha come fine statutario quello di proteggere, anche attraverso azioni in giudizio, i diritti e gli interessi dei consumatori e dei risparmiatori. In primo grado il TAR Lazio aveva dichiarato inammissibile il ricorso per quanto riguardava la posizione dell'associazione Codacons, ritenendola non legittimata a proporlo. Il giudice amministrativo di primo grado sostanzialmente argomentava l'inammissibilità in conseguenza del principio di tassatività, per cui la legittimazione degli enti esponenziali sarebbe eccezionale e sussisterebbe nei soli casi espressamente previsti dalla legge, fra i quali non rientrerebbe quello in esame. L'adunanza plenaria invece ha ritenuto che la legittimazione a proporre ricorso, oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge, sussista in capo a tutte le associazioni, anche se sprovviste di legittimazione espressa in via legislativa, qualora rispondano a determinati criteri quali l'effettivo e non occasionale impegno a favore della tutela di determinati interessi diffusi o l'esistenza di una previsione statutaria che qualifichi detta protezione come compito istituzionale dell'associazione. Deve quindi essere dimostrato che gli interessi giuridici protetti siano effettivamen-

⁸⁰ Cons. Stato 17 marzo 2022, n. 1937.

⁸¹ Cons. Stato 22 febbraio 2010, n. 885; 17 maggio 2022, n. 3885.

⁸² Cons. Stato 11 dicembre 2019, n. 6.

⁸³ D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

te il fulcro principale dell'attività dell'associazione. Il giudice amministrativo di vertice dell'ordinamento italiano argomenta la propria interpretazione estensiva in virtù della maggior conformità con i principi costituzionali di libertà di associazione (art. 18 Cost.) e diritto alla tutela giurisdizionale (art. 42 Cost.). Il diritto vivente determina pertanto, nell'interpretazione del Consiglio di Stato, «una linea di progressivo innalzamento della tutela che ha dato protezione giuridica ad interessi sostanziali diffusi (ossia condivisi e non esclusivi) riconoscendone il rilievo per il tramite di un ente esponenziale che ne assume statutariamente e non occasionalmente la rappresentanza. In altri termini, secondo questa Adunanza plenaria, l'evoluzione del dato normativo positivo non può certamente essere letto in una chiave che si risolva nella diminuzione della tutela»⁸⁴. Sarà quindi sempre necessario seguire lo sviluppo e i mutamenti giurisprudenziali del giudice dell'Unione considerando tuttavia anche quelli nazionali senza i quali il sistema di tutela giurisdizionale nella sua interezza non potrebbe progredire con coerenza.

Infine, si consideri un ultimo elemento, complementare all'illustrazione sopra delineata, poiché per quanto attiene il sistema nazionale di garanzia del diritto fondamentale di accesso al giudice, si rileva che l'ordinamento italiano prevede una forma di azione collettiva che è stata per lungo tempo confinata alla sola materia dei diritti del consumatore e in tempi relativamente recenti ampliata nella sua portata potenziale dal legislatore con la riforma introdotta con legge n. 31/2019 entrata in vigore nel maggio 2021 per consentire la possibilità ad un ente rappresentativo a tutela di diritti individuali omogenei di proporre azione in sede giurisdizionale nei confronti di imprese o enti gestori di servizi di pubblica utilità o di servizi pubblici⁸⁵. Potrebbe forse essere questa la strada interna per garantire che gli enti rappresentativi degli interessi collettivi possano far valere le posizioni dei singoli non solo nelle materie classiche del diritto ambientale, ma anche in altri settori come, per esempio, quello dei consumatori e quello bancario. Se a livello normativo è stato fissato un primo punto d'appoggio, rimane da chiedersi se i giudici nazionali, anche di prima istanza, saranno effettivamente pronti ad applicare estensivamente le norme di recente adozione in coerenza con la innovativa, seppur non ancora consolidata, giurisprudenza europea⁸⁶.

⁸⁴ Cons. Stato 11 dicembre 2019, sopra citata, punto 5.2.

⁸⁵ Legge 12 aprile 2019, n. 31, *Disposizioni in materia di azione di classe*.

⁸⁶ G. MANNUCCI, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni: fuga in avanti o ritorno al passato?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4, 2020, p. 520 ss.

Abstract (ita)

Il contributo analizza le condizioni, attribuite dal diritto nazionale ed europeo, per proporre ricorso e azionare quindi la tutela dei diritti avanti ad un tribunale in applicazione dell'art. 47 della Carta da parte delle associazioni rappresentative degli interessi diffusi. I criteri d'impugnazione previsti dall'art. 263, par. 4, TFUE per l'impugnazione delle parti private, noto come *Plaumann test*, e conseguentemente il diritto fondamentale di accesso alla giustizia sono analizzati con riferimento al diritto ambientale in parallelismo con quello per la tutela dei dati personali.

ABSTRACT (ENG)

The paper analyzes the conditions, attributed by national and European law, to file an appeal and therefore implement the protection of rights before a court in application of Art. 47 of the Charter by the associations representing widespread interests. The appeal criteria provided for by Art. 263, para. 4, TFEU for the challenge of private parties, also known as the *Plaumann test*, and consequently the fundamental right of access to justice are analyzed with reference to environmental law in parallel with the right for the protection of personal data.

**Sessione di chiusura – tavola rotonda
Democrazia e futuro dell'Europa**

Relazioni

L'INIZIATIVA DEI CITTADINI EUROPEI E LE ISTANZE DELLE "REGIONI A MINORANZA NAZIONALE"

Celeste Pesce*

SOMMARIO: 1. Introduzione. I profili essenziali dell'iniziativa dei cittadini europei. – 2. Esame della prassi. – 3. L'ICE *Politica di coesione per l'uguaglianza delle regioni e la sostenibilità delle culture regionali*. – 4. La registrazione parziale e qualificata dell'iniziativa. – 5. Gli aspetti politici della proposta: le tutele delle «regioni a minoranza nazionale». – 6. Le possibili evoluzioni normative in seno all'Unione. – 7. Considerazioni conclusive e prospettive future.

1. *Introduzione. I profili essenziali dell'iniziativa dei cittadini europei*

È ben noto che l'iniziativa dei cittadini europei (ICE) configura lo strumento di democrazia partecipativa, introdotto con il Trattato di Lisbona¹ per consentire alla collettività di contribuire alla definizione delle politiche dell'Unione².

Seppure in circostanze differenti, il Parlamento europeo e la Corte di giustizia dell'Unione europea hanno contribuito a tratteggiarne le peculiari-

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

¹ Artt. 11 TUE e 24 TFUE; regolamento (UE) 2019/788 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, riguardante l'iniziativa dei cittadini europei, in vigore dal 1° gennaio 2020. Cfr. M. CONDINANZI, *Art. 24 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014; F. DONATI, *Art. 11 TUE*, in A. TIZZANO, *op. cit.*; P. PIRODDI, *Art. 11 TUE*, in M. C. BARUFFI, F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014; C. SANNA, *Art. 24 TFUE*, in M. C. BARUFFI, F. POCAR, *op. cit.*

² In merito ai profili generali dell'istituto: G. TESAURO, (a cura di) P. DE PASQUALE, F. FERRARO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2023; R. ADAM, A. TIZZANO, (a cura di), *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2024. V. anche: C. PESCE, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa nell'Unione europea*, Napoli, 2016; A. DAMATO, *Profili critici e istanze di revisione del diritto di iniziativa dei cittadini europei*, in *DUE*, 2017, p. 39-67; A. SANTINI, *L'iniziativa dei cittadini europei. Quale contributo alla legittimità democratica dell'Unione?*, Napoli, 2019; ID., *Il nuovo regolamento sull'iniziativa dei cittadini europei: tra continuità e innovazione*, in AA. VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea cit.*, p. 621-634; M. INGLESE, *L'iniziativa dei cittadini europei a dieci anni dal Trattato di Lisbona: tra consolidate criticità e inesplorate prospettive*, in *federalismi.it*, 2020, p. 194-215; R. MASTROIANNI, A. MAFFEO (a cura di), *L'iniziativa dei cittadini europei*, Napoli, 2015.

tà. Per il primo, l'ICE offre ai cittadini europei l'opportunità di individuare e articolare le loro aspirazioni e chiedere un'azione dell'Unione; di talché, il progetto di integrazione europea si avvicina sempre più a essi³. A giudizio della Corte, il valore aggiunto dell'istituto «risiede non già nella certezza del suo esito, bensì nelle possibilità e nelle opportunità che esso crea per i cittadini dell'Unione di dar vita a un dibattito politico in seno alle istituzioni [europee]»⁴. Da questa angolazione, l'ICE punta ad attuare i valori democratici dell'Unione⁵ e, in particolare modo, il principio dell'uguaglianza espresso dall'articolo 9 TUE, secondo cui i cittadini europei hanno il diritto di beneficiare di uguale attenzione da parte delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione.

La disciplina dell'istituto, fissata nei suoi termini generali nei trattati⁶, è oggi dettata dal regolamento (UE) 2019/788⁷. In estrema sintesi, il testo del 2019, ha abrogato il previgente regolamento (UE) n. 211/2011⁸, allo scopo di rendere lo strumento partecipativo più accessibile e trasparente, meno oneroso e di agevole gestione per gli organizzatori e i sostenitori, cioè omogeneo alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione⁹. Essa, nondimeno,

³ Risoluzione del Parlamento europeo del 17 dicembre 2020 sull'iniziativa dei cittadini europei intitolata "Minority SafePack – un milione di firme per la diversità in Europa" (2020/2846(RSP)).

⁴ Corte giust. 19 dicembre 2019, C-418/18 P, *Puppinck e a./Commissione*, punto 70. Cfr. O. M. PALLOTTA, «A rabbit remains a rabbit»? L'ultima parola della Corte di giustizia sull'iniziativa dei cittadini europei "One of Us" (nota a *Puppinck e a. c. Commissione europea, causa C-418/18 P*), in *Osservatorio costituzionale*, 2020, p. 592-606.

⁵ Artt. 9-12 TUE. Cfr. M. C. BARUFFI, *Art. 12 TUE*, in M. C. BARUFFI, F. POCAR, *op. cit.*; M. CONDINANZI, *Art. 9 TUE*, in M. C. BARUFFI, F. POCAR, *op. cit.*; F. DONATI, *Artt. 9-11 TUE*, in A. TIZZANO, *op. cit.*; P. MENGOZZI, *Art. 12 TUE*, in A. TIZZANO, *op. cit.*; P. PIRODDI, *Artt. 10-11 TUE*, in M. C. BARUFFI, F. POCAR, *op. cit.*; C. PESCE, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa* cit. Tra la recente e autorevole dottrina: E. LONGO, *The European Citizen's Initiative: Too Much Democracy for EU Polity?*, in *GLJ*, 2019, 20, p. 181-200; E. TRIGGIANI, *La codificazione nell'Unione europea attraverso i principi di democrazia, efficacia e trasparenza*, in *SIE*, 2019, p. 557-578; ID., *Deficit democratico o di sovranità? Il rebus politico-istituzionale dell'Unione europea*, in *SIE*, 2019, p. 9-18; N. S. NIAMH, *EU Citizenship Law*, Oxford, 2023.

⁶ Artt. 11 TUE e 24 TFUE.

⁷ Regolamento (UE) 2019/788, cit. Cfr. risoluzione del Parlamento europeo, del 13 giugno 2023, sull'attuazione dei regolamenti riguardanti l'iniziativa dei cittadini europei, 2022/2206(INI).

⁸ Regolamento (UE) n. 211/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, riguardante l'iniziativa dei cittadini.

⁹ Corte giust. 12 settembre 2017, C-589/15 P, *Anagnostakis/Commissione*; 7 marzo 2019, C-420/16 P, *Izsák e Dabis/Commissione*; *Puppinck e a./Commissione* C-418/18 P,

lascia alla Commissione i poteri discrezionali sul seguito da dare all'ICE, in linea con il suo ruolo istituzionale di qualificare l'interesse dell'Unione nella fase di elaborazione degli atti.

La portata democratica dell'attuale disciplina contraddistingue, particolarmente, la fase di registrazione che la Commissione gestisce nel rispetto di talune garanzie sistemiche. Innanzitutto, l'esecutivo dell'Unione è tenuto soltanto a verificare che il tema esuli o meno dalla sua competenza a presentare una proposta di atto legislativo dell'Unione e che sia conforme ai valori dell'Unione di cui all'articolo 2 TUE¹⁰; ha, poi, l'onere di motivare la sua decisione e di informare gli organizzatori circa i possibili rimedi, giudiziali e stragiudiziali; può, infine, procedere a una registrazione parziale in ragione di quella parte dell'iniziativa, potenzialmente, in linea con la sua competenza a presentare un atto legislativo, ai fini dell'applicazione dei trattati. La facoltà selettiva riconosciuta all'istituzione è stata ampliata dalla normativa vigente, al fine di assicurare il confronto democratico sulle parti ritenute meritevoli, l'accessibilità dell'istituto e, forsanche, gli sforzi profusi dagli organizzatori nelle fasi preliminari.

