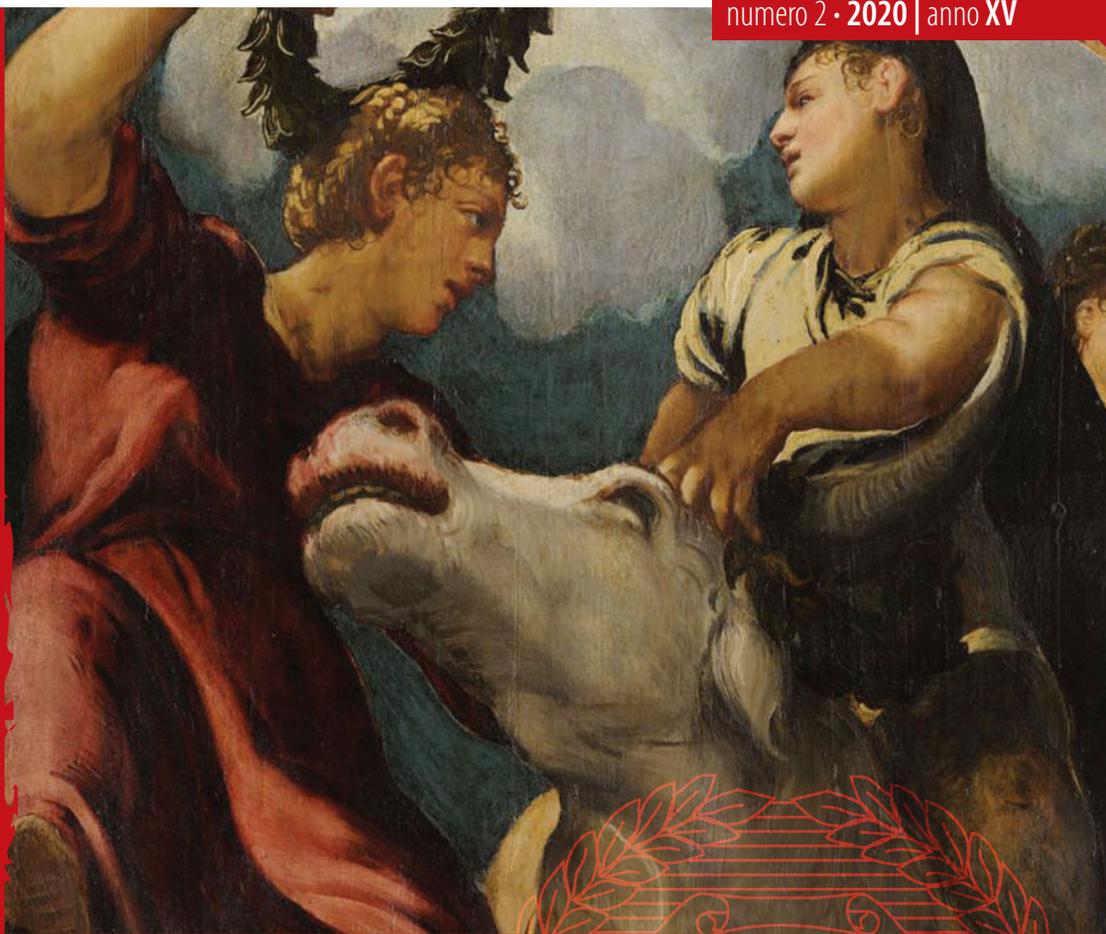


# Studi sull'integrazione europea

numero 2 • 2020 | anno XV



Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE  
BARI



# Consiglio Regionale della Puglia

## Servizi per il cittadino

### Innovazione

*Didoc 4.0*: piattaforma web collaborativa, accessibile, open source, interoperabile e tecnologicamente neutrale in grado di «orchestrare» i processi amministrativi e attuare una intelligente, efficace e partecipata Pubblica Amministrazione digitale senza carta, attraverso il paradigma dati registrazione - processo - ruolo.

### Infopoint

Accoglie, ascolta, informa e favorisce la trasparenza, la comunicazione e la partecipazione, facilitando l'accesso ai documenti e alle procedure amministrative del Consiglio Regionale della Puglia, di tutte le sue strutture collegate e della Regione Puglia. Consultazione leggi, delibere, regolamenti regionali, Bollettino Ufficiale della Regione. Ricerche tematiche sulla legislazione regionale.

### Cittadinanza Attiva

*Iniziative per le scuole:*

- I ragazzi di Puglia in visita al Consiglio Regionale
- Giovani in Consiglio: da Osservatori a Protagonisti
- Pillole di... Sicurezza! Educazione alla sicurezza stradale
- Moro Vive

Eventi per la conservazione della memoria storica e la valorizzazione dell'identità pugliese, anche in collaborazione con l'Ipsaic e tramite la linea editoriale "Leggi la Puglia"

Iniziative a favore dei disabili e per il dialogo interculturale.

Sito internet e profilo facebook costantemente aggiornati, dirette streaming sedute del Consiglio, archivio digitale delle assemblee e della normativa.

Portale Trasparenza completo.

## Articolazioni

### Biblioteca "Teca del Mediterraneo"

**Co.Re.Com Comitato Regionale per le Comunicazioni**

**Organismo di parità: Consulta femminile**

**Garante regionale dei diritti del minore**

**Garante regionale dei diritti delle persone con disabilità**

**Garante regionale dei diritti delle persone sottoposte a misure restrittive della libertà personale**

**Contatti** tel.: 080.540.2772 e-mail: [infopoint@consiglio.puglia.it](mailto:infopoint@consiglio.puglia.it)

Via Gentile 52 - 70126 Bari

Sito web: [www.consiglio.puglia.it](http://www.consiglio.puglia.it) | <http://biblioteca.consiglio.puglia.it>

# Studi sull'integrazione europea

numero 2 · 2020 | anno XV

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE  
BARI

Direzione  
**Ennio Triggiani Ugo Villani**  
**Giandonato Caggiano**

Comitato scientifico  
**Mads Andenas, Sergio M. Carbone, Biagio De Giovanni, Angela Del Vecchio, Paolo Fois,**  
**Marc Jaeger, Diego J. Liñán Nogueras, Roberto Mastroianni, Paolo Mengozzi, Claudia Morviducci,**  
**Bruno Nascimbene, Guido Raimondi, Lucia Serena Rossi, Mario Sarcinelli, Giuseppe Tesauro,**  
**Christian Tomuschat, Gian Luigi Tosato, Claudio Zanghi**

**Comitato di redazione:** Ivan Ingravallo (coordinatore), Francesco Cherubini, Valeria Di Comite, Micaela Falcone, Teresa Maria Moschetta, Giuseppe Morgese, Egeria Nalin, Ilaria Ottaviano, Angela Maria Romito, Gianpaolo Maria Ruotolo, Roberto Virzo

**Revisione abstracts a cura di Denise Milizia**

**Comitato dei referees:** Pia Acconci, Roberto Adam, Chiara Amalfitano, Amedeo Arena, Roberto Baratta, Maria Eugenia Bartoloni, Maria Caterina Baruffi, Francesco Bestagno, Franco Botta, Ruggiero Cafari Panico, Susana Cafaro, Cristina Campiglio, Andrea Cannone, Giovanni Cellamare, Gianluca Contaldi, Bernardo Cortese, Antonella Damato, Carmela Decaro, Patrizia De Pasquale, Marcello Di Filippo, Giuseppe Di Gaspere, Angela Di Stasi, Davide Diverio, Ugo Draetta, Fabio Ferraro, Pietro Gargiulo, Italo Garzia, Edoardo Greppi, Massimo Iovane, Simone Marinai, Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Gerardo Martino, Maria Rosaria Mauro, Francesco Moliterni, Luciano Monzali, Paola Mori, Francesco Munari, Lorenzo Federico Pace, Lina Panella, Franca Papa, Nicoletta Parisi, Marco Pedrazzi, Piero Pennetta, Emanuela Pistoia, Francesco Rossi Dal Pozzo, Andrea Santini, Girolamo Strozzi, Marisa Tufano, Chiara Enrica Tuo, Michele Vellano, Gabriella Venturini, Gianfranco Viesti, Alessandra Zanobetti

**Il 21 marzo 2019 a Roma, presso la Corte costituzionale, Studi sull'integrazione europea è stata insignita del XXV Premio "Eugenio Selvaggi" per la stampa storico-giuridica.**

**Direzione e Redazione:** c/o Cacucci Editore – Via Nicolai, 39 – 70122 BARI – e-mail: rivistastudi@gmail.com

A tali indirizzi vanno inviati corrispondenza e libri per eventuali recensioni o segnalazioni.

La Direzione della Rivista comunica che i contributi in essa pubblicati sono sottoposti a referaggio in conformità del codice etico consultabile sul sito web della rivista: [www.studisullintegrazioneeuropea.eu](http://www.studisullintegrazioneeuropea.eu).

Studi sull'integrazione europea è indicizzata in banche dati giuridiche italiane e straniere.

---

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

---

© 2020 Cacucci Editore – Bari  
Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220  
<http://www.cacucci.it> e-mail: [info@cacucci.it](mailto:info@cacucci.it)

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

---

Autorizzazione del Tribunale di Bari  
del 22/03/2006 n° 19  
Direttore responsabile:  
**ENNIO TRIGGIANI**

---

# Sommario



## ARTICOLI

- Giandonato CAGGIANO  
La Corte di giustizia sulla tutela dell'indipendenza della magistratura nei confronti di sanzioni disciplinari lesive dello Stato di diritto 249
- Bruno NASCIBENE  
La dimensione interna ed esterna della politica di immigrazione e asilo. Principi e valori 267
- Matteo ORTINO  
Il principio di proporzionalità dell'Unione europea e la ripartizione dei compiti normativi e di vigilanza in materia bancaria 281
- Giovanni LUCHENA, Stefania CAVALIERE  
Le nuove frontiere in materia di aiuti di Stato 303
- Pieralberto MENGOZZI  
Il parere 1/17 della Corte di giustizia UE sul Trattato CETA e il principio di autonomia del diritto UE 323

## NOTE E COMMENTI

- Angela Maria ROMITO  
La direttiva (UE) 1/2019: l'evoluzione del *public enforcement* del diritto europeo della concorrenza 341
- Federica FALCONI  
Alcune considerazioni sull'abuso della libertà di espressione nella giurisprudenza di Strasburgo 359
- Micaela FALCONE  
Il *Green Deal europeo* per un continente a impatto climatico zero: la nuova strategia europea per la crescita tra sfide, responsabilità e opportunità 379
- Emmanuel PAGANO  
L'incidenza dei diritti fondamentali sulla nozione di residenza abituale e sull'esercizio della giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale alla luce della sentenza UD della Corte di giustizia 395