Tanto, sommariamente, osservato, il presente contributo intende indagare la prassi sinora maturata, evidenziando l'esperibilità, la riuscita, ma anche le problematicità dell'istituto. Più in generale, l'intento è approfondire la capacità dello strumento partecipativo di giovare al sistema democratico dell'Unione, al di là degli esiti che le istanze dal basso trovano in seno alla Commissione.

All'uopo, l'ICE *Politica di coesione per l'uguaglianza delle regioni e la sostenibilità delle culture regionali* (in seguito: proposta, iniziativa)¹¹, che at-

sopra citata; 20 gennaio 2022, C-899/19 P, *Romania/Commissione*; Corte giust. 22 febbraio 2024, C-54/22 P, *Romania/Commissione*. V. anche: Tribunale 10 maggio 2016, T-529/13, *Izsák e Dabis/Commissione*; 3 febbraio 2017, T-646/13, *Minority SafePack – One Million Signatures for Diversity in Europe/Commissione*; 24 settembre 2019, T-391/17, *Romania/Commissione*; 10 novembre 2021, T-495/19, *Romania/Commissione* (con nota di A. MAFFEO, *ICE: impugnabile la decisione della Commissione di registrare una proposta. Note a margine della sentenza nel caso Romania c. Commissione, causa T-495/19*), in *BlogDUE*, 5 gennaio 2022); 9 novembre 2022, T-158/21, *Minority SafePack – One Million Signatures for Diversity in Europe/Commissione*. V. anche conclusioni dell'Avv. gen. Emiliou, del 5 ottobre 2023, C-54/22 P, *Romania/Commissione* (in avanti, conclusioni C-54/22 P).

¹⁰ Per un commento all'art. 2 TUE, v.: L. FUMAGALLI, *Art. 2 TUE*, in A. TIZZANO, *op. cit.*; M. PEDRAZZI, *Art. 2 TUE*, in M. C. BARUFFI, F. POCAR, *op. cit.* Sui valori dell'Unione: R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*; G. TESAURO, (a cura di) P. DE PASQUALE, F. FERRARO, *op. cit.*

¹¹ Nota anche come *Politiche di coesione per l'uguaglianza delle Regioni e la preservazione delle culture regionali*. Quest'ultima denominazione compariva nella prima richiesta di

tende il vaglio della Commissione, fornisce spunti argomentativi interessanti. Sotto il profilo procedurale, per il suo tramite, la Corte di giustizia ha, ulteriormente, chiarito la possibilità di procedere alla registrazione parziale e qualificata della proposta¹². Nel merito, l'iniziativa rivela il proficuo intreccio tra la partecipazione dal basso e gli obiettivi perseguiti dall'Unione in tema di politica di coesione economica, sociale e territoriale¹³ come di tutele riservate alle persone appartenenti alle minoranze e alle diversità che caratterizzano i territori dei membri¹⁴.

2. *Esame della prassi*

L'istituto ha avuto, sinora, un impatto modesto in termini di partecipazione e di riforme intraprese dall'Unione. Nondimeno, la novella del

registrazione della proposta (2013) e continua a comparire nelle pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea.

¹² *Romania/Commissione*, C-54/22 P, sopra citata; v. anche le conclusioni avv. gen., sopra citate.

¹³ Artt. 174-178 TFUE. Per un commento alle vigenti disposizioni dei trattati: O. PORCHIA, *Artt. 174-178 TFUE*, in A. TIZZANO, *op. cit.*; G. SERRANÒ, *Artt. 174-178 TFUE*, in M. C. BARUFFI, F. POCAR, *op. cit.* La dottrina sulla politica di coesione economica, sociale e territoriale dell'Unione è decisamente copiosa. Per una visione di insieme: S. PIATTONI, L. POLVERARI (eds.), *Handbook on Cohesion Policy in the EU*, Cheltenham-Northampton, 2016; C. PESCE, *Coesione economica, sociale e territoriale*, in G. TESAURO, (a cura di) P. DE PASQUALE, F. FERRARO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2021, p. 499-510; G. TESAURO, *Senza Europa nessun Paese andrà lontano*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, vol. II, Napoli, 2021, p. 341 ss. Per una ricostruzione storica: F. CARUSO, *Riflessioni sull'historique della politica regionale comunitaria*, in A. PREDIERI (a cura di), *Fondi strutturali e coesione economica e sociale nell'Unione europea*, Milano, 1996, p. 147 ss.; L. HOOGHE, *Cohesion Policy and European Integration: Building Multilevel Governance*, 1996; G. TESAURO, *La politica di coesione ed il rapporto con le altre politiche comunitarie*, in A. PREDIERI, *op. cit.*, p. 123 ss.; R. SAPIENZA, *La politica comunitaria di coesione economica e sociale*, Bologna, 2000.

¹⁴ Per una ricognizione storica del fenomeno: F. CAPOTORTI, *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, Geneva UN, 1979, reperibile online; G. AMATO, J. BATT, *Minority Rights and EU Enlargement to the East. Report of the First Meeting of the Reflection Group on the Long-Term Implications of EU Enlargement: The Nature of the New Border*, Florence European University Institute, RSC Policy Papers Series, No. 98/5, 1998; A. GORDOS, *L'Intégration européenne et la sauvegarde des valeurs culturelles*, in F. DELPÉRÉE (sous la direction de), *L'unité et la diversité de l'Europe – Les droits des minorités. Les exemples belge et hongrois*, Brussels, 2003; G. TOGGENBURG, *Minorities (...) the European Union: Is the Missing Link an "Of" or a "Within"?*, in *Journal of European Integration*, 2003, p. 273-284.

2019, e il periodo pandemico hanno rinvigorito l'ICE. La partecipazione dal basso, agevolata dalle modalità digitali, è accresciuta e l'interesse dei cittadini ha riguardato, particolarmente, i diritti umani e i temi ampiamente politico-sociali; non sono mancati intrecci, talvolta, singolari tra le politiche dell'Unione tant'è che un numero crescente di iniziative predilige i temi ambientali¹⁵, sovente, legati alla tutela dei consumatori. Per contro, le proposte concernenti l'ambito "economia e società digitali", forsanche per la tecnicità degli argomenti¹⁶, sono diminuite e/o hanno raggiunto a fatica il sostegno necessario. Il dato denota una preoccupante disinformazione collettiva sulle transizioni che, difatti, preclude alla Commissione (quindi, all'Unione) di conoscere il punto di vista dei cittadini su tematiche, indiscutibilmente, rilevanti per il progresso e il benessere collettivo.

Se tanto è indubbio, è altresì vero che il filtro della Commissione resta a imbuto. A oggi, dieci proposte hanno ricevuto risposta da parte dell'esecutivo europeo¹⁷ e solo alcune di esse hanno portato a delle proposte normative, nuove e/o di revisione, e ad azioni di *follow-up*¹⁸.

¹⁵ In tema di ambiente e clima, alcune sono aperte alla raccolta firme, tra cui *Creazione di un'Autorità europea per l'ambiente*, *Tassare i grandi patrimoni per finanziare la transizione ecologica e sociale*, *Iniziativa dei cittadini europei per un'ALTERNATIVA VEGANA*; altre, invece, non hanno raggiunto il numero minimo di firme come *EcoScore europeo (European EcoScore)*; *#ReturnthePlastics: Un'iniziativa dei cittadini per attuare un sistema di cauzione e resa a livello dell'UE per il riciclaggio delle bottiglie di plastica*; *Tetti verdi (Green Garden Roof Tops)*; *Stop (((5G))) – Stay Connected but Protected (Stop (((5G))) Resta connesso ma protetto)*; *End The Slaughter Age*; *Green VAT – Un'IVA verde dell'UE per promuovere prodotti e servizi sostenibili e rispettosi dell'ambiente*.

¹⁶ A titolo esemplificativo, *Iniziativa della società civile per il divieto delle pratiche di sorveglianza biometrica di massa* non ha raccolto firme a sufficienza.

¹⁷ Dati aggiornati al 6 marzo 2024. Le ICE con risposta sono: *Fur Free Europe (Basta pellicce in Europa)*; *Salvare i cosmetici cruelty-free: impegnarsi per un'Europa senza sperimentazione animale*; *Stop Finning – Stop the trade (Stop all'asportazione e al commercio delle pinne di squalo)*; *Salviamo api e agricoltori! Verso un'agricoltura favorevole alle api per un ambiente sano*; *End the Cage Age*; *Vietare il glifosato e proteggere le persone e l'ambiente dai pesticidi tossici*; *Minority SafePack – Un milione di firme per la diversità in Europa*; *Stop Vivisection*; *Acqua potabile e servizi igienico-sanitari: un diritto umano universale! L'acqua è un bene comune, non una merce!*; *Uno di noi*.

¹⁸ *Comunicazione della Commissione relativa all'iniziativa dei cittadini europei "Acqua potabile e servizi igienico-sanitari: un diritto umano universale! L'acqua è un bene comune, non una merce!"*, Bruxelles, 19 marzo 2014, COM(2014) 177 final; *comunicazione della Commissione sull'iniziativa dei cittadini europei (ICE) "End the Cage Age"*, Bruxelles, 30 giugno 2021, C(2021) 4747 final; *Communication from the Commission on the European Citizens' Initiative (ECI) 'Save cruelty-free cosmetics – Commit to a Europe without animal testing'*, Bruxelles, 25 luglio 2023, C(2023) 5041 final, con l'impegno della Commissione a

I riscontri della Commissione in sede di valutazione variano per l'intensità degli impegni, formali e istituzionali, assunti nei confronti dei cittadini europei. In talune circostanze, l'esecutivo dell'Unione pianifica azioni in diverse direzioni, tra cui, l'ammodernamento della scienza nell'Unione con lo sviluppo di approcci alternativi e finanziamenti adeguati, unitamente alla revisione della normativa europea giudicata insufficiente¹⁹. In altre, la Commissione punta, nell'immediatezza, a intensificare le misure di monitoraggio della normativa europea già adottata²⁰, riservandosi, nel lungo periodo, la possibilità di elaborare proposte normative.

Nelle comunicazioni di rigetto, le valutazioni sono di tono differente, ma, pienamente, omogenee alla logica dell'istituto. L'esecutivo europeo, pure dichiarando di non proseguire in via legislativa, si adopera per assicurare una certa eco politica alle istanze dei cittadini, senza escludere di ritornare sul tema e/o di presentare proposte normative ai legislatori dell'Unione in un momento successivo. Accade così che l'istituzione consideri prioritario garantire che le proposte in discussione in seno ai legislatori siano adottate tempestivamente anziché proporre nuovi atti legislativi²¹; o assumersi l'impegno a intraprendere campagne di sensibilizzazione e di monitoraggio sull'attuazione della normativa europea da parte degli Stati membri²². Sovente, l'onere della Commissione si traduce in dettagliate tabelle di marcia che includono valutazioni di impatto periodiche, anche di respiro internazionale, e possibili interventi normativi all'esito del monitoraggio²³.

presentare una proposta legislativa entro la fine del 2023; *comunicazione della Commissione sull'iniziativa dei cittadini europei "Vietare il glifosato e proteggere le persone e l'ambiente dai pesticidi tossici"*, Strasburgo, 12 dicembre 2017, C(2017) 8414 final.

¹⁹ Cfr. *Salvare i cosmetici cruelty-free*.

²⁰ Cfr. *Vietare il glifosato e proteggere le persone e l'ambiente dai pesticidi tossici* e il monitoraggio del regolamento (UE) 2019/1381 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativo alla trasparenza e alla sostenibilità dell'analisi del rischio dell'Unione nella filiera alimentare. Per un commento: I. LOCK, *Debating Glyphosate: A Macro Perspective on the Role of Strategic Communication in Forming and Monitoring a Global Issue Arena Using Inductive Topic Modelling*, in *International Journal of Strategic Communication*, 2020, p. 233-245.

²¹ *Comunicazione della Commissione sull'iniziativa dei cittadini europei "Salviamo api e agricoltori! Verso un'agricoltura favorevole alle api per un ambiente sano"*, Bruxelles, 5 aprile 2023, C(2023) 2320 final.