---

Luca LIONELLO	
Il ruolo del Parlamento europeo nell'evoluzione dell'equilibrio istituzionale dell'Unione europea. Alcune riflessioni alla luce della prassi più recente	411
Anna PAU	
" <i>Made in Settlements</i> "! Il consumatore europeo deve sapere se i beni sono prodotti in un territorio palestinese occupato da Israele	431
Cinzia PERARO	
Lo scambio di informazioni tra le imprese nell'epoca di Internet: considerazioni sulle regole	451
Lorenzo CECCHETTI	
Il principio di non discriminazione sulla base della religione o delle convinzioni personali in controversie orizzontali: il caso <i>IR</i>	473
Francesco LUCIANÒ	
Riflessioni sull'efficacia delle sentenze interpretative della CGUE, a margine della sentenza sull'imponibilità IVA delle lezioni di guida	495
<b>RECENSIONI</b>	
Ugo VILLANI, <i>Istituzioni di Diritto dell'Unione europea</i> , Bari, Cacucci, 2020, VI ed. (B. Nascimbene)	513
Ramses A. WESSEL, Jed ODERMATT (eds.), <i>Research Handbook on the European Union and International Organizations</i> , Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019 (I. Ingravallo)	515
Libri ricevuti	519
Indice degli autori	521

# Summary



## ARTICLES

- Giandonato CAGGIANO  
The Court of Justice on the Protection of the Independence of the Judiciary  
against Disciplinary Sanctions Damaging the Rule of Law 249
- Bruno NASCIMBENE  
The ‘Internal’ and ‘External’ Dimensions of Immigration and Asylum  
Policy. Principles and Values 267
- Matteo ORTINO  
The EU Principle of Proportionality and the Allocation of Banking Regula-  
tory and Supervisory Powers 281
- Giovanni LUCHENA, Stefania CAVALIERE  
New Issues Related to State Aid in EU Law 303
- Pieralberto MENGOZZI  
The Court of Justice Opinion 1/17 on the CETA Agreement and the Au-  
tonomy of the European Union Law 323

## NOTES AND COMMENTS

- Angela Maria ROMITO  
Directive (EU) 2019/1: The Evolution of Public Enforcement in the EU  
Antitrust System 341
- Federica FALCONI  
Some Remarks on the Abuse of Freedom of Expression According to the  
Case-law of the Strasbourg Court 359
- Micaela FALCONE  
The ‘European Green Deal’ for Climate Neutrality: The New European  
Strategy for Growth between Challenges, Responsibilities and Opportuni-  
ties 379
- Emmanuel PAGANO  
The Incidence of Fundamental Rights on Habitual Residence Notion and on  
the Exercise of Jurisdiction in Matters of Parental Responsibility in the ECJ  
Ruling in the *UD* Case 395

---

Luca LIONELLO The Role of the European Parliament in the Development of the Institutional Balance of the European Union. Some Considerations in the Light of the most Recent Practice	411
Anna PAU 'Made in Settlements'! The European Consumer Must Know if Goods Are Produced in a Palestinian Territory Occupied by Israel	431
Cinzia PERARO The Exchange of Information between Companies in the Internet Era: Comments on the Existing Rules	451
Lorenzo CECCHETTI The Principle of Non-discrimination on the Basis of Religion or Belief in Horizontal Disputes: The <i>IR</i> Case	473
Francesco LUCIANÒ Reflections on the Effects of the Interpretative Rulings of the ECJ, after the Judgement on the Taxability of Vehicle Driving Tuition for VAT Purposes	495
<b>BOOK REVIEWS</b>	
Ugo VILLANI, <i>Istituzioni di Diritto dell'Unione europea</i> , Bari, Cacucci, 2020, VI ed. (B. Nascimbene)	513
Ramses A. WESSEL, Jed ODERMATT (eds.), <i>Research Handbook on the European Union and International Organizations</i> , Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019 (I. Ingravallo)	515
Books received	519
List of contributors	521



# Articoli



Giandonato Caggiano\*

# La Corte di giustizia sulla tutela dell'indipendenza della magistratura nei confronti di sanzioni disciplinari lesive dello Stato di diritto

SOMMARIO: 1. Il processo di erosione dello Stato di diritto in Polonia. – 2. Principi di legittimità e basi giuridiche per la valutazione della condotta di uno Stato membro nei confronti dell'indipendenza dei giudici. – 3. La sentenza di interpretazione pregiudiziale del 19 novembre 2019 nel caso A.K.: criteri di valutazione applicabili anche in riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU. – 4. *Segue*: le ripercussioni nell'ordinamento polacco e l'adozione della legge-bavaglio del 12 febbraio 2020. – 5. La sentenza di irricevibilità nelle cause riunite *Miasto Łowicz e al.* del 26 marzo 2020: il requisito (non soddisfatto) del rinvio pregiudiziale sulla necessità di un collegamento fra le norme dell'Unione e la causa principale. – 6. Caratteristiche e limiti del rinvio di interpretazione pregiudiziale. – 7. L'ordinanza sulle misure cautelari dell'8 aprile 2020 nel procedimento di infrazione per inadempimento.

1. Secondo la Corte di giustizia, lo Stato di diritto non rappresenta un mero requisito formale e procedurale, ma riveste un valore sostanziale in quanto l'“Unione di diritto” implica che gli atti delle istituzioni siano soggetti al controllo giurisdizionale sulla conformità rispetto ai Trattati e rispetto “ai principi generali del diritto di cui fanno parte i diritti fondamentali”<sup>1</sup>.

Per quanto riguarda gli atti degli Stati membri, le riforme del sistema giudiziario polacco continuano a impegnare la Corte di giustizia a tutela dell'indipendenza della magistratura, quale aspetto costitutivo dello Stato di diritto. La questione ha assunto sicura rilevanza nel diritto dell'Unione in quanto, se anche l'organizzazione e il trattamento della magistratura rientrano nella competenza degli Stati membri, il loro esercizio deve tener conto dei principi del diritto dell'Unione, in particolare dei diritti fondamentali, dei valori condivisi dagli Stati membri e dall'Unione e del principio di leale cooperazione. Come la Corte ha ribadito: “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 e, in particolare,

\* Ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma Tre.

<sup>1</sup> Sentenze della Corte di giustizia del 25 luglio 2002, causa C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores*, ECLI:EU:C:2002:462, punti 38 e 39, e del 3 settembre 2008, cause riunite C-402 e 415/05 P, *Kadi*, ECLI:EU:C:2008:461, punto 316.

dall'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE"<sup>2</sup>. Nell'ambito in oggetto, l'azione dell'Unione si è andata rafforzando in questi ultimi anni anche e soprattutto nel percorso giurisprudenziale<sup>3</sup>.

La dottrina definisce il concetto di "erosione dello Stato di diritto" (*backsliding*) come il processo sistematico e progressivo mediante il quale il governo e il parlamento tendono ad indebolire l'indipendenza della magistratura all'interno di un sistema giuridico<sup>4</sup>. La transizione verso "democrazie illiberali" e il successivo passaggio verso l'autocrazia sono stati determinati in alcuni Stati membri da politiche volte a modificare l'equilibrio fra "pesi e contrappesi" costituzionali<sup>5</sup>. Il principio della separazione dei poteri presuppone, tra l'altro, la definizione dei requisiti di autonomia e di indipendenza del potere giudiziario contro possibili "invasioni di campo" dell'esecutivo e del legislativo. In questo contesto, specifico rilievo assumono le modalità di costituzione, composizione e funzionamento dell'organo di garanzia del potere giudiziario, quale il Consiglio superiore della magistratura, in particolare nel suo compito di nomina dei giudici negli incarichi giudiziari.

Nell'ordinamento polacco, la prima tappa di tale processo di erosione ha riguardato la "cattura" del Tribunale costituzionale da parte dell'esecutivo e del legislativo, sui quali il primo dovrebbe esercitare potere di controllo. Questa opera di "addomesticamento" è stata portata avanti, come per le altre riforme giudiziarie, tramite l'adozione di leggi ordinarie e non tramite emendamenti costituzionali per i quali è richiesta la maggioranza qualificata alla Camera bassa (Sejm) del Parlamento<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 5 novembre 2019, causa C-192/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza dei tribunali ordinari)*, ECLI:EU:C:2019:924, punto 102.

<sup>3</sup> Basti confrontare la più recente giurisprudenza con l'approccio debole della sentenza della Corte di giustizia del 6 novembre 2012, causa C-286/12, *Commissione c. Ungheria*, ECLI:EU:C:2012:687, in cui il pensionamento anticipato dei giudici è valutato solo nel contesto della direttiva 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro in attuazione del principio di non discriminazione per l'età.

<sup>4</sup> In dottrina, tra i tanti, v. A. JAKAB, D. KOCHENOV, *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2017; W. SADURSKI, *How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding*, in *Sidney Law School Legal Studies Research Paper*, 2018, n. 1; A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, M. TABOROWSKI, M. SCHMIDT, *Guest Editorial: A Potential Constitutional Moment for the European Rule of Law, The Importance of Red Lines*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 983 ss.; K. L. SCHEPPELE, R. DANIEL KELEMEN, *Defending Democracy in EU Member States: Beyond Article 7 TEU*, in F. BIGNAMI, *Eu Law in Populist Times: Crises and Prospects*, Cambridge, 2019. Sul processo verso l'autocrazia, v. A. LÜHRMANN, S. I. LINDBERG, *A Third Wave of Autocratization Is Here: What Is New About It?*, in *Democratization*, 2019, p. 1095 ss.

<sup>5</sup> Per la definizione aggiornata dello Stato di diritto e il quadro delle iniziative istituzionali, v. la comunicazione del 3 aprile 2019, Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione. Il contesto attuale e possibili nuove iniziative, COM(2019)163 def. Per un quadro completo dell'evoluzione dello Stato di diritto in Polonia, v. Council of Europe Assembly, Doc. 15025, Report 6 January 2020, *The functioning of democratic institutions in Poland*, co-rapp. GUSTAFSSON-OMTZIGT. Per una sintesi critica delle vicende giudiziarie, v. L. PECH, P. WACHOWIEC, *1460 Days Later: Rule of Law in Poland R.I.P.*, in *Verfassungsblog*, 13 e 15 gennaio 2020.

<sup>6</sup> Sulle modifiche del Tribunale costituzionale polacco, v. la raccomandazione della Commissione del 26 luglio 2017, C(2017)5320 def.: "in conclusione, la Commissione ritiene che l'indipendenza e la legittimità del Tribunale costituzionale siano seriamente compromesse e che, pertanto, la costituzionalità delle leggi polacche non possa più essere effettivamente garantita" (punto 10). In dottrina, v. A. KUSTRA, *Reading the Tea Leaves: The Polish Constitutional Tribunal and the Preliminary Ruling Procedure*, in *German Law Journal*, 2015, p. 1539 ss.; T. T. KONCEWICZ, *Of Institutions, Democracy, Constitutional Self-Defence and the Rule of Law: The Judgments of the Polish Constitutional Tribunal*

Nella seconda fase, la Corte di giustizia ha statuito sul principio dell'inamovibilità dei giudici salvo che per motivi di pensionamento o decadenza alla fine di un incarico a termine<sup>7</sup>. Tale fase è stata superata anche grazie alla collaborazione dello Stato membro tramite adeguate modifiche legislative, che hanno rimesso in servizio i giudici precedentemente esclusi<sup>8</sup>.