²² *Comunicazione della Commissione sulla proposta di iniziativa dei cittadini intitolata «Minority SafePack»*, Bruxelles, 15 gennaio 2021, C(2021)171 final; *comunicazione della Commissione sull'iniziativa dei cittadini europei «Stop Vivisection»*, Bruxelles, 3 giugno 2015, C(2015) 3773 final.

²³ *Comunicazione della Commissione sull'iniziativa dei cittadini europei (ICE) «Stop Finning – Stop the Trade»*, Bruxelles, 5 luglio 2023, C(2023) 4489 final.

Pure nella loro indubbia eterogeneità, le risposte negative evidenziano quella proficua apertura democratica sollecitata dalla giurisprudenza europea²⁴. Esse, difatti, avviano il confronto politico-istituzionale in seno all'Unione e fanno sì che l'attenzione permanga sulle tematiche ritenute sensibili dalla collettività, indipendentemente, dalla presentazione di una bozza normativa specifica. Così lette, le decisioni di rigetto ridimensionano le scelte della Commissione di non intraprendere azioni normative, almeno, nel breve periodo, attribuendo loro il giusto significato europeo.

3. *L'ICE Politica di coesione per l'uguaglianza delle regioni e la sostenibilità delle culture regionali*

L'iniziativa *Politica di coesione per l'uguaglianza delle regioni e la sostenibilità delle culture regionali* ha animato, sin dal principio, il confronto tra l'Unione i suoi cittadini e gli Stati membri su taluni aspetti procedurali dell'istituto partecipativo, ma anche sui valori, sugli obiettivi e sulle politiche caratterizzanti il processo di integrazione europea.

La proposta, decisamente complessa, si fonda sulla politica di coesione economica, sociale e territoriale dell'Unione, prima ancora, sul rispetto dei valori fondamentali dell'Unione che, enunciati nell'articolo 2 TUE²⁵, comprendono la dignità umana, la democrazia, l'uguaglianza, lo Stato di diritto²⁶

²⁴ V. *supra*.

²⁵ Cfr. C. AMALFITANO, *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Cheltenham, 2018; R. BARATTA, *La "communauté de valeurs" dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, in *RAE*, 2018, p. 81-91; E. CANNIZZARO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori dell'Unione europea*, in AA. VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 159-169; A. VON BOGDANDY, L. D. SPIEKER, *Protecting Fundamental Rights Beyond the Charter. Repositioning the Reverse Solange Doctrine in Light of the CJEU's Article 2 TEU Case Law*, in M. BOBEK, J. ADAMS-PRASSL (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States*, Oxford, 2020, p. 525-546; C. AMALFITANO, F. CROCI, *Identificazione e ruolo delle clausole generali nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *DUE*, 2021, p. 9-42; A. VON ARNAULD, *Harmonisation through General Principles of Law*, in K. S. ZIEGLER, P. J. NEUVONEN, V. MORENO-LAX (eds.), *Research Handbook on General Principles in EU Law*, Cheltenham, 2022, p. 40-61; L. D. SPIEKER, *EU Values Before the Court of Justice: Foundations, Potential, Risks*, Oxford, 2023.

²⁶ Fra i contributi apparsi di recente: M. OVÁDEK, *The Rule of Law in the EU: Many Ways Forward But Only One Way to Stand Still?*, in *Journal of European Integration*, 2018, p. 495-503; M. SAFJAN, *The Rule of Law and the Future of Europe*, in *DUE*, 2019, p. 425-440; A. CIRCOLO, *Il valore dello Stato di diritto nell'Unione europea. Violazioni sistemiche e soluzioni di tutela*, Napoli, 2023.

e i diritti umani²⁷, in particolare modo, delle persone appartenenti a minoranze; richiama l'obiettivo dell'Unione di combattere l'esclusione sociale e le discriminazioni, di rispettare la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e di vigilare sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo²⁸.

Gli organizzatori chiedono, sostanzialmente, all'Unione di dotarsi della nozione di «regione a minoranza nazionale» al fine di riconoscere giuridicamente le aree geografiche connotate da specificità culturali, etniche, linguistiche o religiose, ben distinte da quelle delle zone circostanti; concretamente, di assegnare alle minoranze etniche le competenze amministrative necessarie per accedere, direttamente, ai fondi dell'Unione in materia di coesione e, quindi, per colmare i divari economici con le aree limitrofe a tutela delle peculiarità dei luoghi.

Il progetto ha catalizzato l'attenzione dei cittadini, soprattutto, dell'Europa orientale²⁹, in un crescendo di interazioni democratiche destinante a perdurare dal momento che, con sentenza del 22 febbraio 2024, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha validato la decisione di registrazione parziale adottata dalla Commissione nel 2019³⁰, dando il via alla fase decisiva dinanzi all'esecutivo europeo.

Di talché, l'iniziativa presenta (almeno) due profili meritevoli di appro-

²⁷ La dottrina in argomento è vastissima. Ci limitiamo a segnalare: J. WOUTERS (eds.), *The European Union and Human Rights: Law and Policy*, Oxford, 2020; J. WOUTERS, M. OVÁDEK, *The European Union and Human Rights: Analysis, Cases, and Materials*, Oxford, 2021.

²⁸ Art. 3 TUE; art. 22 Carta. Sui valori di identità nazionale: L. S. ROSSI, *Fundamental Values, Principles, and Rights After the Treaty of Lisbon: The Long Journey Toward a European Constitutional Identity*, in F. BERROD (ed.), *Europe(s), Droit(s) européen(s). Une passion d'universitaire. Liber amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, 2015, p. 511-524; ID., 2, 4, 6 (TUE) ... *l'interpretazione dell'"Identity Clause" alla luce dei valori fondamentali dell'Unione* in AA. VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano* cit., p. 858-870; V. SKOURIS, *L'identità nazionale: qui détermine son contenu et selon quels critères?*, in AA. VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, cit., p. 912-924.

²⁹ La percentuale più alta di firme è, in ordine, ungherese, slovacca e lituana. D'altra parte, il tema delle minoranze a carattere regionale è particolarmente sentito nei Paesi dell'Europa orientale e ha inciso al momento della loro adesione all'Unione. Cfr. C. SKALNIK LEFF, O. I. ARMEANU, *Ethnic Politics of the Hungarian Minorities in Slovakia, Romania, and Serbia in 2015*, in *European Yearbook of Minority*, 2017, p. 321-250; S. PUGLIESE, *La tutela delle minoranze nell'Unione europea: il caso della minoranza ROM*, in *DUE*, 2019, p. 331-365; K. BALINT, *Non-Territorial Autonomy in East-Central Europe: What about Romania?*, in *Central European Journal of Comparative Law (CEJCL)*, 2020, p. 87-110.

³⁰ *Romania/Commissione*, C-54/22 P, sopra citata.

fondimento. Uno, di respiro procedurale, coinvolge il giudice dell'Unione, più volte, chiamato a pronunciarsi sulla proposta, segnatamente, sulla normativa europea del 2011, a essa riferibile, con incursioni sull'inquadramento del progetto nel contesto dei trattati e delle politiche europee. Un secondo, di tipo politico, investe i valori democratici e socio-economici dell'Unione e spinge a indagare i futuri e possibili scenari giuridici, a partire dal riscontro che la Commissione potrebbe, concretamente, dare alla richiesta di introdurre nel diritto dell'Unione la nozione di regione a minoranza nazionale.

4. *La registrazione parziale e qualificata dell'iniziativa*

Sotto l'aspetto procedurale, l'iniziativa registra una storia singolare che, iniziata nel 2013, ha trovato epilogo lo scorso 22 febbraio 2024, a opera della Corte di giustizia.

Procedendo per gradi, nel 2013, la Commissione, ritenendo il progetto esorbitante rispetto alle proprie competenze, rispondeva in maniera negativa agli organizzatori che ne chiedevano la registrazione³¹. Investito della questione, il Tribunale dell'Unione confermava la decisione di rigetto³²; per contro, nel marzo 2019, la Corte di giustizia annullava in appello la sentenza di primo grado unitamente alla comunicazione controversa³³, riportando la vicenda al punto di partenza.

La Commissione, chiamata a pronunciarsi, nuovamente, sulla registrazione del progetto, decideva, nell'aprile 2019, di registrare parzialmente la proposta e di inquadrarla nell'ambito dell'articolo 177 TFUE³⁴. Il governo rumeno, probabilmente, preoccupato dalla possibilità che le istanze delle minoranze regionali trovassero seguito, impugnava la decisione dinanzi al Tribunale che, però, confermava l'operato procedurale e sostanziale della

³¹ Decisione della Commissione, del 25 luglio 2013, relativa alla domanda di registrazione dell'iniziativa dei cittadini europei «Politica di coesione per l'uguaglianza delle regioni e la preservazione delle culture regionali», C (2013) 4975 final. Cfr. B. TARNOK, *The Szekler National Council's European Citizens' Initiative – For the Equality of the Regions and Sustainability of the Regional cultures at the Court of Justice of the European Union*, in *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*, 2016, p. 489-506.

³² *Izsák e Dabis/Commissione*, T-529/13, sopra citata.

³³ *Izsák e Dabis/Commissione*, C-420/16 P, sopra citata.

³⁴ Decisione (UE) 2019/721 della Commissione, del 30 aprile 2019, sulla proposta d'iniziativa dei cittadini dal titolo «Politica di coesione per l'uguaglianza delle regioni e la preservazione delle culture regionali».

Commissione con sentenza del 10 novembre 2021³⁵. Come prevedibile, avverso la sentenza di primo grado, il governo rumeno, supportato da quello ungherese, proponeva appello dinanzi alla Corte di giustizia.

Quest'ultima, come già accennato, si è pronunciata nel febbraio 2024, chiarendo, definitivamente, gli aspetti procedurali della proposta e, per il suo tramite, dell'istituto partecipativo, con qualche incursione sul merito o, meglio, sulle basi giuridiche del progetto. In estrema sintesi, il giudice del Lussemburgo ribadisce che la Commissione può procedere alla registrazione parziale o qualificata della proposta; ancora, che l'articolo 177 TFUE, configura la giusta base giuridica del progetto e di una probabile proposta normativa.

Nell'immediatezza, occorre dire che la pronuncia si pone in linea con la giurisprudenza dell'Unione e che, quindi, le statuizioni, ivi formulate, erano, agevolmente, prevedibili alla luce della lettura organica e sistemica della normativa del 2011, applicabile al caso di specie, e delle conclusioni dell'avvocato generale³⁶, cui la Corte pure si è allineata.

Il percorso argomentativo si snoda, essenzialmente, su due aspetti. Il primo riguarda i principi che disciplinano il procedimento di registrazione di una proposta. In merito, la Corte rammenta, ancora una volta, che affinché un'ICE sia registrata, il progetto non deve esulare manifestamente dalla competenza della Commissione di presentare una proposta normativa ai fini dell'applicazione dei trattati. La limitata flessibilità del caso intende incoraggiare la partecipazione dei cittadini alla vita democratica dell'Unione e rendere quest'ultima più accessibile³⁷. Pertanto, l'istituzione deve procedere alla registrazione ogni qualvolta, a una prima analisi, non sia provato che la proposta superi la sua competenza a formulare proposte normative ai legislatori dell'Unione.

Sul punto, ormai granitico, si innesta la novità di rilievo della pronuncia di appello, vale a dire la riflessione sulle basi giuridiche della proposta. La Corte, innanzitutto, esclude, al pari del Tribunale, l'esistenza di un obbligo per la Commissione di esaminare se la proposta possa trovare un fondamento in una qualsiasi delle disposizioni dei trattati, incluse quelle non espressamente considerate dagli organizzatori. Subito dopo, avvalora, sotto il profilo formale e sostanziale, la scelta dell'esecutivo europeo di individuare nell'art. 177 TFUE, pure menzionato dagli organizzatori, il potenziale fondamento

³⁵ *Romania/Commissione*, T-495/19, sopra citata.

³⁶ Conclusioni C-54/22 P, sopra citate.

³⁷ *Romania/Commissione*, C-54/22 P, sopra citata, punti 39-53. V. anche: *Anagnostakis/Commissione*, C-589/15 P, sopra citata; *Izsák e Dabis/Commissione*, C-420/16 P, sopra citata; *Romania/Commissione*, C-899/19 P, sopra citata.

giuridico degli atti legislativi dell'Unione. Per tale via, la sentenza conferma l'inquadramento della proposta nell'ampio contesto della politica di coesione economica, corroborando l'impianto ermeneutico del giudice di prime cure anche sotto il profilo procedurale.