L'attuale terza fase riguarda le recenti sentenze della Corte di giustizia in sede di interpretazione pregiudiziale sulle sanzioni disciplinari nei confronti dei giudici, nonché sulla composizione degli organi di più recente costituzione che appaiono influenzati, nella percezione dei cittadini, dall'esecutivo e dal potere politico. Si tratta delle procedure di nomina dei giudici del Consiglio nazionale della magistratura e di alcune "sezioni" della Corte suprema (paragonabile alla Corte di cassazione) che hanno, ciascuna per proprio conto, legittimazione a proporre rinvii di interpretazione pregiudiziale alla Corte di giustizia.

La prima sentenza nel caso A.K. del 19 novembre 2019 è già stata attuata dal giudice remittente con forti critiche dell'esecutivo<sup>9</sup>, ma il suo impatto sulle decisioni di altri giudici nazionali è fortemente ostacolato<sup>10</sup>. La seconda nelle cause riunite *Miasto Łowicz e al.*, emessa il 26 marzo 2020, ha dichiarato irricevibili i rinvii pregiudiziali, valutando come irrilevante la questione sottoposta ai fini della decisione nel procedimento principale.

L'argomentazione delle due sentenze si presenta con una tale ampiezza da essere non solo rivolta ai giudici remittenti, ma quale preparazione del giudizio sul regime delle sanzioni disciplinari che sarà oggetto della sentenza di inadempimento *in fieri*. La Corte sembra voler procedere con un'elaborazione giurisprudenziale in due fasi: le argomentazioni svolte nel contesto dei rinvii pregiudiziali sono rivolte principalmente a sviluppare il contenuto normativo del principio dell'indipendenza della magistratura (con un nutrito ricorso alla giurisprudenza elaborata dalla Corte di

---

*in Cases K 34/15, K 35/15 and Beyond*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 1753 ss.; W. SADURSKI, *Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, giugno 2018, reperibile online; T. T. KONCEWICZ, *From Constitutional to Political Justice: The Tragic Trajectories of the Polish Constitutional Court*, in *Verfassungsblog*, 27 febbraio 2019, reperibile online.

<sup>7</sup> V. sentenze della Corte di giustizia del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*, ECLI:EU:C:2019:531 sull'abbassamento dell'età pensionabile dei giudici della Corte suprema; *Commissione c. Polonia (Indipendenza dei tribunali ordinari)*, relativa a una discriminazione fondata sul sesso relativa all'abbassamento dell'età pensionabile dei giudici. Per commenti e analisi, v. *ex pluribus*, P. MORI, *L'uso della procedura di infrazione a fronte di violazioni dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2018, p. 363 ss.; M. SCHIMDT, P. BOGDANOWICZ, *The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis: How to Make Effective Use of Article 258 TFEU*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 1061 ss.; M. E. BARTOLONI, *La natura poliedrica del principio della tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell'art. 19, par. 1, TUE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2019, p. 245 ss.; N. LAZZERINI, *Inapplicabile, ma comunque rilevante? La Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia sull'indipendenza dei giudici nazionali*, in A.A.V.V., *Tem e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Morviducci*, Bari, 2019, p. 171 ss.; U. VILLANI, *Sul controllo dello Stato di diritto nell'Unione Europea*, in *Freedom Security & Justice: European Legal Studies*, 2020, n. 1, p. 10 ss., reperibile online.

<sup>8</sup> La Corte di giustizia ha chiesto alla Polonia di sospendere la legge sulla Corte suprema e sull'organizzazione del sistema giudiziario, affinché i giudici della Corte suprema, potessero continuare ad esercitare le proprie funzioni nella stessa posizione che occupavano alla data di entrata in vigore della legge, v. ordinanza del 17 dicembre 2018, causa C-619/18 R, *Commissione c. Polonia*, ECLI:EU:C:2018:1021.

<sup>9</sup> V. *infra*, par. 4.

<sup>10</sup> Cause riunite C-585, 624 e 625/18, A.K., ECLI:EU:C:2019:982.

Strasburgo). Tale percorso sarà di certo consolidato nella prossima sentenza inerente una causa di inadempimento contro la Polonia, attesa dopo l'ordinanza di misure cautelari<sup>11</sup>.

Negli ultimi mesi, le autorità pubbliche polacche hanno assunto una posizione di rigida contrapposizione alle indicazioni delle sentenze della Corte di giustizia, provvedendo ad inasprire le sanzioni nei confronti dei giudici, con l'adozione di una nuova legge (legge del 26 febbraio 2020). La politica delle autorità polacche continua ad essere particolarmente severa nei confronti dei giudici considerati ribelli e di chiunque sia critico nei confronti delle riforme giudiziarie in parola<sup>12</sup>. Proprio dai rinvii pregiudiziali dalla Sezione del lavoro della Corte suprema (preesistenti nella composizione alla riforma giudiziaria) e da due giudici "messi sotto i riflettori" dalle autorità polacche<sup>13</sup>, sono state originate le due più recenti sentenze della Corte di giustizia in materia di indipendenza della magistratura. In prospettiva si annuncia un nuovo ulteriore intervento della Corte di giustizia per inadempimento della Polonia<sup>14</sup>.

Dall'ambito di queste riflessioni esulano sia le iniziative legislative e di monitoraggio/controllo sul rispetto dello Stato di diritto<sup>15</sup> che la procedura dell'art. 7 TUE<sup>16</sup>. Le difficoltà di raggiungere risultati concreti in tali direzioni confermano l'opportunità del percorso interpretativo intrapreso della Corte di giustizia<sup>17</sup>.

<sup>11</sup> Ordinanza della Corte (GS) dell'8 aprile 2020, causa C-791/19 R, *Commissione c. Polonia*, ECLI:EU:C:2020:277 (disponibile in bulgaro, francese e polacco). V. *infra*, ult. par.

<sup>12</sup> A. VON BOGDANDY, L. D. SPIEKER, *Countering the Judicial Silencing of Critics: Novel Ways to Enforce European Values*, in *Verfassungsblog*, 6 marzo 2019, reperibile online; G. DE BÚRCA, J. MORIJN, *Open Letter in Support of Professor Wojciech Sadurski*, *ivi*, 6 maggio 2019.

<sup>13</sup> Le autorità polacche avevano dato alla Corte di giustizia ampie assicurazioni sulla insussistenza di provvedimenti nazionali nei confronti dei giudici dei rinvii pregiudiziali, dichiarati irricevibili solo per motivi procedurali. Non sembra che le accuse siano state archiviate nei confronti del giudice Igor Tuleya, accusato di aver reso pubblica un'udienza del 2016, il cui effetto sarebbe stato quello di mettere in cattiva luce il governo. A suo sostegno, v. il manifesto, *More Than 100 Academics From Poland Express Solidarity With Harassed Judge Igor Tuleya, Share Authorities Want to Waive Judge Igor Tuleya's Immunity and Press Criminal Charges Against Him*, in *Rule of Law*, 5 marzo 2020, reperibile online.

<sup>14</sup> V. il comunicato sulla lettera di messa in mora della Commissione, finalizzata ad estendere i motivi di inadempimento della procedura in corso alle modifiche apportate al sistema disciplinare dalla legge del 12 febbraio 2020 (legge-bavaglio), v. Press release, *Rule of Law: European Commission launches infringement procedure to protect judges in Poland from political control*, 3 aprile 2019.

<sup>15</sup> S. MARINAI, *Considerazioni in merito all'introduzione, "a Trattati invariati", di nuovi meccanismi per il rispetto della rule of law*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, p. 69 ss.; nonché M. CARTA, *Qualche considerazione sulla tutela dello Stato di diritto attraverso gli strumenti finanziari nell'Unione europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, p. 308 ss.; P. MORI, *Gli strumenti di tutela del rispetto dello Stato di diritto: verso una condizionalità politico-finanziaria*, in *Scritti offerti a Claudia Morviducci*, cit., p. 187.

<sup>16</sup> Sull'art. 7 TUE, 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 (Dialogo con Ugo Villani)*, in *Eurojus*, 13 febbraio 2017, reperibile online; G. CAGGIANO, *Dialogo sullo stato di diritto negli Stati membri dell'Unione europea*, in E. TRIGGIANI *et al.* (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, vol. I, p. 513 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*, Torino, 2018, p. 672 ss.; U. VILLANI, *Sul controllo dello Stato di diritto nell'Unione Europea*, cit.

<sup>17</sup> M. SCHMIDT, P. BOGDANOWICZ, *The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis: How to Make Effective Use of Article 258 TFEU*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 1061 ss.

2. Le due sentenze *ASJP*<sup>18</sup> e *LM*<sup>19</sup>, che possiamo definire “preparatorie o iniziali”<sup>20</sup>, contribuiscono a valorizzare quale parametro di legittimità delle condotte degli Stati membri in materia di indipendenza della magistratura, sia l’art. 47 della Carta sia il combinato disposto degli articoli 2 e 19, par. 1, co. 2, TUE<sup>21</sup>.

Fondamentale per la costruzione di questo innovativo orientamento è il riconoscimento del carattere vincolante (e non meramente declaratorio) della disposizione sui valori comuni di cui all’art. 2 TUE quale “architrave” dell’ordinamento giuridico dell’Unione<sup>22</sup>. In tale ambito, il rispetto dello Stato di diritto deve garantire che tutti i pubblici poteri agiscano entro i limiti fissati dalla legge, conformemente ai principi democratici e ai diritti fondamentali. Tale nozione è stata sviluppata con una sua specifica configurazione da parte della Corte di giustizia proprio in relazione al principio di separazione dei poteri<sup>23</sup> e al diritto di accesso al giudice per l’effettività

---

<sup>18</sup> Sentenza della Corte di giustizia (GS) del 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP)*, ECLI:EU:C:2018:117, punto 35: “Il principio di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che i singoli traggono dal diritto dell’Unione, cui fa riferimento l’articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, costituisce, infatti, un principio generale di diritto dell’Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che è stato sancito dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea (...), e che è attualmente affermato all’articolo 47 della Carta”. La sentenza *LM* (Corte di giustizia del 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU, *LM*, ECLI:EU:C:2018:586) chiarisce al punto 45: “A tal fine, la Corte si è fondata, da un lato, sull’articolo 1, paragrafo 3, di tale decisione quadro, che prevede che quest’ultima non può comportare la modifica dell’obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti agli articoli 2 e 6 TUE e, dall’altro, sul carattere assoluto del diritto fondamentale garantito dall’articolo 4 della Carta”. Al riguardo, v. il richiamo della sentenza del 5 aprile 2016, cause riunite C-404 e 659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198, punti 83 e 85.

<sup>19</sup> V. sentenza *LM*: “Occorre, quindi, considerare che l’esistenza di un rischio reale che la persona oggetto di un mandato d’arresto europeo subisca, in caso di consegna all’autorità giudiziaria emittente, una violazione del suo diritto fondamentale a un giudice indipendente e, pertanto, del contenuto essenziale del suo diritto fondamentale a un equo processo, garantito dall’articolo 47, secondo comma, della Carta, autorizza l’autorità giudiziaria dell’esecuzione ad astenersi, a titolo eccezionale, dal dare seguito a tale mandato d’arresto europeo, in base all’articolo 1, paragrafo 3, della decisione quadro 2002/584”, punto 59. V. anche il dispositivo della medesima sentenza: “(...) l’esistenza di un rischio reale di violazione del diritto fondamentale a un equo processo garantito dall’articolo 47, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, a causa di carenze sistemiche o generalizzate riguardanti l’indipendenza del potere giudiziario dello Stato membro emittente”.

<sup>20</sup> V. sentenze *ASJP* e *LM*. Sulla prima sentenza, v. L. PECH, S. PLATON, *Judicial Independence under Threat: The Court of Justice to the Rescue in the ASJP Case*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 1827 ss.; M. BONELLI, M. CLAES, *Judicial Serendipity: How Portuguese Judges Came to the Rescue of the Polish Judiciary*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 622 ss. Sulla seconda, v. A. MIGLIO, *Il caso “Celmer” dinanzi all’Alta Corte d’Irlanda: il “test” “Aranyosi e Căldăraru” e il diritto a un processo equo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 432 ss.

<sup>21</sup> Art. 19, par. 1, co. 2, TUE: “Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell’Unione”.

<sup>22</sup> Sull’art. 2 TUE, v. E. CANNIZZARO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori dell’Unione europea*, in *Liber amicorum Antonio Tizzano*, cit., p. 158 ss.; M. KLAMERT, D. KOCHENOV, *Article 2*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *The Treaties and the Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, Oxford, 2019, p. 22 ss.; L. D. SPIEKER, *From Moral Values to Legal Obligations. On how to Activate the Union’s Common Values in the EU Rule of Law Crisis*, in *MPIL Research Paper*, 2018, n. 24.

<sup>23</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 10 novembre 2016, causa C-477/16 PPU, *Kovalkovas*, ECLI:EU:C:2016:861, punto 36.

della tutela giurisdizionale<sup>24</sup>. Una norma nazionale sulla competenza di un organo giudiziario che non soddisfa i requisiti di indipendenza e di imparzialità priverebbe l'interessato di un ricorso effettivo.

In dottrina, è stato affermato che il principio di leale cooperazione impone comunque un'interpretazione in senso restrittivo dell'ambito di applicazione dell'art. 2 TUE che deve essere limitato alla protezione dei diritti assoluti e dell'*essenza* dei diritti fondamentali. Dal momento che un'interpretazione sistematica ne espande la portata, occorre che resti comunque conforme al sistema delle competenze fissate nel diritto primario<sup>25</sup>. Tale dottrina ha il merito di aver sollecitato il rafforzamento della tutela dello Stato di diritto, segnalando al contempo la necessità di procedere con estrema cautela al suo bilanciamento con il rispetto delle competenze degli Stati membri, dell'identità nazionale e dell'equilibrio sottostante all'art. 51 della Carta<sup>26</sup>.

Di grande rilievo sistematico appare l'interpretazione innovativa dell'art. 19, par. 1, co. 2, TUE, espressione del principio generale di diritto dell'Unione che impone agli Stati membri di prevedere un sistema di rimedi atti a garantire una tutela giurisdizionale effettiva. Al riguardo, la Corte di giustizia ha statuito che, nel riferirsi testualmente ai "settori disciplinati dal diritto dell'Unione", prescinde dalla circostanza che gli Stati membri stiano attuando una norma dei trattati o di diritto derivato<sup>27</sup>. Ciò a differenza di quanto previsto dalla Carta che limita l'applicabilità esclusivamente "nell'attuazione del diritto dell'Unione" (art. 51, par. 1, in relazione all'art. 47 della Carta). Valorizzando l'autonoma applicazione dell'art. 19, par. 1, co. 2, TUE (come si dice nell'antitrust "*standing alone*"), la Corte supera i limiti di competenza dell'Unione, purché il collegamento con il diritto dell'Unione esista almeno "in astratto"<sup>28</sup>. Secondo la Corte di giustizia, il ricorso alla base giuridica dell'art. 47 della Carta si giustifica invece solo nel caso che le condizioni di indipendenza della magistratura siano valutate insieme ad un'altra norma di diritto dell'Unione.

<sup>24</sup> Sentenze della Corte di giustizia del: 18 dicembre 2014, causa C-562/13, *Abdida*, ECLI:EU:C:2014:2453, punto 45; 6 ottobre 2015, causa C-362/14, *Schrems*, ECLI:EU:C:2015:650, punto 95; 28 marzo 2017, causa C-72/15, *Rosneft*, punto 73.

<sup>25</sup> Per l'art. 47 della Carta, ai sensi del quale ogni persona i cui diritti garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice indipendente. Tuttavia, l'applicabilità della Carta è circoscritta "esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione", v. ad es. sentenze della Corte di giustizia del: 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, ECLI:EU:C:2012:756; 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg-Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105; 8 maggio 2013, causa C-87/12, *Ymeraga*, ECLI:EU:C:2013:29.

<sup>26</sup> A. VON BOGDANDY, M. KOTTMANN, C. ANTPOHLER, J. DICKSCHEN, S. HENTREI, *Reverse Solange, Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 489 ss. Sulla dottrina "reverse Solange" e la successiva evoluzione interpretativa dell'art. 2 TUE, v. A. VON BOGDANDY, L. D. SPIEKER, *Countering the Judicial Silencing of Critics, Article 2 TEU Values, Criminal Liability and Reverse Solange*, in *MPIL Research Paper Serie*, 2019, n. 8; ID., *Countering the Judicial Silencing of Critics: Article 2 TEU Values, Reverse Solange, and the Responsibilities of National Judges*, in *European Constitutional Law Review*, 2019, p. 391 ss.

<sup>27</sup> La formula "ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea" trova origine nel principio delle competenze attribuite, ma ha un suo originale sviluppo, v. M. E. BARTOLONI, *Ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, 2018.

<sup>28</sup> La Corte dichiara: "in via preliminare va osservato, riguardo all'ambito di applicazione *ratione materiae* dell'art. 19, par. 1, co. 2, TUE, che tale disposizione riguarda 'i settori disciplinati dal diritto dell'Unione', indipendentemente dalla situazione in cui gli Stati membri attuano tale diritto, ai sensi dell'art. 51, par. 1, della Carta".

Ad esempio, la sentenza di interpretazione pregiudiziale *A.K.*<sup>29</sup> è collegata ad una disposizione dell'Unione che giustifica anche l'applicabilità dell'art. 47 della Carta<sup>30</sup>.

Tuttavia, appare difficile concepire due “coppie” di combinati disposti normativi (da un lato, articoli 2 e 19, par. 1, co. 2, TUE e, dall'altro, articoli 2 TUE e 47 Carta), che hanno come medesimo oggetto la tutela dell'indipendenza della magistratura, senza che vi sia una fatale attrazione dell'art. 47 Carta (di applicazione più limitata) nell'orbita dell'art. 19, par. 1, co. 2, TUE (di applicazione più ampia). Quest'ultima disposizione dovrebbe consentire all'art. 47 Carta di operare pienamente, configurando un caso di applicazione di diritto dell'Unione (art. 51 Carta). In pratica, la Carta opererebbe sulla base di una triangolazione (art. 2 TUE, art. 19, par. 1, co. 2, TUE e art. 47 Carta), costituendo un'ipotesi di superamento dell'art. 51, ma di sua piena operatività<sup>31</sup>.

Seguendo un diverso percorso logico ma concordante nel risultato, si può affermare che l'esercizio della competenza sulla base dell'art. 19, par. 1, co. 2, TUE *standing alone* dà luogo a fattispecie di attuazione del diritto dell'Unione che, in quanto tale, dovrebbero rientrare nel raggio di applicabilità dell'art. 51 della Carta. Al riguardo, in dottrina è stato sottolineato come appaia incoerente l'orientamento della Corte che riconosce l'applicabilità della base giuridica dell'art. 19, par. 1, co. 2, TUE “nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione” e, ove ciò sia deciso, non ne fa discendere l'applicabilità della Carta<sup>32</sup>. Secondo autorevole dottrina che molto ha seguito e promosso l'orientamento della Corte in argomento, la ragione di questa asimmetria deriva certamente dalla necessaria cautela in relazione alla divisione delle competenze e nei confronti dei rischi di federalizzazione non voluti dagli Stati membri<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Nella sentenza *A.K.* vi è un riferimento alla direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro; in particolare l'art. 9, par. 1, della direttiva 2000/78: “1. Gli Stati membri provvedono affinché tutte le persone che si ritengono lese, in seguito alla mancata applicazione nei loro confronti del principio della parità di trattamento, possano accedere, anche dopo la cessazione del rapporto che si lamenta affetto da discriminazione, a procedure giurisdizionali e/o amministrative (...)”. La Corte di giustizia afferma: “Pertanto, (...) il giudice nazionale è tenuto ad assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica spettante ai singoli in forza dell'articolo 47 della Carta e dell'articolo 9, paragrafo 1, della direttiva 2000/78 e a garantire la piena efficacia di tali articoli, disapplicando all'occorrenza qualsiasi disposizione nazionale contraria”, punto 164. Per un commento, v. M. KRAJEWSKI, M. ZIÓŁKOWSKI, *The Power of 'Appearances'*, in *Verfassungsblog*, 26 novembre 2019; M. LELOUP, *An Uncertain First Step in the Field of Judicial Self-government: ECJ 19 November 2019, Joined Cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18, A.K., CP and DO*, in *European Constitutional Law Review*, 2020, p. 1 ss.

<sup>30</sup> Sentenza *A.K.*, punti da 126 a 131.

<sup>31</sup> V. M. CARTA, *La recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in merito all'inadempimento agli obblighi previsti dagli articoli 2 e 19 TUE: evolutionary or revolutionary road per la tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea?*, in *Eurojus*, 2020, p. 18.

<sup>32</sup> In questo senso, vedi N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2017, spec. p. 267 ss.; U. VILLANI, *op. cit.*, p. 25: “Sembra quasi che la Corte (...) voglia evitare di mettere in allarme gli Stati membri, cercando di tranquillizzarli contro il rischio di una analoga, ‘audace’ intromissione nell'intera materia, altrettanto sensibile, dei diritti fondamentali. Resta il fatto che, quali che siano le motivazioni di ‘politica giudiziaria’ della Corte, la sua posizione, particolarmente ‘avanzata’ sull'art. 19, par. 1, 2° comma, TUE e, per converso, ‘retrograda’ (rispetto alla propria giurisprudenza precedente) sull'ambito di applicazione della Carta, appare alquanto incoerente”.

<sup>33</sup> A. VON BOGDANDY, L. D. SPIEKER, *Countering the Judicial Silencing of Critics, Article 2 TEU*, cit., p. 18: “Such application might bring a massive power shift to the Union and uproot the equilibrium

Da ultimo, occorre escludere che il campo di applicazione dell'art. 19, par. 1, co. 2, TUE possa essere influenzato dalla questione dei limiti delle situazioni puramente interne<sup>34</sup>. Le riforme legislative in uno Stato membro appaiono rilevanti per l'esigenza di coerenza e unità dell'ordinamento dell'Unione europea, nonché per il funzionamento della cooperazione giudiziaria sulla base del principio di leale cooperazione.