Il secondo profilo concerne, più da vicino, la possibilità della Commissione di qualificare la registrazione. La Corte ritiene opportuno definire la questione in una visione di insieme semantica e giuridica. A suo dire, le espressioni «inquadramento», «qualificazione» e «registrazione parziale», usate dal Tribunale, esprimono un'unica nozione, ossia la registrazione parziale di una proposta che non ne riporti integralmente il contenuto, ma ne circoscriva la portata alla luce delle proposte degli atti giuridici specifici che ne deriverebbero oppure, come nella fattispecie, in ragione dell'individuazione degli atti giuridici di cui si propone l'adozione o, più in generale, del modo in cui è definito l'oggetto.

Pure vero, osserva la Corte, che la normativa del 2011, non prevede espressamente la possibilità di procedere alla registrazione parziale³⁸; nondimeno, la corretta interpretazione di una norma di diritto dell'Unione deve tenere conto della formulazione letterale, del contesto, del suo effetto utile, ancora, degli scopi perseguiti dalla normativa di riferimento³⁹. Ne deriva che la condizione di registrazione va rapportata agli obiettivi perseguiti dall'ICE di accrescere il coinvolgimento dei cittadini nella vita democratica dell'Unione e di avvicinare quest'ultima a essi. Pertanto, la fase di registrazione deve essere condotta dalla Commissione in modo da assicurare l'azionabilità dell'istituto. *A contrario*, se si nega all'esecutivo europeo la facoltà di qualificare la proposta, si rischia di rifiutare la registrazione anche nel caso in cui soltanto una parte del progetto eccede la competenza a presentare una proposta legislativa.

5. *Gli aspetti politici della proposta: le tutele delle «regioni a minoranza nazionale»*

Quanto ai profili politici, pare doveroso fornirne l'inquadramento giuridico a livello internazionale e dell'Unione europea.

³⁸ Art. 4, par. 2, lett. b), regolamento (UE) n. 211/2011, cit.

³⁹ *Romania/Commissione*, C-54/22 P, sopra citata, punto 63; Corte giust. 22 dicembre 2022, C-383/21 e C-384/21, *Sambre & Biesme e Commune de Farciennes*. Sia consentito rinviare a C. PESCE, *Il principio dell'effetto utile e la tutela dei diritti nella giurisprudenza dell'Unione*, in *SIE*, 2014, p. 359-376.

A livello internazionale, la dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone appartenenti alle minoranze nazionali o etniche, religiose e linguistiche del 1992 e la Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali del Consiglio d'Europa del 1995, pure rappresentando i principali testi di riferimento, non contengono una definizione chiara delle minoranze nazionali. Tuttavia, il fenomeno trova le sue linee essenziali nella raccomandazione 1201 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (1993) relativa a un protocollo addizionale sui diritti delle minoranze alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il testo del 1993 parla delle minoranze nazionali come gruppi di persone presenti in uno Stato, di cui sono cittadini e con cui mantengono legami antichi, solidi e duraturi. Nello specifico, codesti gruppi di individui presentano caratteristiche etniche, culturali, religiose o linguistiche specifiche; sono sufficientemente rappresentativi, sebbene numericamente inferiori al resto della popolazione nazionale o regionale; soprattutto, sono animati dalla volontà di preservare insieme ciò che costituisce la loro comune identità, incluse la cultura, le tradizioni, la religione o la lingua.

La questione, quindi, investe, principalmente, i governi nazionali. Del resto, il legame forte delle persone partecipi alle minoranze con gli Stati di appartenenza giustifica gli oneri e le prerogative dei governi nazionali, tenuti a regolamentare e a tutelare le realtà locali in ragione delle specificità etnico-territoriali, delle loro carte costituzionali, delle convenzioni di diritto internazionale ratificate⁴⁰ e delle indicazioni fornite dal Consiglio d'Europa.

Forsanche per questa ragione, gli Stati fondatori della Comunità e poi revisori dei trattati non hanno inteso corredare il diritto primario di disposizioni specifiche. Il Trattato di Roma tracciava un profilo marcatamente economico delle minoranze presenti nei territori comunitari, tutelandone il

⁴⁰ V., in particolare: ONU, Dichiarazione sui diritti delle persone appartenenti alle minoranze nazionali o etniche, religiose e linguistiche (1992); Consiglio d'Europa, Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali, Strasburgo, 1° febbraio 1995. Tra i contributi recenti, cfr.: M. V. MATIJEVIC, *Adequate Representation of Persons Belonging to National Minorities in Public Sector: the Nature, Content and Scope of Obligations in the Comments of the Advisory Committee for the Framework Convention*, in *Foreign Legal Life*, 2020, p. 55-68; E. CRAIG, *The Framework Convention for the Protection of National Minorities and Internalization: Lessons from the Western Balkans*, in *Review of Central and East European Law*, 2021, p. 1-40; T. JACOB-OWENS, *Immigration and Multicultural Citizenship in Europe: Insights from the Framework Convention for the Protection of National Minorities*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, 2021, p. 167-197; V. TUDISCO, *National Human Rights Institutions and Access to Justice for National Minorities in Europe*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, 2022, p. 577-603.

diritto alla parità di retribuzione e il divieto di discriminazione basata sulla nazionalità⁴¹. L'Atto unico europeo parlava di diritti fondamentali stabiliti negli Stati membri, mentre il Trattato di Maastricht conteneva un riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Successivamente, il Trattato di Amsterdam ha ampliato la prospettiva dei diritti umani, gettando le premesse dei lavori di Lisbona.

Nel sistema giuridico attuale, la tutela dei diritti di minoranze linguistiche, etniche o nazionale ha una propria significatività nel contesto delle politiche di allargamento dei suoi confini⁴². Una grave violazione del valore del rispetto dei diritti delle persone appartenenti a minoranze può, altresì, aprire la procedura di cui all'articolo 7 TUE, con le note conseguenze del caso. Del pari, i diritti delle minoranze trovano garanzie nei principi di non discriminazione e di parità di trattamento, esplicitati in taluni atti di diritto derivato⁴³. Più in generale, un ruolo chiave, ma non incisivo, è svolto dall'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA)⁴⁴.

Pure vero che i trattati vigenti hanno inserito le tutele delle persone appartenenti alle minoranze tra i valori dell'Unione di cui all'articolo 2 TUE;

⁴¹ B. DE WITTE, *Market Integration and Cultural Diversity in EU Law*, in V. VADI, B. DE WITTE (eds.), *Culture and International Economic Law*, London, 2015, p. 193 ss.

⁴² Artt. 6 e 49 TUE. Cfr. S. MONTALDO, *Art. 49 TUE*, in M. C. BARUFFI, F. POCAR, *op. cit.*; B. NASCIMBENE, C. SANNA, *Art. 6 TUE*, in A. TIZZANO, *op. cit.*; M. PEDRAZZI, *Art. 6 TUE*, in M. C. BARUFFI, F. POCAR, *op. cit.*; M. PUGLIA, *Art. 49 TUE*, in A. TIZZANO, *op. cit.* Cfr. K. TOPIDI, *Are the Copenhagen Criteria Undermined by the Lisbon Treaty?*, in *European Yearbook of Minority*, 2013, p. 37-59; J. SARGENTINI, A. DIMITROVS, *The European Parliament's Role: Towards New Copenhagen Criteria for Existing Member States*, in *JCMS*, 2016, p. 1085-1092; E. HITAJ, *L'allargamento dell'Unione europea verso i balcani occidentali. Stabilità politica della regione oltre i criteri di Copenaghen?*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2017, p. 49-65; L. OGNJANOSKA, *Promoting the Rule of Law in the EU Enlargement Policy: A Twofold Challenge*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2021, p. 237-278.

⁴³ Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000 (versione consolidata); regolamento (CE) n. 1007/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009. Cfr., *ex multis*: G. TOGGENBURG, *The Race Directive: A New Dimension in the Fight against Ethnic Discrimination in Europe*, in *European Yearbook of Minority Issues*, 2002, p. 231 ss.

⁴⁴ Regolamento (CE) n. 168/2007 del Consiglio, del 15 febbraio 2007, che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali. L'Agenzia, che opera in stretta collaborazione con il Consiglio d'Europa e l'OSCE, non rappresenta l'organo di controllo della Carta, pure adottandola come parametro di riferimento, né le sue conclusioni sono vincolanti. Cfr. G. N. TOGGENBURG, *Exploring the Fundament of a New Agent in the Field of Rights Protection: The F(undamental) R(ights) A(gency) in Vienna*, in *European Yearbook of Minority Issues Online*, 2010, p. 597-625.

l'articolo 3 TUE dichiara, al suo terzo paragrafo, che l'Unione rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica⁴⁵ nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche ed azioni l'Unione, dovendo tenere conto della lotta contro l'esclusione sociale e mirare a combattere le discriminazioni fondate sulla razza o l'origine etnica⁴⁶. Ancora, la Carta menziona le minoranze nel divieto di discriminazioni e nel rispetto della diversità culturale, religiosa e linguistica, rispettivamente, agli articoli 21 e 22.

Ciò nonostante, le minoranze regionali a carattere etnico non trovano, ufficialmente, spazio nei trattati o nel diritto derivato; né, tantomeno, si registra fra i Paesi membri una visione comune sulla loro qualificazione giuridica⁴⁷. Ne deriva che l'Unione non gode di una competenza pregnante in materia di diritti delle minoranze, ma ne deve garantire le tutele da parte del diritto europeo.

Nel silenzio dell'ordinamento europeo, una soluzione positiva alla proposta, qui vagliata, proviene dalla Corte di giustizia e dal Parlamento europeo, in armonia con la linea estensiva ed evolutiva tracciata a Lisbona. Entrambe le istituzioni, seppure in circostanze differenti, aprono prospettive sul possibile riconoscimento delle prerogative delle minoranze a carattere nazionale nel diritto dell'Unione⁴⁸, nell'alveo della politica di coesione economica, sociale e territoriale.

⁴⁵ La diversità linguistica e culturale è richiamata nelle politiche dell'Unione dedicate all'istruzione (art. 165, par. 1, TFUE) e alla cultura (art. 167, par. 1, TFUE). Cfr. E. DE GOTZEN, *Art. 165 TFUE*, in M. C. BARUFFI, F. POCAR, *op. cit.*; M. MARLETTA, *Art. 167 TFUE*, in A. TIZZANO, *op. cit.*; M. MIGLIAZZA, *Art. 167 TFUE*, in M. C. BARUFFI, F. POCAR, *op. cit.*; D. SAVY, *Art. 165 TFUE*, in A. TIZZANO, *op. cit.* V. anche: A. ADINOLFI, "Diversità" culturale e politica dell'immigrazione dell'Unione europea, in M. MARLETTA, N. PARISI (a cura di), *Multiculturalismo e Unione Europea*, Torino, 2008, p. 81; F. CARUSO, *Le competenze dell'Unione europea e degli Stati membri in materia di "istruzione"*, in *Diritto e società*, 2010, p. 207 ss.; D. SAVY, *I confini della competenza dell'Unione europea nel settore culturale*, in *Rivista Internazionale di Studi Europei*, 2015, p. 35 ss.; C. PESCE, *Cultura*, in G. TESAURO, (a cura di) P. DE PASQUALE, F. FERRARO, *op. cit.*, p. 462-468.

⁴⁶ Artt. 9 e 10 TFUE.

⁴⁷ Sulle minoranze presenti nei territori europei: T. AHMED, *The Impact of EU Law on Minority Rights*, Oxford, 2011; G. GULIYEVA, *Defining the Indefinable: A Definition of 'Minority' in EU Law*, in T. H. MALLOY, J. MARKO (eds.), *Minority Governance in and beyond Europe – Celebrating 10 Years of the European Yearbook of Minority Issues*, Nijhoff, 2014, p. 165-198; U. BARTEN, *Minority Rights in the European Union after Lisbon*, in *Nordic Journal of Human Rights*, 2015, p. 74-94; A. ASLI BILGIN, *Minority Protection in the European Union: To Protect Or Not to Protect*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, 2019, p. 92-115.

⁴⁸ N. NAGY, M. SZAPPANYOS, *The Rights of European Minorities: Justice, Public Administration, Participation, Transfrontier Exchanges and Citizenship – International Developments in 2021*, in *European Yearbook of Minority Issues*, 2021, p. 133-160.