3. Nella sua ormai cospicua giurisprudenza sull'indipendenza dei giudici, la Corte ha affermato che, da un lato, le funzioni giudiziarie devono poter essere esercitate in piena autonomia, senza vincoli gerarchici o di subordinazione; dall'altro, devono esser garantite l'imparzialità dell'organo giudicante e l'equidistanza dalle parti della controversia. In particolare, nella sentenza del 24 giugno 2019 (*Indipendenza della Corte suprema*), la Corte di giustizia ha affermato: "questo requisito di indipendenza degli organi giurisdizionali, intrinsecamente connesso al compito di giudicare, costituisce un aspetto essenziale del diritto fondamentale a un equo processo, che riveste importanza cardinale quale garanzia della tutela dell'insieme dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione"<sup>35</sup>. Inoltre, il regime disciplinare deve prevedere le garanzie necessarie per evitarne abusi ed impedire che tale regime si trasformi in strumento di controllo politico del contenuto delle decisioni giudiziarie.

Nella sentenza *A.K.*, la Corte di giustizia conferma la propria competenza a pronunciarsi sull'indipendenza dei tribunali nazionali, adottando un approccio complesso di bilanciamento degli interessi in gioco, in gran parte basato sul concetto di "apparenza dell'indipendenza del giudice".

Quanto al merito delle argomentazioni elaborate, il principio di partenza è nell'assunto che i giudici devono essere indipendenti tanto dalle parti quanto dall'esecutivo e dal legislatore<sup>36</sup>. Tuttavia, il principio di separazione dei poteri non impone agli Stati membri un determinato modello costituzionale di interazione fra i poteri medesimi.

established by the Treaties between the Union and its Member States to the detriment of national autonomy, identity and diversity. This is to be avoided, not least because it would threaten the Union itself as vigorous national countermeasures would be likely. Many are already concerned that European fundamental rights have an expansionist spill that might suffocate Member States, derail national achievements and even bring its interpretation and application do not fulfill all hopes set into the Charter, about an unwanted European federal state".

<sup>34</sup> Tale giurisprudenza si colloca prevalentemente nel contesto di domande di pronuncia pregiudiziale relative a norme dell'Unione in materia di libera circolazione e altri settori del diritto dell'Unione in cui, in linea di principio, è richiesto un elemento transfrontaliero, v. in particolare, le sentenze della Corte di giustizia del 15 novembre 2016, causa C-268/15, *Ullens de Schooten*, ECLI:EU:C:2016:874, punti da 49 a 55, e del 20 settembre 2018, causa C-343/17, *Fremoluc*, ECLI:EU:C:2018:754. In dottrina, v. J. KROMMENDIJK, *Wide Open and Unguarded Stand Our Gates: The CJEU and References for a Preliminary Ruling in Purely Internal Situations*, in *German Law Journal*, 2017, p. 1359 ss.; S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *Purely Internal Situations and the Limits of EU Law: A Consolidated Case Law or a Notion to Be Abandoned?*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 7 ss.; A. ARENA, *Le "situazioni puramente interne" nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2019. Sulla competenza esclusiva degli Stati membri v. F. FERRARO, *Brevi note sulla competenza esclusiva degli Stati membri in materia di sicurezza nazionale*, in *Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 27 ss., spec. p.38 s.

<sup>35</sup> Sentenza *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*, punto 58, v. M. ARANCI, *I recenti interventi della Corte di giustizia a tutela della rule of law in relazione alla crisi polacca*, in *European Papers*, 2019, n. 2, reperibile online; A. CIRCOLO, *Il rispetto dei valori fondanti dell'Unione e l'attivazione della procedura di controllo alla luce delle recenti vicende di Polonia e Ungheria*, in *DPCE Online*, 2019, n. 1, reperibile online.

<sup>36</sup> Sentenza *AK*, punto 126.

La Corte fa propri i criteri di valutazione elaborati dalla giurisprudenza della Corte EDU, basati sulle nozioni strettamente connesse di indipendenza e di imparzialità. Il requisito dell'indipendenza dipende dalle modalità di nomina e alla durata del mandato, dall'esistenza di garanzie contro il rischio di pressioni esterne. La valutazione dell'imparzialità può seguire un approccio soggettivo (convinzione personale e carattere del comportamento) e/o oggettivo (composizione, garanzie sufficienti o dubbi circostanziati). I motivi di temere che tali requisiti non siano rispettati devono essere oggettivamente giustificabili.

Per entrambi i criteri, le Corti europee applicano la “dottrina delle apparenze”, vale a dire la fiducia che i giudici devono ispirare in primo luogo alle parti del procedimento. Dal momento che non è possibile sondare i motivi profondi e reali alla base delle decisioni dei giudici, la procedura per le nomine e le rimozioni giudiziarie non deve “suscitare ragionevoli dubbi, nella mente degli individui, in merito all'impermeabilità dei giudici interessati a fattori esterni e alla loro neutralità rispetto agli interessi che li precedono, una volta nominati giudici”<sup>37</sup>. Ne deriva la necessità di bilanciare tutte le circostanze relative alla nomina dei giudici e decidere se, nel loro insieme, giustificano dubbi oggettivi nelle menti dei “cittadini ragionevoli” e non coinvolti nel processo politico<sup>38</sup>. Tali dubbi possono derivare dalle criticità della base legislativa e dalle modalità di istituzione dell'organo in parola. La valutazione deve essere riferita al contesto politico-sociale, richiedendo una conoscenza approfondita di tutte le circostanze relative. Dal momento che una valutazione sulla base di questi criteri può generare risultati divergenti, la Corte di giustizia rinvia al giudice remittente la decisione definitiva sulla sussistenza dei criteri indicati nella causa principale, secondo l'ordinaria ripartizione dei compiti dell'interpretazione pregiudiziale (che sappiamo però è spesso “anticipata” nella medesima sentenza della Corte).

Nello specifico, la Corte di giustizia spiega, con ampio corredo di giurisprudenza della Corte di Strasburgo, come applicare il test delle “apparenze” e quali circostanze dovrebbero essere valutate<sup>39</sup>. I test di indipendenza e legalità non devono necessariamente essere separati, poiché la verifica dell'indipendenza può comprendere l'analisi del requisito della legalità (costituito per legge). Tale requisito, che presenta il vantaggio di essere valutabile secondo criteri oggettivi, si riferisce non solo alla costituzione dell'organo giudiziario secondo le legittime procedure, ma anche alla sua composizione<sup>40</sup>. La legge dovrebbe determinare i criteri sostanziali e la procedura per le nomine giudiziarie da osservare rigorosamente. Tale requisito ha lo scopo di salvaguardare l'indipendenza giudiziaria da interferenze illegittime dei poteri politici. Si tratta di una violazione autonoma e primaria che può rendere superfluo ogni ulteriore esame. Infatti, la Corte EDU ha stabilito che, in caso di

<sup>37</sup> *Ivi*, punto 134.

<sup>38</sup> *Ivi*, punti 142 e 146, 152-153.

<sup>39</sup> *Ivi*, punti 135-154.

<sup>40</sup> Sentenza della Corte di giustizia (GS) del 26 marzo 2020, cause riunite C-542 e 543/18, *RX-II*, ECLI:EU:C:2020:232, punto 57: “A tale riguardo, occorre sottolineare che le garanzie d'accesso ad un giudice indipendente, imparziale e precostituito per legge, e in particolare quelle che ne stabiliscono la nozione e la composizione, rappresentano la pietra angolare del diritto all'equo processo. Quest'ultimo implica che ogni organo giurisdizionale abbia l'obbligo di verificare se la sua composizione gli consenta di costituire un siffatto tribunale quando, al riguardo, sorga un dubbio serio. Tale verifica è necessaria nell'interesse della fiducia che in una società democratica il giudice deve ispirare al singolo parte in giudizio”. Per un commento, v. J. NOWAK, *The Staff Case that You Will Never Forget! The Review Judgment of the Court in Simpson and HG*, in *EU Law live*, 30 marzo 2020, reperibile online.

accertamento in senso negativo, tale organo non è idoneo a garantire un processo equo. Quanto al processo di istituzione o di nomina del giudice, sarebbe sufficiente verificare una violazione della base legislativa, senza necessità di approfondimento delle concrete modalità di funzionamento dell'organo.

Quanto alla sussistenza dei criteri in parola, spetta in primo luogo ai tribunali nazionali verificare/valutare se una violazione della legge nel processo di nomina giudiziaria si traduca in un motivo contrario al riconoscimento della natura di organo giudiziario. Ciò non impedisce, ad esempio, alla Corte EDU di valutare a sua volta le circostanze accertate dal giudice nazionale<sup>41</sup>.

I principi-guida così formulati dovrebbero condurre il giudice del rinvio della sentenza *A.K.* a dichiarare nella causa principale l'illegittimità delle modalità di costituzione/composizione delle due sezioni della Corte suprema (la Camera disciplinare e la Camera degli affari pubblici), nonché del (riformato) Consiglio nazionale della magistratura (CNM). In modo più puntuale, la Corte evidenzia gli elementi specifici che il giudice del rinvio deve esaminare per poter valutare se la Sezione disciplinare della Corte suprema offra o meno garanzie sufficienti di indipendenza. In primo luogo, la sola circostanza che i giudici della Sezione disciplinare siano stati nominati dal Presidente della Repubblica non determina automaticamente un rapporto di dipendenza, né è sufficiente a generare dubbi quanto alla loro imparzialità, purché tali giudici non siano soggetti a pressioni e istruzioni a parte del potere politico. In proposito, la Corte ha precisato che è importante tener conto delle circostanze fattuali e dei requisiti giuridici della designazione dei membri del CNM e delle modalità di svolgimento del ruolo di garante dell'indipendenza dei giudici. In ogni caso, le controversie relative all'applicazione del diritto dell'Unione non possono ricadere nella competenza di un giudice che non abbia le necessarie caratteristiche di indipendenza e imparzialità<sup>42</sup>.

Tra le considerazioni dell'AG Tanchev, quasi tutte fatte proprie dalla Corte di giustizia, merita di essere ricordata la posizione, già espressa in altri procedimenti, per cui la violazione dell'art. 19, par. 1, co. 2, TUE richiede più di una semplice violazione dell'indipendenza della magistratura ma una "violazione strutturale o generalizzata che compromette l'essenza dell'indipendenza giudiziaria"<sup>43</sup>. Si tratta di una questione di grande rilievo perché la condizione di un'infrazione strutturale e/o generalizzata (riconosciuta nella formulazione dell'art. 7 TUE, nella giurisprudenza *LM* e nella proposta di regolamento delle sanzioni finanziarie dei fondi strutturali) non sembra, ad oggi, condivisa dalla Corte di giustizia. Quest'ultima ritiene sufficiente, per giustificare il suo intervento, una sola e puntuale infrazione dello Stato di diritto.