Precisamente, come già ricordato, il Tribunale⁴⁹ e la Corte di giustizia⁵⁰, collocano la proposta, a pieno titolo, nell'ambito delle politiche di coesione economica, sociale e territoriale. Benché, infatti, una regione «a minoranza nazionale» non sia da ricomprendersi tra le aree che, a mente dei trattati, presentano «gravi e permanenti svantaggi naturali o demografici», è altrettanto vero che, in certi territori, le peculiarità etniche, linguistiche, culturali o religiose possono influire negativamente in termini di sviluppo, al punto da rendere necessario un intervento dell'Unione finalizzato al rafforzamento della coesione economica, sociale e territoriale di quella particolare area geografica. D'altra parte, l'elenco degli svantaggi che richiedono di rivolgere un'attenzione particolare a una specifica regione, tracciato dall'articolo 174 TFUE, è meramente esemplificativo⁵¹.

Ne deriva che il sostegno dell'Unione alle aree minoritarie dal punto di vista etnico, linguistico, culturale e religioso, colpite da gravi e permanenti svantaggi di ordine economico e sociale, risponde alle finalità dei trattati⁵².

Anche il Parlamento europeo, sin dai primi anni duemila⁵³ e, più di recente, nel 2018⁵⁴, non esclude la possibilità che l'Unione intervenga a tutela delle minoranze nazionali presenti nei suoi territori alla luce, principalmente, dei valori e degli obiettivi di cui agli articoli 2 e 3 TUE e della politica di coesione nella sua matrice redistributiva. A suo parere, ferme restando le competenze dei governi nazionali, l'Unione può pronunciarsi su una varietà di questioni attinenti alle persone che si identificano nelle minoranze nazionali.

⁴⁹ *Romania/Commissione*, T-495/19, sopra citata.

⁵⁰ *Romania/Commissione*, C-54/22 P, sopra citata.

⁵¹ *Izsák e Dabis/Commissione*, C-420/16 P, sopra citata.

⁵² Sul vasto argomento delle minoranze nazionali: Corte giust. 24 aprile 2012, C-571/10, *Kamberaj*; *Izsák e Dabis/Commissione*, C-420/16 P, sopra citata; *Romania/Commissione*, C-899/19 P, sopra citata. V. anche: *Izsák e Dabis/Commissione*, T-529/13, sopra citata; *Minority SafePack – One Million Signatures for Diversity in Europe/Commissione*, T-646/13, sopra citata; *Romania/Commissione*, T-391/17, sopra citata; *Romania/Commissione*, T-495/19, sopra citata; *Minority SafePack – One Million Signatures for Diversity in Europe/Commissione*, T-158/21, sopra citata.

⁵³ Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 giugno 2005 sulla protezione delle minoranze e le politiche contro la discriminazione nell'Europa allargata.

⁵⁴ Risoluzione del Parlamento europeo del 13 novembre 2018 su norme minime per le minoranze nell'UE. V. anche: Risoluzione del Parlamento europeo del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea; Risoluzione del Parlamento europeo del 7 febbraio 2018 sulla protezione e la non discriminazione delle minoranze negli Stati membri dell'UE.

Allo scopo, diverse sue risoluzioni sollecitano la Commissione a formulare una proposta legislativa sulle norme minime di protezione delle minoranze nell'Unione che definisca la nozione europea di «minoranza nazionale» in maniera flessibile, essendo il fenomeno difficilmente inquadrabile. A suo parere, il testo dovrebbe rispettare non solo i principi di sussidiarietà e di proporzionalità, ma anche gli impegni internazionali dell'Unione⁵⁵ e le indicazioni fornite dalla raccomandazione del Consiglio d'Europa del 1993, già ricordata.

Il monito del Parlamento europeo ha, sinora, avuto un seguito meramente politico con l'impegno della Commissione, annunciato all'esito dell'ICE *Minority SafePack*, ad avviare campagne di sensibilizzazione sulle minoranze e di monitoraggio sulle azioni degli Stati membri. Pure va detto che *Minority SafePack*, su cui il confronto è stato acceso, resta circoscritta alla tutela delle minoranze, per lo più, linguistiche⁵⁶; per contro, la proposta qui ripercorsa, è il caso di ribadirlo, punta all'autonomia amministrativa delle aree regionali a minoranza nazionale.

6. *Le possibili evoluzioni normative in seno all'Unione*

In un simile scenario, la risposta discrezionale della Commissione, ormai prossima, può segnare un cambio di rotta in seno all'Unione.

Abbozzando una prima ipotesi, forse più realistica e immediata, l'esecutivo europeo può decidere di non proseguire, almeno inizialmente, con una proposta normativa. Una soluzione del genere è in armonia con la recente prassi della Commissione di proseguire il dialogo sui temi oggetto dell'ICE, qualora permangano, verosimilmente, dubbi sulla fattibilità di una proposta normativa. Difatti, nel caso di specie, il raggiungimento di scelte corali potrebbe essere osteggiato dai governi che si sentono minacciati per le ricadute

⁵⁵ Cfr. Linea guida n. 5 sulle relazioni tra il Consiglio d'Europa e l'Unione europea, adottata dai capi di Stato e di governo degli Stati membri del Consiglio d'Europa, riunitisi a Varsavia il 16 e 17 maggio 2005.

⁵⁶ Cfr. B. TARNOK, *European Minorities Win a Battle in Luxembourg the Judgment of the General Court in the Case Minority SafePack European Citizens' Initiative*, in *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*, 2017, p. 271-286; K. CREPAZ, *The Minority SafePack Initiative: A European Participatory Process Supporting Cultural Diversity*, in *European Yearbook of Minority Issues*, 2018, p. 23-52; B. TARNOK, *European Citizens' Initiatives for the Protection and Promotion of Rights and Interests of National Minorities: Latest Developments*, in *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*, 2020, p. 299-313.

interne in termini di oneri normativi, strutturali e di *chance* di accesso ai fondi europei e che, difatti, hanno più volte chiesto ai giudici dell'Unione di annullare la decisione di registrazione.

La delicatezza e la portata della questione sembrano, cioè, suggerire alla Commissione di impegnarsi sul piano politico, avviando conferenze, confronti interistituzionali ai diversi livelli riguardati oppure procedendo con atti di natura non legislativa, quale, ad esempio, la pubblicazione di un libro verde, seguito da uno bianco.

Per contro, l'istituzione, qualora decida di procedere in via normativa, potrebbe optare per una proposta di direttiva che delinei la nozione di «regione a minoranza nazionale» in maniera elastica, come suggerito dalla Corte di giustizia e dal Parlamento europeo. Il testo potrebbe fondarsi sulla coesione economica dell'Unione, segnatamente, sul combinato disposto degli articoli 174 e 177 TFUE, già individuato dai giudici dell'Unione. Le disposizioni, invero, restituiscono una nozione particolarmente ampia e non esaustiva delle regioni, potenzialmente, interessate dai provvedimenti strutturali; descrivono, in generale, gli obiettivi delle politiche di coesione e, conseguentemente, conferiscono alle istituzioni europee un'ampia facoltà in merito alle misure da intraprendere, nel rispetto della sussidiarietà. Per tale via, l'Unione potrebbe conciliare, non senza difficoltà, le finalità dei trattati con le competenze e le esigenze particolari degli Stati in fase di recepimento.

Residua una terza circostanza, a nostro avviso remota. La Commissione decide di non procedere in alcun modo. In tale caso, non è escluso che i promotori reiterino la proposta dopo averla, opportunamente, rimodulata, forti del largo supporto ricevuto in fase di sottoscrizione e, soprattutto, della tenacia sinora dimostrata nel volere usare lo strumento partecipativo per scrivere un passo importante nella storia delle minoranze dell'Unione.

A prescindere dal contenuto, la valutazione della Commissione aprirà il dibattito politico, probabilmente, con il coinvolgimento del Parlamento europeo e con una sua nuova risoluzione in linea con gli omologhi testi sinora apparsi.

7. *Considerazioni conclusive e prospettive future*

In ragione di quanto sinora esposto, l'istituto dell'ICE rappresenta un catalizzatore per un coerente sviluppo del processo democratico all'interno dell'Unione. Lo strumento, invero, agevola la discussione qualificata in seno alle istituzioni dell'Unione sui temi che formano oggetto di una specifica

proposta; soprattutto, contribuisce a rafforzare la fiducia nelle istituzioni europee e a promuovere la partecipazione attiva dei cittadini all'elaborazione delle politiche dell'Unione.

Se tanto pare corretto e in linea con i trattati, i limiti che ne frenano le potenzialità hanno, probabilmente, origine diversa e, per lo più, pragmatica. In particolare, gli aspetti procedurali, gli oneri dei promotori, gli incerti esiti delle iniziative, per citarne alcuni, sono, forse, all'origine della scarsa attrattiva dell'istituto per i cittadini e, conseguentemente, del ruolo marginale che la partecipazione democratica digitale riveste nel quadro generale delle procedure deliberative dell'Unione.

Ciò non significa che lo strumento sia del tutto inefficace, ma che è possibile migliorarne la portata e l'impatto. Del resto, gli ammonimenti giurisprudenziali, più volte ricordati, evidenziano l'opportunità di guardare al fine ultimo dell'istituto di animare il dibattito politico europeo piuttosto che ai suoi limiti, pure correggibili.

Il monito, ben inteso, è rivolto all'Unione, il cui processo decisionale dovrebbe implementare canali aperti e informali di dibattito pubblico e guardare all'ICE come a un contenitore democratico di istanze manifestate dal basso di cui tenere conto nell'elaborazione del diritto dell'Unione; più specificamente, alla Commissione, tenuta a interessare la collettività, a diffondere lo strumento, a sostenere e a formare i promotori sulle soluzioni in caso di inammissibilità, parziale o totale, sulla facoltà di modificare e di ripresentare le proposte. Anche i cittadini europei ne sono riguardati, atteso che potrebbero ricorrere all'istituto, con maggiore frequenza e insistenza, al fine di fare sentire, tangibilmente, la propria voce sulle scelte dell'Unione. A una analisi critica, la Corte sembra, inoltre, invitare le parti coinvolte a una sana collaborazione, fiducia e apertura reciproca. Sicché, il filtro della Commissione può configurare la traduzione corretta ed europea delle istanze formulate dal basso, vale a dire una garanzia sistemica e non un muro burocratico difficilmente valicabile.

D'altro canto, l'iniziativa qui esaminata dimostra che l'ICE è funzionale all'avvio del confronto in seno all'Unione sui temi rilevanti per il processo di integrazione. Le richieste delle regioni a minoranza nazionale richiamano l'attenzione dell'Unione sulle esigenze delle comunità periferiche e singolari, in un'ottica di prossimità europea e di progresso socioeconomico equo e inclusivo che rispetta le diversità⁵⁷ e che ricalca la logica redistribu-

⁵⁷ P. DI CARO, U. FRATESI, *The Role of Cohesion Policy for Sustaining the Resilience of European Regional Labour Markets During Different Crises*, in *Regional Studies*, 2023, p. 2426-2442.

tiva tradizionale, ma non per questo meno attuale, della politica di coesione dell'Unione. Pure va riconosciuto che il taglio argomentativo della proposta ha anticipato l'attuale filone dell'ICE che, apertosi nel periodo pandemico, denota una determinazione partecipativa di nuovo genere, ma anche il bisogno di ampliare il concetto di cittadinanza europea e di porre l'accento sui diritti umani e politico-sociali.

La proposta ha, altresì, richiamato l'attenzione sulle difficoltà che i promotori incontrano lungo tutta la procedura, a partire dalla fase di registrazione del progetto. Sebbene molte problematiche siano state chiarite dalla Corte di giustizia, permangono profili perfettibili. La gran parte di essi chiama la Commissione a tenere comportamenti proattivi, in linea con il suo compito istituzionale di cura dell'interesse dell'Unione.

Sembra, cioè, provenire dal basso il monito all'istituzione a curare meglio il rapporto con i promotori al fine di effettuare una valutazione seria ed efficace dei contributi dei cittadini; a instaurare un dialogo sempre più aperto e imparziale, lungo le diverse fasi di raccolta e di esame, in merito agli obiettivi del progetto e ai mezzi per conseguirli, aumentando le possibilità di un seguito legislativo a lungo termine.

In senso più ampio, emerge l'onere della Commissione di affiancare i promotori, promuovendo, ancora più, il ricorso all'istituto sui canali *social* in piena trasparenza dei risultati sinora conseguiti; in eguale modo, di snellire gli oneri burocratici gravanti sui promotori, reintroducendo, a titolo esemplificativo, l'opzione per i sistemi individuali di raccolta elettronica, al fine di rafforzare la dimensione digitale dell'ICE e di pianificare le azioni adeguate al contesto multilingue e multiculturale degli Stati membri. Si potrebbe, dunque, incoraggiare l'uso della firma digitale (eID) che, come noto, permette all'utente di procedere alla sottoscrizione senza il supporto di un operatore che ne riconosca l'identità. Ciò permetterebbe di superare molte delle difficoltà e delle lungaggini legate alla fase di verifica delle firme raccolte che impegna le amministrazioni nazionali in farraginose operazioni. Ben inteso, la logica inclusiva impone di affiancare il sistema di firma certificata ai metodi tradizionali di supporto delle iniziative, sinora adottati. Parallelamente, andrebbero intraprese misure tese a semplificare, ulteriormente, e/o ad armonizzare le norme nazionali sulla raccolta di dati, sulle garanzie dei promotori di accesso ai fascicoli delle autorità competenti per verificare le decisioni di certificazione in sede giurisdizionale.

A nostro avviso, poi, andrebbe meglio enfatizzata l'appartenenza dell'istituto all'ampio sistema democratico e partecipativo dell'Unione, ammettendone interazioni con il diritto di petizione, con la preiniziativa legislativa

del Parlamento europeo. Quest'ultimo gode di una posizione privilegiata per rilanciare l'ICE dal momento che la disciplina vigente lo chiama a esaminare le azioni intraprese dalla Commissione in risposta all'iniziativa. Invero, in occasione dell'audizione pubblica, che si tiene dinanzi a sé entro tre mesi dalla presentazione dell'iniziativa alla Commissione, le parti possono discutere gli interessi in gioco e addivenire a un loro bilanciamento con l'ausilio di commissioni di esperti coinvolti *ad hoc*. Ne può seguire, una discussione in aula e l'approvazione di una risoluzione che valuti il sostegno politico alla proposta.

Più astrattamente, il rilancio della partecipazione dei cittadini alla vita democratica dell'Unione pare legato alla formazione civica e culturale dell'individuo. Sicché, i programmi di istruzione scolastica e universitaria dovrebbero includere, sempre più, i temi della partecipazione dal basso ai processi decisionali dell'Unione, implementando l'iniziativa della Commissione tesa a promuovere un modulo didattico sull'ICE per le scuole superiori⁵⁸. Del resto, se si considera che i giovanissimi possono dimostrare una viva sensibilità democratica, forsanche, per la consapevolezza e/o l'entusiasmo di rappresentare il futuro prossimo dell'Unione, l'età minima necessaria per sostenere l'ICE andrebbe abbassata, mutuando le riforme intraprese da alcuni Stati membri (Austria, Malta). Al netto di tanto, gli intenti inclusivi dell'Unione suggeriscono di realizzare campagne di promozione dell'istituto capaci di coinvolgere i cittadini che vivono nelle zone remote o comunque disagiate dei Paesi membri; conseguentemente, di potenziare quelle azioni territoriali che, al momento, sembrano essere svolte, essenzialmente, dagli "ambasciatori dell'iniziativa dei cittadini europei", cioè da cittadini europei competenti sui temi della partecipazione, impegnati a fare conoscere l'istituto e a favorire la partecipazione della comunità al processo decisionale europeo⁵⁹.

⁵⁸ Cfr. la pagina istituzionale dell'ICE.

⁵⁹ Codeste figure provengono da un'ampia gamma di organizzazioni attive a livello europeo, nazionale o regionale e hanno in comune un'esperienza nel campo della democrazia partecipativa.

Abstract (ita)

L'iniziativa dei cittadini europei (ICE) ha, sinora, avuto un impatto modesto in termini di partecipazione e di riforme intraprese dall'Unione. I limiti dello strumento partecipativo, tra cui il filtro della Commissione, essenzialmente, ad imbuto, paiono inficiarne la riuscita e, prima ancora, comprometterne l'attrattiva per i cittadini dell'Unione. Ciò nonostante, in talune circostanze, l'istituto riesce ad animare il dibattito democratico europeo. In quest'ottica, l'iniziativa "Politiche di coesione per l'uguaglianza delle Regioni e la preservazione delle culture regionali", che sta impegnando l'Unione, i cittadini europei e i governi dei membri sulle tutele riconoscibili alle regioni a minoranza nazionale, esprime la capacità dell'ICE di aprire il confronto politico in seno all'Unione, con il coinvolgimento della Corte di giustizia.

Abstract (eng)

The European Citizens' Initiative (ECI) has, so far, had a modest impact in terms of participation and reforms undertaken by the Union. The limits of the participatory instrument, including the essentially funnel-like filter of the Commission, appear to undermine its success and, even before that, compromise its attractiveness for the citizens of the Union. Nonetheless, in certain circumstances, the institute manages to animate the European democratic debate. From this perspective, the initiative "Cohesion policies for the equality of the Regions and the preservation of regional cultures", which is engaging the Union, European citizens and member governments on the protections afforded to national minority regions, expresses the ability of the ECI to open political debate within the Union, with the involvement of the Court of Justice.

FUTURO DELL'UNIONE E COSCIENZA POLITICA EUROPEA

Ennio Triggiani*

SOMMARIO: 1. Partiti politici europei e democrazia sovranazionale. – 2. Centralità dello Stato di diritto. – 3. Cittadinanza “europea” e iniziativa *Tax the Rich*. – 4. Crisi della sovranità nazionale e riforma dei Trattati.

1. *Partiti politici europei e democrazia sovranazionale*

Il futuro dell'Unione europea, al fine di evitarne una altrimenti ineluttabile decadenza, non può che essere strettamente legato al rafforzamento del processo d'integrazione sovranazionale. E questa può determinarsi ed avere possibilità di successo solo attraverso un ulteriore consolidamento delle sue basi valoriali e democratiche. Tuttavia, senza una convincente spinta “dal basso” e una diffusa partecipazione di cittadini coscienti della propria connotazione “europea” difficilmente tale progetto potrà avere possibilità di successo. In altri termini, è indispensabile che si formi progressivamente una “coscienza politica europea” basata sulla consapevolezza che gli Stati nazionali risultano del tutto inadeguati nella capacità di governo delle grandi questioni contemporanee.

L'elezione del nuovo Parlamento europeo (PE) rappresenta, in proposito, un momento di grande importanza per comprendere quanto nell'opinione pubblica europea esista la convinzione del ruolo strategico che la storia affida al nostro Continente. Il problema è che, purtroppo, non esiste questa opinione pubblica europea ma abbiamo la sommatoria di opinioni pubbliche nazionali. Almeno, le precedenti esperienze elettorali, soprattutto in Italia, si sono caratterizzate per dinamiche soprattutto interne e non, come dovrebbe essere, per una valutazione del futuro del processo d'integrazione. Il rischio, anche nelle elezioni di giugno 2024, è che le elezioni europee vengano considerate soprattutto un grande sondaggio d'opinione per testare il peso politico dei partiti in un'ottica puramente nazionale.

Del resto, l'intermediazione degli Stati membri, nel sistema istituzionale “comunitario”, è ancora troppo rilevante sotto più profili, considerata la natura della democrazia “mediata” per cui la partecipazione si esplica per

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

il tramite dei *partiti politici*. Il problema è che non esistono strumenti od organismi a livello europeo realmente idonei a promuovere la “coscienza politica europea”. Infatti, è del tutto inattuato l’art. 10, par. 4, TUE in cui ci si riferisce a «partiti politici a livello europeo che contribuiscono a formare una coscienza politica europea e ad esprimere la volontà dei cittadini dell’Unione». E questo nonostante l’art. 12, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, adottata a Nizza nel dicembre 2000, sottolinei il loro contributo a «esprimere la volontà politica dei cittadini dell’Unione». Pertanto, i partiti europei, insieme con le collegate Fondazioni¹, dovrebbero costituire un perno della “democrazia rappresentativa” nell’Unione (art. 10, par. 1, TUE), rafforzando la dimensione transnazionale del dibattito pubblico in particolare nella campagna elettorale che precede le elezioni per il PE. Ma i gruppi parlamentari nell’Assise di Strasburgo, pur formati sulla base di affinità politiche, costituiscono una realtà ben diversa e, certo operando nel quadro istituzionale dell’Unione, hanno invece espressione o rappresentatività all’interno degli Stati membri di scarsissimo e generalmente simbolico rilievo². Così come non vengono formate liste transnazionali nelle elezioni

¹ Il regolamento (CE) n. 2004/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici a livello europeo ha introdotto un regime di finanziamento misto per i *partiti europei*, finanziati per il 75% dal budget comunitario e per il restante 25% da altre risorse come donazioni o contributi. A completamento della loro attività il successivo regolamento (CE) n. 1524/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2007, recante modifica del regolamento (CE) n. 2004/2003 relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici a livello europeo, ha riconosciuto le *Fondazioni politiche* ad essi affiliate e previsto il loro finanziamento. Infine, il regolamento (UE, Euratom) n. 1141/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2014, relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee ha attribuito loro un nuovo *status* legale e ha stabilito un’Autorità indipendente per la loro registrazione. Quest’ultimo regolamento è stato ulteriormente emendato nel 2018, in relazione ai criteri per la registrazione ed il finanziamento, aumentando la quota di fondi UE, e nel 2019, introducendo obblighi per la protezione dei dati personali accompagnati da sanzioni.

² Attraverso la formazione di un gruppo, i deputati accettano automaticamente di condividere l’affinità politica e, di norma, il Parlamento non valuta la coesione politica tra i membri di un gruppo. Soltanto quando questa è contestata dai deputati europei interessati il Parlamento interviene per valutare se il gruppo è stato effettivamente costituito in conformità del regolamento. La maggior parte dei partiti nazionali rappresentati in seno a un dato gruppo politico sono anche membri del partito politico corrispondente a livello di UE; tuttavia, alcuni gruppi politici raggruppano più di un partito politico europeo (ad esempio, il gruppo ALDE e il gruppo Verts/ALE). Inoltre, un gruppo politico può accogliere diversi partiti nazionali dello stesso Paese. I deputati possono, di norma, aderire a un gruppo politico al

del PE, che comunque costituirebbero un segnale significativo nella indicazione della valenza degli interessi in gioco.

Ne consegue che la formazione della coscienza politica europea e l'espressione della volontà dei cittadini europei restano affidate ai partiti nazionali, in evidente ossimoro³. D'altronde, sono nazionali sia le procedure legislative sia le liste elettorali, per cui le scelte dei cittadini finiscono per essere determinate, come si è detto, da questioni di carattere prevalentemente interno.

In proposito, nelle conclusioni della *Conferenza sul Futuro dell'Europa* si auspica proprio la modifica della legge elettorale dell'Unione per armonizzare, rispetto al PE, le condizioni elettorali, secondo quanto pur già previsto dall'art. 223 TFUE (età per votare, requisiti per le circoscrizioni elettorali, candidati, partiti politici e loro finanziamento, liste transnazionali)⁴. Sono le basi sulle quali costruire progressivamente il cosciente vincolo di appartenenza attiva alla "comunità" europea. Il fattore giuridico, dal quale è partita la sua edificazione, assume quindi un ruolo fondamentale come strumento e motore propulsivo dell'Europa del futuro.

In realtà, l'attuale assetto istituzionale dell'Unione non vede ancora pienamente nel PE, privo fra l'altro del potere di iniziativa legislativa, l'espressione diretta e formale di una cittadinanza europea ormai adulta. Ne consegue, fra l'altro, l'esclusione della partecipazione dello stesso dai controlli di natura sia democratica che giudiziaria, con un conseguente parziale disancorarsi dal quadro generale dei "valori" fondamentali, enunciati dall'art. 2 TUE.

Sarebbe, allora, opportuna, ad esempio, l'attivazione di norme, "comunitarie" e nazionali, in grado di pubblicizzare e agevolare adeguatamente la partecipazione al voto per il PE anche a favore dei cittadini UE residenti in altro Paese membro. In altri termini, la dimensione della cittadinanza europea dovrebbe porsi quale ambito primario della solidarietà politica fra gli Stati membri e dell'identità del processo d'integrazione.

Parlamento anche se non appartengono a un partito nazionale che è membro del partito politico europeo correlato, alle condizioni stabilite dal regolamento del gruppo in questione.

³ Nella risoluzione del 26 novembre 2020, che tracciava un bilancio delle elezioni europee, il Parlamento ha proposto di modificare il citato regolamento 1141/2014 per consentire ai partiti europei di «partecipare appieno allo spazio politico europeo, di organizzare campagne e di utilizzare finanziamenti a tal fine e candidarsi alle elezioni europee, di aumentare la trasparenza del loro finanziamento» (par. 29).

⁴ V. la proposta n. 38 "democrazia ed elezioni" all'interno della relazione sul risultato finale della Conferenza (maggio 2022). V. altresì la significativa risoluzione del Parlamento europeo del 12 dicembre 2023 sulle elezioni europee 2024.