<sup>41</sup> Nella sentenza del 12 marzo 2019, ricorso n. 26374/18, *Ástráðsson c. Islanda* (in attesa della sentenza definitiva dinanzi alla Grande camera), la Corte EDU ha ritenuto che le carenze nella nomina di un giudice nazionale costituissero una flagrante violazione della legge, anche se la Corte suprema islandese le ha classificate come irregolarità.

<sup>42</sup> D. KOSAŘ, *The CJEU Has Spoken out, but the Show Must Go on*, in *Verfassungsblog*, 2 agosto 2018, reperibile online; ID., *Beyond Judicial Councils: Forms, Rationales and Impact of Judicial Self-Governance in Europe*, in *German Law Journal*, 2018, p. 1567 ss.; M. TABOROWSKI, P. MARCISZ, *The First Judgment of the ECJ Regarding a Breach of the Rule of Law in Poland?*, in *Verfassungsblog*, 29 maggio 2019, reperibile online; P. FILIPEK, *Only a Court Established by Law Can Be an Independent Court, The ECJ's Independence Test as an Incomplete Tool to Assess the Lawfulness of Domestic Courts*, *ivi*, 23 gennaio 2020.

<sup>43</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Tanchev del 27 giugno 2019, cause riunite C-585, 624 e 625/18, *AK*, ECLI:EU:C:2019:551.

4. In sede di attuazione della sentenza *A.K.*, si sono sviluppate in Polonia reazioni contrastanti che testimoniano il carattere fortemente “divisivo” del tema.

Il giudice remittente ha fatto proprie le indicazioni interpretative ricevute dalla Corte di giustizia, statuendo che la Camera disciplinare e il CNM non risultano costituiti secondo i necessari criteri di indipendenza e imparzialità<sup>44</sup>; in particolare, la Camera disciplinare non è qualificabile come un “tribunale” ai sensi del diritto dell’Unione europea e del diritto nazionale<sup>45</sup>. Tale posizione è stata poi condivisa dalla Corte suprema nel suo insieme (ma, ovviamente, senza la partecipazione delle sezioni della cui legittimità si discute) tramite una risoluzione che proclama l’illegittimità dei giudici prescelti come membri del Consiglio disciplinare in base alla nuova procedura di nomina<sup>46</sup>. Si è delineata così una netta spaccatura: da un lato, le sezioni della Corte suprema, preesistenti alla riforma legislativa del 2017 (e ancora indipendenti dal potere politico), impegnate ad attuare le indicazioni della Corte di giustizia; dall’altro, le restanti sezioni di recente costituzione (collegate al potere politico) secondo cui un giudice non può, per nessuna ragione, mettere in discussione la legittimità di un altro giudice<sup>47</sup>. Anche il Tribunale costituzionale (modificato e completamente asservito all’esecutivo) è intervenuto con un’ingiunzione sospensiva di dubbia classificazione nei confronti della risoluzione in parola, per rigettare le indicazioni della Corte di giustizia, cercando di ostacolarne la “diffusione” nella prassi giudiziaria<sup>48</sup>.

Oltre a criticare la legittimità della sentenza *A.K.*, il Governo polacco ha reagito chiedendo al Parlamento l’adozione di un testo legislativo che irrigidisce ulteriormente il sistema di sanzioni disciplinari nei confronti dei giudici<sup>49</sup>. Anche la velocità

---

<sup>44</sup> Il Consiglio nazionale della magistratura è composto da giudici eletti dal Parlamento, il quale vota in blocco per una lista di candidati, redatta in anticipo da una commissione parlamentare tra i candidati presentati da gruppi parlamentari della Camera bassa del Senato, sulla base di proposte di gruppi di giudici o di cittadini. In tale sistema risulta che in alcuni casi i candidati siano stati sostenuti da politici e che membri così eletti costituiscano una maggioranza sufficiente per prendere una decisione in merito al trattamento delle proposte di nomina a posti di giudice nonché altre decisioni vincolanti previste dal diritto nazionale.

<sup>45</sup> V. ordinanza del 5 dicembre 2019 della Camera del lavoro e della sicurezza sociale che è formalmente una diversa sezione della medesima Corte suprema e non è ancora asservita alle autorità politiche.

<sup>46</sup> Resolution of the Civil, Criminal and Labour & Social Security Chambers of the Supreme Court of 23 January 2020, in *Rule of Law*, 24 gennaio 2020, reperibile *online*. Di tutta evidenza, la Camera disciplinare e il Consiglio nazionale della magistratura (modificato) hanno continuato a funzionare, con la sola possibilità teorica di ricorso al Tribunale costituzionale (modificato). L’unico organo che la provvisoriamente sospeso la sua attività è la Camera degli affari pubblici, sezione della Corte suprema.

<sup>47</sup> Nella risoluzione del 23 gennaio 2020, le tre “vecchie” Camere della Corte suprema hanno dichiarato che le decisioni dei collegi contenenti giudici designati dal nuovo CdM, possono essere valutate come illegali qualora siano riscontrabili aspetti di irregolarità. La Camera disciplinare della Corte suprema ha continuato i suoi lavori dopo la risoluzione in parola. La Camera di controllo straordinario composta interamente da giudici designata dal nuovo Consiglio, ha sospeso le sessioni.

<sup>48</sup> Il Tribunale costituzionale ha ingiunto alla Corte suprema di sospendere la suddetta risoluzione, v. Decision taken by Poland’s Constitutional Tribunal to suspend the Supreme Court resolution of 23 January, Case ref. Kpt 1/20, 28 January 2020, in *Rule of Law*, 28 gennaio 2020, reperibile *online*. Sull’illegittimità e per una critica dell’intervento del Tribunale costituzionale, v. W. ZONTEK, *You Can’t Forbid Judges to Think*, in *Verfassungsblog*, 5 febbraio 2020.

<sup>49</sup> La legge votata della Camera bassa, con voto contrario del Senato (bocciatura irrilevante nel sistema legislativo polacco), è stata subito firmata dal Presidente della Repubblica, particolarmente critico nei confronti della “resistenza” di parti della magistratura polacca alle riforme giudiziarie.

del percorso della legge del 12 febbraio 2020 è stata determinata dalla volontà di impedire, in tutti i modi, l'attuazione dei criteri fissati nella sentenza *A.K.* da parte di altri giudici (diversi dal giudice di rinvio della questione pregiudiziale). Essi potrebbero a loro volta revocare in dubbio i titoli e la qualificazione dei componenti dei due organi considerati privi dei necessari requisiti di indipendenza. Il nuovo testo legislativo prevede anche sanzioni penali per i giudici che criticino le riforme giudiziarie del governo o svolgano attività pubbliche considerate di carattere politico. In definitiva, si tratta di un'aperta sfida alle indicazioni interpretative della Corte di giustizia. Senza alcun dubbio, si tratta della risposta più negativa mai concepita da uno Stato membro contro una sentenza della Corte, in violazione della più elementare forma di leale cooperazione<sup>50</sup>.

La legge del 12 febbraio 2020 è stata rinominata “legge-bavaglio” dalla stessa Presidente della Corte suprema, ferma oppositrice della politica giudiziaria governativa ma di prossima scadenza del mandato<sup>51</sup>.

**5.** La Corte di giustizia nella sentenza *Miasto Lowicz e al.* ha dichiarato l'irricevibilità del rinvio pregiudiziale, confermando la giurisprudenza ormai consolidata in materia<sup>52</sup>.

La Corte chiarisce con tutta evidenza la contrarietà a misure nazionali che prevedano sanzioni disciplinari applicabili a un giudice a causa dell'esercizio della facoltà/obbligo di rinvio pregiudiziale. Il rilievo ai fini del consolidamento dei principi in materia è evidenziato dal coinvolgimento della Grande camera e dall'ampiezza delle argomentazioni. Persino l'ordinanza di rigetto della richiesta di procedura accelerata (di due anni prima) si è rivelata funzionale al percorso che la Corte intendeva seguire per raggiungere una mediazione fra due esigenze: impedire che la questione dell'indipendenza e organizzazione della magistratura fosse “rinchiusa” tra gli affari interni di uno Stato membro; fare in modo che i ricorsi pregiudiziali si trasformino in uno “scudo improprio” dei giudici a rischio di persecuzione politica e giudiziaria. A tal fine, l'unica soluzione efficace sarebbe quella di convincere lo Stato membro a modificare la legislazione che ha creato tale situazione incompatibile con il diritto dell'Unione.

Le ragioni dell'irricevibilità non riguardano i profili sostanziali e il nuovo orientamento sulle basi giuridiche a garanzia dell'indipendenza della magistratura. Nessun dubbio che un determinato regime disciplinare a livello nazionale possa violare gli obblighi di garantire un potere giudiziario indipendente, in particolare quando le misure disciplinari vengano utilizzate per controllare politicamente il contenuto delle decisioni giudiziarie<sup>53</sup>. L'oggetto della causa principale riguardava

<sup>50</sup> Anche la Commissione di Venezia non ha mancato di sottolineare le criticità del provvedimento, v. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Poland joint urgent opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe, Strasburgo, 16 gennaio 2020.

<sup>51</sup> La presidente della Corte suprema polacca, Malgorzata Gersdorf, oppositrice della politica governativa restrittiva dell'autonomia della magistratura l'ha definita una “legge bavaglio”.

<sup>52</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 26 marzo 2020, cause riunite C-558 e 563/18, *Miasto Lowicz e al.*, ECLI:EU:C:2020:234.

<sup>53</sup> I procedimenti relativi a tre delle quattro sentenze sinora emanate sono stati sottoposti a procedura accelerata che ne ha consentito la conclusione in tempi brevi. Nel caso *Miasto Lowicz* la procedura non è però stata ammessa, v. ordinanza del Presidente della Corte, procedura accelerata, del 1° ottobre 2018, cause riunite C-558 e 563/18, ECLI:EU:C:2018:923 (disponibile solo in francese e polacco). La deci-

rispettivamente questioni di spesa pubblica e di diritto penale che “non erano sostanzialmente collegati” all’art. 19, par. 1, co. 2, TUE. In effetti, le cause principali non riguardavano le misure disciplinari, che incidono solo in modo personale sull’indipendenza del giudice del rinvio, senza cioè che vi fosse un legame giuridico tra il regime disciplinare e l’oggetto della causa principale. Un aspetto singolare, certo non pertinente a livello giuridico della controversia riguarda però la menzione nella sentenza delle “assicurazioni diplomatiche” che la Polonia ha dato alla Corte, in contraddittorio con le affermazioni dei giudici remittenti sulla esistenza di indagini disciplinari nei propri confronti<sup>54</sup>.

Quanto all’interpretazione pregiudiziale, la Corte ha da un lato confermato l’ampia portata materiale dell’art. 19, par. 1, co. 2, TUE<sup>55</sup>, ma al contempo ha evidenziato le difficoltà di porre rimedio ai comportamenti lesivi dei diritti dei giudici mediante tale strumento<sup>56</sup>. La questione da risolvere riguardava l’obbligo sostanziale degli Stati membri di garantire l’indipendenza di qualsiasi giudice, indipendentemente dall’argomento della causa principale. In altri termini, se corrisponda a un diritto di qualsiasi giudice di uno Stato membro la possibilità di denunciare le violazioni della propria indipendenza giudiziaria alla Corte di giustizia, indipendentemente dall’oggetto del caso in esame.