Peraltro, l'inesistenza di un popolo europeo che si ponga come base costituente diluisce la stessa politicità del Parlamento e la sua potenza progettuale. Tuttavia, se non esiste tale popolo in grado di rapportarsi in termini sovranazionali al tradizionale concetto di sovranità, bisogna comunque prendere atto che quella omogeneità storica, religiosa, culturale, linguistica caratterizzante la popolazione di ciascuno Stato oggi tende progressivamente ad attenuarsi nonostante i goffi ma pericolosi tentativi di restaurarla propagandisticamente per ricondurla a visioni ultranazionaliste e razziste.

Appare certo comprensibile per ogni Stato membro, al fine di evitare un'inaccettabile "omogeneizzazione", la conferma di una identità in riferimento al concetto di "nazione", secondo quanto affermato dall'art. 4, par. 2, TUE (e su cui v. il contributo di Paola Mori in questo volume). Questa deve però essere declinata secondo modalità culturali e civili, non etniche e, per di più, essa non corrisponde necessariamente all'esistenza di uno Stato considerata, fra l'altro, la presenza di Stati multinazionali. Per non citare, mutato ciò che va mutato, la capacità di Roma, a suo tempo, di far convivere e assorbire tante culture diverse (Tito Livio, *Ab urbe condita*).

L'Unione, in altri termini, è un "laboratorio" di una democrazia di più popoli, tipica di società complesse nelle quali la sovranità popolare non si regge più sulla unicità del *demos* mentre richiede forme inedite di organizzazione della convivenza di un tessuto plurale.

D'altronde proprio attraverso la "convivialità delle differenze" si instaurano legami inscindibili che sono espressione del concetto di "identità plurale"; essa consente ad ogni individuo di riconoscersi in varie comunità e gruppi, sfuggendo alla desolazione della identità monolitica e ferma nel tempo ma avendo a mente che i conflitti culturali son ben più profondi rispetto a quelli economici e sopravvivono agli stessi. Si tratta, in altri termini, di ridefinire le varie identità per adattare alla nuova realtà e fondarle sul principio di leale cooperazione (v. in proposito il contributo di Federico Casolari in questo volume). È quell'Europa che, grazie alle sue scelte culturali basate sulla dignità della persona e il diritto alla vita, ha per esempio deciso di abolire la pena di morte inflitta dallo Stato. In fin dei conti, nel mondo globalizzato del ventunesimo secolo non dovrebbero essere la religione, le radici etniche e il colore della pelle a definire una civiltà, bensì i valori condivisi.

2. *Centralità dello Stato di diritto*

Pertanto, il "popolo europeo" si forma progressivamente nella misura in cui, in quanto sviluppato sulla base del rafforzamento della cittadinan-

za europea, assume la comune consapevolezza che la sostanza giuridica e democratica caratteristica degli Stati membri continui a sussistere in una futura Unione federale; si tratta di preservare le rivoluzionarie conquiste costituzionali del passato e consentire alle diverse minoranze di mantenere la propria identità pur contribuendo tutte al progetto di costruzione di una democrazia partecipativa ad esempio attraverso strumenti quali il *referendum su scala europea*.

Ma il collante complessivo e identitario dell'integrazione europea resta il catalogo di diritti fondamentali quali per decenni sono stati ricostruiti su base prevalentemente giurisprudenziale, grazie a coraggiose e innovative sentenze della Corte di giustizia; essi sono stati poi codificati attraverso la citata Carta di Nizza che offre il valore aggiunto di porre sullo stesso piano diritti individuali, collettivi, economici e sociali. Sappiamo, peraltro, che è ormai caduta definitivamente, in materia, la visione dell'esclusività della sovranità statale nella misura in cui i diritti fondamentali non possono essere violati neanche dallo Stato. La creazione della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il processo evolutivo delle Comunità europee hanno costituito, nel nostro Continente, la prima consacrazione istituzionale di una vera e propria rivoluzione.

Del resto, non va dimenticato che inizialmente nei Trattati istitutivi delle Comunità europee non esisteva alcun riferimento né ai principi dello Stato di diritto né alla tutela dei diritti umani, considerati appartenenti al sistema costituzionale e istituzionale degli Stati membri. Oggi, l'art. 2 TUE (della cui centralità si è occupato in particolare Francesco Munari nel suo contributo in questo volume) non si limita, pertanto, a ribadire tali valori, unificati – così come nell'art. 1 della Carta di Nizza – dal rispetto della *dignità umana* che tutti li sintetizza e li qualifica ulteriormente; essi rappresentano soprattutto, secondo quanto di recente riaffermato dalla Corte di giustizia⁵, «l'identità stessa dell'Unione» costituendo requisito formale e sostanziale sia al momento dell'ingresso nella stessa sia durante la conseguente *membership*.

Inoltre, il rispetto da parte di uno Stato membro dei valori sanciti dall'art. 2 TUE costituisce un requisito per poter beneficiare di tutti i diritti derivanti dall'applicazione dei Trattati a tale Stato membro⁶. Su questa base, è noto, è stato adottato il c.d. *regolamento sulla condizionalità dello Stato*

⁵ Corte giust. 5 giugno 2023, C-204/21, *Commissione/Polonia*.

⁶ V. la recente risoluzione del Parlamento europeo del 18 gennaio 2024 sulla situazione in Ungheria e sui fondi dell'UE congelati, nella quale si deplora vivamente l'incapacità del Consiglio di compiere progressi significativi nell'ambito delle procedure in corso di cui all'art. 7, par. 1, TUE.

*di diritto*⁷ considerata, fra l'altro, l'improbabile operatività della previsione sanzionatoria disciplinata dall'art. 7 TUE.

Non solo. Come sottolineato dalla Commissione nella *relazione sullo Stato di diritto* del 2023⁸ esso è un principio guida dell'azione dell'UE sia al suo interno sia al di là delle sue frontiere e svolge un ruolo essenziale per l'azione dell'UE a livello mondiale, in cui la collaborazione con i *partners* per preservare i diritti umani e rafforzare le democrazie rappresenta una priorità.

Nella relazione, inoltre, si precisa come tale nozione si articola e si specifica attraverso cinque perni centrali. Si tratta, anzitutto, del principio di legalità, in base al quale il processo legislativo deve essere trasparente, responsabile, democratico e pluralistico. Abbiamo, poi, il principio della certezza del diritto, che impone che le norme siano chiare e prevedibili e che non si possa procedere a una loro modifica con valenza retroattiva; e, ancora, il divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; l'uguaglianza davanti alla legge e, infine, la centralità del controllo giurisdizionale indipendente ed effettivo, anche con riferimento alla tutela dei diritti fondamentali.

Lo "Stato di diritto" costituisce, inoltre, uno dei *criteri di Copenaghen*, quello *politico*, il cui soddisfacimento, accanto ai criteri giuridico ed economico, risulta prerequisito per l'adesione, ai sensi dell'art. 49 TUE, all'Unione europea⁹. Ma proprio le recenti vicende legate alle criticità espresse negli ordinamenti giuridici di Polonia e Ungheria, portano a considerare che le valutazioni di preadesione debbano essere ben più severe onde evitare, in futuro, il moltiplicarsi di violazioni palesi dello Stato di diritto da parte di un Paese membro, con il rischio di portare l'intera Unione ad un processo di "regresso democratico" o di natura nazionalista. Si tratta infatti di dover considerare, come ulteriore *quarto criterio*, i possibili effetti dell'allargamen-

⁷ Regolamento (UE, Euratom) n. 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione.

⁸ COM(2023) 800 final.

⁹ I criteri di adesione, o criteri di Copenaghen (così denominati dopo la riunione del Consiglio europeo di Copenaghen del giugno 1993 che li ha definiti), come è noto, sono le condizioni essenziali che tutti i Paesi candidati devono soddisfare per diventare Stati membri dell'UE. Essi sono i *criteri politici*, dati da istituzioni stabili che garantiscano la democrazia, lo Stato di diritto, i diritti umani nonché il rispetto e la tutela delle minoranze; i *criteri economici* consistenti in un'economia di mercato funzionante e la capacità di far fronte alla concorrenza e alle forze di mercato; ed infine la *capacità amministrativa e istituzionale* di attuare efficacemente l'*acquis* dell'UE (insieme di diritti comuni) e capacità di assumere gli obblighi risultanti dall'adesione all'UE.

to sulla tenuta e sul funzionamento dell'UE nella quale il principio di reciproca fiducia deve risultare un perno fondamentale.

3. Cittadinanza "europea" e iniziativa *Tax the Rich*

La democrazia dei diritti e delle istituzioni, insieme con lo Stato di diritto e la legalità internazionale, costituisce, quindi, la vera natura del patto di civiltà che lega l'Europa, che si sta costruendo attraverso il necessario rafforzamento della cittadinanza dell'Unione (della cui particolare natura si è occupato in precedenza Simone Marinai); esso dovrebbe sempre più esprimere, per quanto a livello embrionale, un popolo europeo unificato, come detto, non più dai tradizionali criteri distintivi di quello nazionale – via via più flebili nel mondo globalizzato – ma dal comune sentire dei valori fondamentali. Si diventa, cioè, parti di un sistema composito di diritti, doveri e lealtà politiche quale presupposto decisivo per la democratizzazione dell'Europa, uno spazio in cui poter vivere e lavorare, studiare e fare acquisti senza ostacoli burocratici o discriminazioni diffondendo quindi un senso di appartenenza reciproca certamente sempre più diffuso nelle giovani generazioni.

Lo stesso *principio di solidarietà*, con forza e sotto più profili sancito da Lisbona, è per sua natura di portata sovranazionale ma ancora non riesce a trovare adeguata applicazione se solo si pensa alla questione dei flussi migratori (art. 80 TFUE). Tale principio dovrebbe invece dare pieno contenuto alla cittadinanza dell'Unione, da forgiare sul fondamento della dignità della persona quale cemento dell'integrazione delle diverse identità unificate dal comune progetto di sviluppo. In altri termini, più cittadini in senso pieno che consumatori.

Su questo fondamento è stato realizzato il *Next Generation EU*, prima forma di debito comune europeo, la cui base giuridica è nell'art. 122 TFUE che prevede l'assistenza finanziaria dell'Unione allo Stato membro «seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo»; il tutto in «uno spirito di solidarietà», parola magica che costituisce il determinante quadro di riferimento giuridico e politico dell'intera operazione. Essa deve diventare la base valoriale in grado di rendere più solida la centrale politica di coesione economica, sociale e territoriale (artt. da 174 a 178 TFUE) diretta a «promuovere uno sviluppo armonioso dell'insieme dell'Unione» (art. 174, comma 1). In tal senso, il bilancio pluriennale non dovrebbe più essere mera

sommatoria dei singoli contributi degli Stati membri, secondo le diverse modalità con le quali esso si determina, ma vero e proprio pilastro di una nuova spinta coesiva, evidenziando la piena coincidenza fra interesse nazionale e interesse europeo.

A proposito del bilancio europeo, e collegandomi al precedente intervento di Celeste Pesce, mi sembra interessante segnalare un'interessante "Iniziativa dei cittadini europei" dal titolo *Tax the Rich – Tassare i grandi patrimoni per finanziare la transizione ecologica e sociale*, già aperta alla firma¹⁰. Si chiede alla Commissione di istituire un'imposta europea sui grandi patrimoni che, incrementando le risorse proprie dell'Unione, consentirebbe di fornire significativi finanziamenti soprattutto per la transizione ambientale e sociale. Sarebbe quindi un intervento di rilievo a favore di due fra le priorità indicate dall'ultimo discorso sullo stato dell'Unione, il *Green deal* europeo e *l'economia sociale di mercato*.

La relativa base giuridica è data dall'art. 115 TFUE con cui «il Consiglio [...] stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno». Ulteriori riferimenti sono offerti dalla politica di coesione (art. 175, par. 3, TFUE) nonché dalle disposizioni in materia di ambiente (art. 192, par. 1, TFUE), occupazione e politica sociale (artt. 149 e 153 TFUE) e cooperazione allo sviluppo (art. 209 TFUE). In particolare, ciò comporterebbe la modifica dei regolamenti di base dei fondi, vale a dire rispettivamente il regolamento 2021/1056 istitutivo del Fondo per una transizione giusta e il regolamento 2021/241 per gli altri Fondi.

La proposta costituirebbe, se approvata, un passo avanti anche nella proiezione della competenza "comunitaria", sussidiaria, nel settore delle *imposte dirette*, tuttora ancorata alla competenza pressoché generale degli Stati membri. D'altronde, è già in attuazione un importante precedente dato dalla direttiva 2022/2523 del 14 dicembre 2022 intesa a garantire un livello di imposizione fiscale minimo globale per i gruppi multinazionali di imprese e i gruppi nazionali su larga scala nell'Unione. Essa si applica ai gruppi di imprese multinazionali e ai gruppi nazionali su larga scala nell'UE con ricavi finanziari complessivi superiori a 750 milioni di euro l'anno¹¹.

¹⁰ La Commissione ha registrato l'iniziativa *Taxing great wealth to finance the environmental and social transition* l'11 luglio 2023 (Commission registration number: ECI(2023)000006). V. il website <https://www.tax-the-rich.eu/>.

¹¹ Nella direttiva sono previste norme sulle modalità di calcolo dell'aliquota fiscale minima effettiva del 15% affinché questa sia applicata con correttezza e coerenza in tutta l'UE. Se

Siamo in un contesto che registra anche, sotto la spinta dell'OCSE, la proposta di introduzione di una tassazione minima per le imprese (la cosiddetta *minimum corporate tax*), ormai da tempo oggetto di studio da parte della Commissione e del Parlamento ai sensi degli artt. 113 e 116 TFUE¹². Segnali che evidenziano, nel quadro di una maggiore integrazione sovranazionale, la necessità di introdurre una *capacità fiscale* (capacità di riscuotere tributi) in capo all'Unione, oltre che un'armonizzazione dei sistemi fiscali degli Stati membri, indispensabile per garantire un funzionamento bilanciato ed equo del mercato unico e una tutela omogenea dei diritti (specie economici e sociali) al suo interno. Inoltre, l'istituzione di un dovere tributario europeo potrebbe rappresentare la premessa diretta alla costruzione di un'autentica solidarietà sociale tra i cittadini di un'unica entità politica europea (come già avveniva, nel passato, fra l'Alta Autorità della CECA e i produttori di carbone o di acciaio).

La solidarietà si qualificherebbe allora come presupposto e ricaduta di un processo redistributivo delle risorse finalmente in un ambito europeo nel quale i confini nazionali si scoloriscono. Del resto, secondo quanto evidenziato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Rottmann*¹³, è proprio la reciprocità di diritti e di doveri che costituisce il fondamento del vincolo di cittadinanza. Tale riforma troverebbe una propria coerenza con il passaggio del cittadino europeo da *status di straniero privilegiato* a vera e propria forma di cittadinanza, non più solo promessa, assimilabile a quella nazionale.

4. *Crisi della sovranità nazionale e riforma dei Trattati*

L'Unione europea in occasione della crisi pandemica, pur all'interno delle sue contraddizioni ed ambiguità, ha indubbiamente registrato un rilevante salto di qualità con l'applicazione in senso squisitamente sovranazio-

tale aliquota non è imposta dal Paese in cui è ubicata la controllata, sono previste disposizioni che consentono allo Stato membro della società madre di applicare un'imposta complementare. La direttiva garantisce inoltre un'imposizione effettiva nel caso in cui la società madre sia situata al di fuori dell'UE in un Paese a bassa imposizione che non applica norme equivalenti.

¹² L'art. 113 TFUE concerne l'armonizzazione delle legislazioni relative alle imposte sulla cifra d'affari, alle imposte di consumo ed altre imposte indirette e l'art. 116 TFUE disciplina l'adozione delle direttive necessarie a eliminare le disparità esistenti negli ordinamenti nazionali che falsino le condizioni di concorrenza sul mercato interno e provochino, per tal motivo, una distorsione.

¹³ Corte giust. 2 marzo 2010, C-135/08, *Janko Rottman c. Freistaat Bayern*.

nale di norme che erano rimaste sostanzialmente neutralizzate dal complesso funzionamento di un sistema tuttora troppo vincolato dai veti intergovernativi. Certo, alcuni interventi, a partire dal debito comune, hanno la necessità di consolidarsi e non rimanere ancorati alla eccezionalità delle circostanze che li hanno determinati. In altri termini, servirebbe l'istituzione di un titolo sovrano privo di rischio emesso a livello europeo.

Proprio per questa ragione, è difficile che tale salto di qualità possa rinsaldarsi nell'attuale assetto istituzionale e senza che si scioglano alcuni fondamentali nodi politico-giuridici: infatti, la cooperazione intergovernativa permane la prevalente caratteristica dell'assetto istituzionale, pur dopo le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona. Fra queste, anche strumenti interessanti, ma complessi, quali le *clausole passerella*, sia generali che specifiche (art. 48, par. 7, TUE)¹⁴, fino ad oggi non casualmente restano inutilizzate, oltre a non operare in alcuni ambiti.

La centralità della cooperazione intergovernativa, quale espressione della sovranità degli Stati membri, era abbastanza comprensibile nei primi decenni dell'integrazione europea; lo è molto meno oggi in cui tale processo è divenuto sempre più approfondito, da un lato, e sempre meno gestibile, dall'altro, in funzione del notevole aumento del numero degli Stati membri. E lo stesso quadro dei fenomeni economici e politici che attraversano la vita della comunità internazionale affida sempre più il ruolo di protagonisti a soggetti statali adeguatamente grandi per ampiezza territoriale, popolazione e potenza economica.

Opportunamente, il 22 novembre 2023 il PE ha adottato una *risoluzione sui progetti intesi a modificare i Trattati*. Questo rapporto propone una revisione istituzionale profonda, capace di rendere l'Unione europea più democratica e capace di agire divenendo, quindi, adeguata ad affrontare le sfide politiche e l'allargamento. Si pone l'accento sull'importanza di riformare il processo decisionale dell'Unione in modo da rispecchiare con maggior fedeltà un sistema bicamerale, conferendo ulteriori poteri al PE¹⁵. Pertanto, il Consiglio europeo è

¹⁴ Le clausole passerella *generali* richiedono l'autorizzazione unanime del Consiglio europeo nonché l'approvazione del Parlamento, e possono essere oggetto di veto da parte dei Parlamenti nazionali; le clausole passerella *speciali* sono relative a sei settori di intervento specifici, che richiedono l'autorizzazione unanime del Consiglio europeo o del Consiglio e in cui il ruolo del Parlamento è marginale. Su questo strumento v. l'interessante risoluzione del Parlamento europeo dell'11 luglio 2023 sull'attuazione delle "clausole passerella" nei trattati dell'UE.

¹⁵ La risoluzione propone un aumento significativo del numero di decisioni prese in seno al Consiglio a maggioranza qualificata invece che all'unanimità, una revisione della composizione e del modo in cui viene eletta la Commissione UE, un pieno diritto di iniziativa legislativa per il Parlamento, nonché strumenti di democrazia diretta, inclusa la possibilità di avere dei referendum europei. Gli eurodeputati chiedono inoltre l'espansione delle com-

stato invitato a convocare quanto prima una Convenzione secondo la procedura di revisione ordinaria di cui all'art. 48, parr. da 2 a 5, TUE.

Bisogna allora ripartire dalla ragion d'essere dell'integrazione europea che, pur in un sistema delle Nazioni Unite oggi in grave crisi, può vantare d'esserne stata sotto più profili la *vera erede* anche in funzione della sua realtà plurinazionale. È innegabile come essa abbia di per sé determinato una "rivoluzione" di carattere epocale. Per la prima volta nella storia, popoli e Stati da sempre in guerra hanno stretto, in maniera ritengo irreversibile, un patto di solidarietà reciproca che ha bandito, ormai da oltre 70 anni, ogni conflitto militare nel proprio ambito.

Aspetto centrale di questo processo è indubbiamente la circostanza che l'Unione ha legato i valori sanciti per ultimo nel Trattato di Lisbona al profilo democratico della propria realtà politico-istituzionale. Si tratta di valori, per di più rafforzati dalla Carta dei diritti fondamentali, che caratterizzano la stessa ragion d'essere dell'Unione quale realtà non più solo economica ma squisitamente politica.

Lo scenario internazionale, non solo europeo, in cui si collocano le prossime elezioni del PE appare, tuttavia, molto preoccupante. Quella *promessa di una storia nuova*, aperta nel secondo dopoguerra proprio con la nascita delle Nazioni Unite e la Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, è rimasta largamente inattuata. Anzi, proprio i valori e i principi consacrati nella Dichiarazione vengono ogni giorno apertamente contraddetti attraverso un uso spesso arbitrario del potere. Ricordiamo le numerose guerre, quelle ben note e quelle "dimenticate", con le continue violazioni dei diritti umani che esse producono, nonché il dramma dei flussi migratori, il permanere di quella situazione di violenza strutturale che è il sottosviluppo, le pratiche di tortura, lo sfruttamento del lavoro minorile, i preoccupanti rigurgiti di antisemitismo e di razzismo.

Ed è singolare che, in un mondo generalmente sempre più interconnesso, sussista, invece, il rischio che, inseguendo astorici sovranismi¹⁶, si torni indietro sotto il profilo del multilateralismo politico.

petenze europee a varie materie, tra cui ambiente e biodiversità, sicurezza e difesa, salute e protezione civile.

¹⁶ Il superamento dei quali è palese rispetto, ad esempio, all'ambiente, principale emergenza per l'umanità, che è sempre più centro di imputazione di diritti universali. Ne è recente testimonianza la storica risoluzione con cui il 26 luglio 2022 l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha qualificato l'accesso ad un ambiente pulito, sano e sostenibile come un "diritto umano universale". La risoluzione è stata approvata con la vasta maggioranza di 161 voti a favore e solo 8 astensioni (A/RES/76/300).

Al contrario, proprio la proiezione internazionale dei diritti fondamentali è l'ulteriore espressione della crisi del tradizionale concetto di sovranità nazionale, madre delle guerre se esasperata nella sua versione nazionalista e non più unica espressione del potere di governo di fenomeni globali. E così la nascita e il successivo sviluppo delle Comunità europee, pur nelle evidenti complessità e limiti, ha rappresentato la punta di diamante nella capacità di affrontare, con maggiore incisività, e nella ricerca di una sovranità effettiva, problematiche di carattere sovranazionale a partire dalla pace. In altri termini, l'Unione costituisce oggi il più avanzato tentativo di colmare il divario fra la limitata dimensione politica dello Stato nazionale e la dimensione planetaria di molti problemi. Bisogna ribadire che proprio grazie alla rinuncia di pezzi di sovranità si può tornare effettivamente "sovrani", pur se in maniera condivisa. È su queste basi che può consolidarsi una "coscienza politica europea" che si nutra di speranze e non affoghi nelle paure. Ma bisogna avere il coraggio di tradurla nelle conseguenti scelte politiche.

Abstract (ita)

Il rafforzamento del processo d'integrazione europea deve basarsi sull'ampliarsi di una "coscienza europea" costruita attraverso la valorizzazione degli strumenti di democrazia partecipativa già presenti nel sistema. Ci si riferisce alla creazione di oggi inesistenti "partiti europei" e alla più diffusa consapevolezza del significato della cittadinanza dell'Unione. Questa, nella prospettiva di una acquisizione autonoma e non derivata da quella nazionale, deve trovare, attraverso il potenziamento di istituti quale l'Iniziativa legislativa popolare, un utile mezzo di diffusione della coscienza europea. In proposito, si segnala la "Tax the Rich", che consentirebbe una significativa acquisizione di risorse finanziarie per politiche centrali come quella sociale e quella ambientale, oltre a indicare la via verso una politica fiscale europea. Ma la maggiore coscienza europea non può che costruirsi nel quadro di una riforma dei Trattati che, sulla base dei valori fondamentali e dello Stato di diritto, consenta all'Unione, nella sua dimensione politica, di effettuare il più avanzato tentativo di colmare il divario fra la limitata dimensione politica dello Stato nazionale e la dimensione planetaria di molti problemi

Abstract (eng)

The strengthening of the EU process of integration must be based on the broadening of a "European consciousness" built through the enhancement of the instruments of participatory democracy already present in its legal order. We are speaking about the creation of today's non-existent "European parties" and the wider awareness of the meaning of EU citizenship. The latter, with a view to an autonomous acquisition and not derived from the national one, must find, through the strengthening of the European Citizens' Initiative, a useful means of spreading European awareness. In this regard, it is worth mentioning the "Tax the Rich" Initiative which would allow a significant acquisition of financial resources for key policies such as social and environmental, as well as indicating the way towards a European tax policy. But a greater European consciousness can only be built within the framework of a reform of the Treaties which, on the basis of fundamental values and the rule of law, will enable the Union, in its political dimension, to make the most advanced attempt to bridge the gap between the limited political dimension of the nation state and the global dimension of many fundamental problems.