L’ostacolo alla ricevibilità è costituito dalle caratteristiche della procedura dell’interpretazione pregiudiziale che non ammette questioni avulse dalla causa principale, motivate nel caso di specie dal solo timore di sanzioni disciplinari del giudice remittente. Ai sensi dell’art. 267 TFUE, una sentenza di interpretazione pregiudiziale deve essere necessaria per consentire al giudice del rinvio di pronunciarsi nella causa principale; altrimenti si tratterebbe di formulare semplici pareri consultivi. Pertanto, la regola ribadita dalla Corte è che sono ammissibili i rinvii, che hanno come oggetto diretto le misure di presumibile violazione di tale norma, quali ad es., le decisioni sulla legalità delle pensioni forzate di giudici o sulla remunerazione dei giudici. Se le misure nazionali possono violare l’indipendenza giudiziaria in modo più indiretto, le questioni preliminari saranno ammissibili, laddove la questione costituisca un elemento della valutazione giuridica nella causa principale.

Cosa succede se la questione dell’indipendenza del giudice del rinvio non sia né direttamente né indirettamente collegata alla causa principale? L’esistenza di un motivo di “influenza esterna” non sembra sufficiente a trasformare il procedimento

---

sione era già indicativa delle prospettive di irricevibilità del rinvio, ma contiene considerazioni rilevanti in argomento, al punto da essere citata nella sentenza del 26 marzo 2020.

<sup>54</sup> Al punto 76, la sentenza riferisce della produzione in giudizio di “lettere dei giudici del rinvio che integrano le loro domande di pronuncia pregiudiziale” e della comunicazione del delegato polacco alla disciplina per i giudici degli organi giurisdizionali ordinari “relativa ai procedimenti di indagine con la partecipazione dei giudici Ewa Maciejewska e Igor Tuleya, con riguardo alla presentazione di questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia dell’Unione europea”. La Polonia ha sostenuto che le indagini avevano lo scopo di accertare se vi fossero stati tentativi di esercitare un’influenza sui giudici del rinvio; che le indagini erano state comunque archiviate e i giudici coinvolti non sarebbero stati sottoposti a procedimenti disciplinari.

<sup>55</sup> La Corte afferma che: “l’articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, del TUE è destinato, tra l’altro, ad applicarsi a qualsiasi organismo nazionale che possa pronunciarsi (...) su questioni relative all’applicazione o all’interpretazione del diritto dell’UE”, punto 34.

<sup>56</sup> In un certo numero di casi, la Corte di giustizia ha avuto l’opportunità di confermare questa posizione, v. ad es. le sentenze *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*, punto 42 ss., e *Commissione c. Polonia (Indipendenza dei Tribunali ordinari)*, punto 98 ss.

principale in un “caso di indipendenza giudiziaria”. Pertanto, la circostanza considerabile come fattore esterno alla causa principale impedisce di stabilire un collegamento, determinando la irricevibilità del rinvio pregiudiziale<sup>57</sup>.

In definitiva, la Corte ritiene che il rinvio pregiudiziale possa comprendere una questione relativa all’indipendenza del giudice solo se necessaria alla soluzione della causa principale o alla definizione della competenza giurisdizionale nella causa principale da parte dello stesso giudice remittente. Ciò quando la valutazione dell’indipendenza di un altro giudice serva a stabilire, in caso di sua mancanza, la giurisdizione propria del giudice del rinvio sulla procedura<sup>58</sup>. In questo senso, un caso di studio è proprio la sentenza *A.K.*, in cui la Sezione del lavoro della Corte suprema ha posto il rinvio al fine di stabilire se la nuova Camera disciplinare della medesima Corte avesse le necessarie caratteristiche di indipendenza e, in caso di risposta negativa, sarebbe stata tenuta ad assumere essa stessa la giurisdizione in materia.

In conclusione, la Corte di giustizia anticipa brevemente, in una sorta di *obiter dictum*, la sua valutazione della riforma delle sanzioni disciplinari, la Corte ha affermato che non sono ammissibili in alcun modo misure nazionali che espongono i giudici nazionali a procedimenti disciplinari a causa della presentazione di un rinvio pregiudiziale<sup>59</sup>.

6. Sono evidenti e numerose le differenze nell’approccio alla questione nella procedura di pronuncia pregiudiziale e nella procedura di infrazione. In un ricorso per inadempimento, la Corte deve verificare se in linea generale la misura nazionale sia contraria al diritto dell’Unione. Nell’ambito di un procedimento pregiudiziale il compito è quello di “assistere il giudice del rinvio” nella soluzione della controversia della causa principale. Pertanto, nella logica del dialogo dell’interpretazione pregiudiziale, la Corte di giustizia lascia la determinazione in concreto della sussistenza delle caratteristiche, così delineate, di indipendenza e imparzialità al giudice

<sup>57</sup> Questo chiarimento potrebbe avere un’influenza significativa su altri riferimenti preliminari attualmente pendenti dinanzi alla Corte. Per citare solo un esempio: nel caso *IS*, in corso, un tribunale ungherese ha chiesto alla Corte di giustizia se la notevole influenza dei presidenti di corte, che sono nominati in violazione dei requisiti di indipendenza giudiziaria, costituisce una violazione dell’art. 19, par. 1, co. 2, TUE e il diritto a un processo equo; cfr. Summary of the request for a preliminary ruling pursuant to Article 98(1) of the Rules of Procedure of the Court of Justice case C-564/19, 24 luglio 2019. Per commenti, v. P. BÁRD, *Luxemburg as the Last Resort: The Kúria’s Judgment on the Illegality of a Preliminary Reference to the ECJ*, *Verfassungsblog*, 23 settembre 2019, reperibile online; nonché D.G. SZABÓ, *A Hungarian Judge Seeks Protection from the CJEU – Part I*, *ivi*, 28 luglio 2019.

<sup>58</sup> In generale, la Corte lascia un ampio margine di apprezzamento al giudice del rinvio nel determinare tale rilevanza ma chiarisce che “deve esserci (...) un fattore di collegamento tra tale controversia e le disposizioni del diritto dell’Unione la cui interpretazione è richiesta, in virtù della quale tale interpretazione è obiettivamente richiesta affinché la decisione sia adottata dal giudice del rinvio”, punto 48. I rinvii preliminari saranno ammissibili solo a condizione che le controversie nella causa principale siano “sostanzialmente connesse al (...) articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE”.

<sup>59</sup> Sentenza *Miasto Lowicz e al.*, punto 58: “Non possono pertanto essere ammesse disposizioni nazionali dalle quali derivasse per i giudici nazionali il rischio di esporsi a procedimenti disciplinari per il fatto di aver adito la Corte mediante un rinvio pregiudiziale (...). In effetti, la mera prospettiva di poter essere, se del caso, oggetto di procedimenti disciplinari per il fatto di aver proceduto ad un siffatto rinvio o di aver deciso di mantenerlo successivamente alla sua introduzione è atta a pregiudicare l’effettivo esercizio, da parte dei giudici nazionali interessati, della facoltà e delle funzioni indicate al punto precedente”.

del rinvio, che dovrà decidere, nella specifica fattispecie della Sezione disciplinare della Corte suprema, la compatibilità con il diritto dell'Unione.

Anche la procedura in via pregiudiziale può fornire al giudice *a quo* una valutazione di incompatibilità con il diritto dell'Unione di misure nazionali sull'indipendenza della magistratura, imponendone la disapplicazione. Ad esempio, con la sentenza *LM*<sup>60</sup>, la Corte di giustizia ha esteso l'ambito di applicazione del test *Aranyosi e Căldăraru*, riconoscendo la possibilità di non eseguire mandati d'arresto europei. Violazioni gravi dell'indipendenza del potere giudiziario nello Stato membro di emissione possono comportare la lesione del diritto a un equo processo, che è elemento costitutivo dello Stato di diritto. L'apprezzamento delle circostanze che determinano l'illegittimità è rimesso ai singoli giudici nazionali, con il rischio di scelte di segno opposto. Se è vero che l'interpretazione pregiudiziale si impone al giudice remittente, non è certo che sia altrettanto efficace nei confronti degli altri giudici (nota questione dell'efficacia *erga omnes*), specie nel caso che quest'ultimi decidano di non tener conto delle indicazioni della Corte per esplicita condivisione della politica dell'esecutivo o in forza delle decisioni del Tribunale costituzionale, che opera ormai in obbedienza delle scelte dell'esecutivo.

La Corte di giustizia specifica che il rifiuto di statuire su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale è possibile soltanto qualora risulti in modo manifesto che l'interpretazione richiesta relativamente ad una norma dell'Unione non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto della controversia nel procedimento principale, oppure qualora il problema sia di natura ipotetica, o anche quando la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per rispondere utilmente alle questioni che le vengono sottoposte<sup>61</sup>. La *ratio* del rinvio pregiudiziale non consiste nell'esprimere pareri consultivi su questioni generiche o ipotetiche, ma risponde all'esigenza di dirimere concretamente una controversia<sup>62</sup>.

Pertanto, una norma di diritto nazionale non può impedire a un organo giurisdizionale nazionale di avvalersi della suddetta facoltà, la quale, invero, è inerente al sistema di cooperazione fra gli organi giurisdizionali nazionali e la Corte, instaurato dall'art. 267 TFUE, e alle funzioni di giudice incaricato dell'applicazione del diritto dell'Unione affidate agli organi giurisdizionali nazionali<sup>63</sup>.

Del resto, la Corte di giustizia ha affermato nell'ordinanza *RH*<sup>64</sup> che in base all'art. 267 TFUE e all'art. 47, co. 2, Carta: “[c]ostituisce una garanzia inerente all'indipendenza dei giudici il fatto di non essere esposti a sanzioni disciplinari per l'esercizio di una facoltà, come quella di trasmettere alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale, o di scegliere di attendere la risposta a una simile domanda prima di pronunciarsi nel merito della causa al loro esame, e che rientra nella loro esclusiva competenza”.

---

<sup>60</sup> In tema v. M. KRAJEWSKI, *Who is Afraid of the European Council? The Court of Justice's Cautious Approach to the Independence of Domestic Judges ECJ, Case C-216/18 PPU: The Minister for Justice and Equality v LM*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, n. 4, p. 1 ss.; A. ROSANÒ, *Crisi dello Stato di diritto nell'Unione europea e occasioni perdute. La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea sulle carenze del sistema giudiziario*, in *Eurojus*, 6 settembre 2018, reperibile online.

<sup>61</sup> Sentenza *Aranyosi e Căldăraru*, punto 101.

<sup>62</sup> *Ivi*, punto 105.

<sup>63</sup> Sentenza *A.K.*, punto 103 e giurisprudenza *ivi* citata.

<sup>64</sup> Ordinanza della Corte di giustizia del 12 febbraio 2019, causa C-8/19 PPU, *Procedimento penale a carico di RH*, ECLI:EU:C:2019:110.

L'importanza del rinvio pregiudiziale è sottolineata dalla prima condanna della Corte di giustizia nei confronti di uno Stato membro (la Francia) per violazione dell'obbligo di sollevare un quesito pregiudiziale alla Corte di giustizia<sup>65</sup>.

7. L'ordinanza sulle misure cautelari dell'8 aprile della Corte di giustizia<sup>66</sup> è collegata alla terza procedura di infrazione per inadempimento sullo Stato di diritto, avviata dalla Commissione sulla base dell'art. 19, par. 1, co. 2, TUE al fine di proteggere i giudici polacchi dal controllo politico. Le questioni sollevate nella procedura di inadempimento riguardano la legittimità dell'attività della Camera disciplinare per la sua mancanza di indipendenza e imparzialità e, per la prima volta, la violazione dell'art. 267 TFUE nella misura in cui il nuovo regime disciplinare può determinare un effetto deterrente per l'utilizzo del rinvio di interpretazione pregiudiziale.

In tale ambito si colloca la richiesta dalla Commissione alla Corte di giustizia dell'emissione di misure cautelari, non presentata al momento del rinvio per inadempimento<sup>67</sup>. Le misure cautelari sono state richieste dalla Commissione europea, su iniziativa della Vicepresidente Jourová, incaricata della promozione e del controllo sui valori e sulla trasparenza. La Commissione ha così dato un segno tangibile di voler proseguire nell'azione a tutela dello Stato di diritto, senza alcun condizionamento derivante dal supporto ricevuto, in occasione del voto di fiducia, dal Gruppo politico (Conservatori e Riformisti), di cui è componente determinante il partito al governo in Polonia (Diritto e giustizia).

Il primo precedente è rappresentato dalla misura provvisoria concessa nella procedura di inadempimento per il disboscamento della foresta Białowieża sito Natura 2000 protetto dall'UNESCO e rientrante in diversi atti dalla legislazione dell'Unione. In tale nota vicenda<sup>68</sup>, la Corte di giustizia ha adottato con un'ordinanza i provvedimenti provvisori *ex art.* 279 TFUE. Tale norma consente alla Corte "ove lo ritenga appropriato, di adottare, eventualmente d'ufficio, qualsiasi provvedimento accessorio diretto a garantire l'efficacia dei provvedimenti provvisori". Nel caso di specie, le misure cautelari non miravano ad ottenere la sospensione di un atto delle istituzioni dell'Unione ma di un atto legislativo di uno Stato membro. In tale occasione, la Corte di giustizia ha affermato per la prima volta il proprio potere di

<sup>65</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre 2018, causa C-416/17, *Commissione c. Francia*, ECLI:EU:C:2018:811. In dottrina, v. D. SARMIENTO, *Judicial Infringements at the Court of Justice – A Brief Comment on the Phenomenal Commission c. France (C-416/17)*, in *Despite our Differences Blog*, 9 ottobre 2018, reperibile online; A. TURMO, *A Dialogue of Unequals – The European Court of Justice Reasserts National Courts' Obligations under Article 267(3) TFEU: ECJ 4 October 2018, Case C-416/17, Commission v France*, in *European Constitutional Law Review*, 2019, p. 340 ss.

<sup>66</sup> Ordinanza *Commissione c. Polonia* (causa C-791/19 R).

<sup>67</sup> Le misure cautelari richieste dalla Commissione sono state avanzate a seguito dell'ulteriore deterioramento dello Stato di diritto in Polonia. V. udienza della Grande sezione del 9 marzo 2020, causa C-791/19 R, *Commissione c. Polonia*, giudice relatore il Vicepresidente della Corte Silva de Lapuerta, ha visto l'intervento di cinque Stati membri a sostegno della Commissione (Belgio, Paesi Bassi, Finlandia, Danimarca e Svezia). In assenza di altre fonti, si rinvia al resoconto dell'udienza redatto da J. MORIJN, *Commission v Poland: What Happened, What It Means, What It Will Take*, in *Verfassungsblog*, 10 marzo 2020, reperibile online.

<sup>68</sup> V. ordinanza della Corte di giustizia del 20 novembre 2017, causa C-441/17, *Commissione c. Polonia*, punti da 54 a 60 e la successiva sentenza del 17 aprile 2018, ECLI:EU:C:2018:255. Per un commento, v. D. SARMIENTO, *Interim Revolutions: The CJEU Gives Its First Interim Measures Ruling on the Rule of Law in Poland*, in *EU Law Analysis*, 22 ottobre 2018, reperibile online.

imporre, nell'ambito di provvedimenti cautelari, una penalità pecuniaria. La Corte ha affermato: "La penalità di mora non può (...) essere considerata una sanzione e (...) l'interpretazione effettuata dalla Repubblica di Polonia del sistema dei mezzi di ricorso nel diritto dell'Unione in generale e del procedimento sommario in particolare avrebbe l'effetto di ridurre considerevolmente la possibilità per tale procedimento di raggiungere il suo obiettivo in caso di inosservanza, da parte dello Stato membro interessato, dei provvedimenti provvisori disposti nei suoi confronti"<sup>69</sup>.

Il secondo precedente è quello dell'ordinanza nella causa di inadempimento sull'età pensionabile dei giudici della Corte suprema. Nonostante la legge in discussione fosse sospesa, alcune delle sue disposizioni avevano già prodotto effetti. Pertanto, l'ordinanza imponeva alla Polonia una sospensione retroattiva dal momento dell'entrata in vigore della riforma. In tale occasione, era stata osservata la sussistenza dei presupposti a fondamento: il *fumus boni iuris* e l'urgenza che apparivano manifesti dagli atti di causa. La Corte convalidava altresì la sospensione dell'efficacia delle disposizioni di legge rilevanti, l'ordine di reintegrare nel loro lavoro i giudici, l'astensione da ogni ulteriore nomina e, infine, l'obbligo di comunicare mensilmente alla Commissione i provvedimenti adottati in ottemperanza all'ordinanza cautelare. Peraltro, le ragioni di urgenza a fondamento dell'adozione delle misure cautelari erano le stesse alla base dell'accoglimento della richiesta di procedimento accelerato.

Come abbiamo visto, le autorità polacche si sono rifiutate di conformarsi alla sentenza della Camera di lavoro e previdenza sociale della Camera suprema che, in sede di attuazione della sentenza *A.K.*, ha ritenuto che la Camera disciplinare della medesima Corte non costituisse un organo giurisdizionale ai sensi del diritto dell'Unione e del diritto nazionale. Solo allora, la Commissione europea ha deciso di presentare una domanda di provvedimenti provvisori: la Camera disciplinare ha continuato a funzionare, creando un rischio di danno irreparabile per i giudici e aumentando un effetto deterrente sulla magistratura polacca, presupposti dell'esame dell'urgenza ai fini richiesta di provvedimenti provvisori. All'inizio della procedura di infrazione per inadempimento, la Commissione aveva ritenuto di non chiedere provvedimenti provvisori perché aveva preferito attendere le due sentenze pregiudiziali (pendenti in quel momento ed ora concluse) relative, fra l'altro, alla legittimità della Camera disciplinare.

Seguendo l'orientamento sviluppato sin dalla sentenza *ASJP*, la Corte chiarisce che l'obbligo per ciascuno Stato membro di rispettare e mantenere l'indipendenza dei tribunali nazionali (che possono applicare o interpretare il diritto dell'Unione) include l'obbligo di rispettare il principio di indipendenza dei giudici in relazione ai procedimenti disciplinari che li riguardano. Ciò significa tra l'altro che il diritto

---

<sup>69</sup> Il Vicepresidente della Corte, che ha una specifica competenza in materia, non ha adottato un provvedimento ordinario ma quello urgente previsto dal regolamento di procedura (art. 160, par. 7), che consente un intervento prima di ascoltare lo Stato membro in considerazione della particolare urgenza. Con ordinanza è stato adottato un provvedimento cautelare *inaudita altera parte*; la causa è stata anche sottoposta a procedura accelerata, ai sensi dell'art. 133, par. 1, del regolamento di procedura. I provvedimenti provvisori del vicepresidente della Corte sono stati confermati, a chiusura del procedimento sommario, dalla ordinanza della Corte di giustizia *Commissione c. Polonia* (causa C-619/18 R). Sulle competenze del Vicepresidente della Corte e del Presidente del Tribunale v. M. JAEGER, *Il giudice della procedura cautelare dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Qualche considerazione sull'evoluzione delle sue competenze*, in *Liber amicorum Antonio Tizzano*, cit., p. 437 ss.

dell'Unione preclude l'istituzione di organi disciplinari che non siano idonei a soddisfare le garanzie inerenti a un'efficace protezione giudiziaria, compresa quella dell'indipendenza. In relazione alla verifica dell'esistenza di *fumus boni juris*, la Corte di giustizia indica chiaramente il rifiuto della Camera disciplinare di rispettare il diritto dell'Unione. Dopo aver ricordato la portata dei requisiti di indipendenza e imparzialità, la Corte conclude che l'affermazione della mancanza di garanzie di indipendenza e imparzialità della Camera disciplinare non appare, *prima facie*, infondata. Per quanto riguarda l'urgenza, la Corte sottolinea il modo in cui le riforme giudiziarie minacciano di danneggiare l'indipendenza dei giudici polacchi e, al contempo, l'ordinamento giuridico dell'Unione. Un organo come la Camera disciplinare crea una minaccia di grave e irreparabile danno all'ordinamento dell'Unione a causa della portata della giurisdizione disciplinare nei confronti dei giudici mentre il suo carattere di indipendenza e imparzialità non "appare evidente". La "mera prospettiva" per i giudici polacchi di "affrontare il rischio di una procedura disciplinare" davanti a un organo la cui indipendenza non è garantita, può avere un rilevante impatto a prescindere dal numero di procedimenti avviati o dai loro esiti.

Per la prima volta, la Corte ha sospeso l'attività di un organo nazionale a cui non viene riconosciuto carattere giurisdizionale, anche se l'ordinanza non comporterà lo scioglimento della Camera disciplinare, né la sospensione dell'amministrazione e dei servizi finanziari, né il licenziamento delle persone nominate.

## Abstract

### The Court of Justice on the Protection of the Judicial Independence against Disciplinary Measures Infringing the Rule of Law

The article explores the recent case law of the Court of Justice of the EU on the rule of law crisis, with specific attention to the disciplinary measures affecting the judicial independence in Poland. The adoption by the executive and legislative power of initiatives to control the judicial activity also concerns the activity of judges when they are called to ensure the application and interpretation of the EU law through the preliminary ruling. The essay focuses on the scope and content of the obligations incumbent on the Member States under Articles 2, 19 TEU and 47 of the Charter in ensuring the independence of the national judge. The unbreakable link between compliance with the rule of law and the principle of effective judicial protection requires that disciplinary measures should not to impair the independence of the judges.

The analysis of the Court judgments in the cases *A.K* and *Miasto Łowicz* shows the pros and cons of the preliminary ruling in protecting the rule of law from disciplinary measures affecting judicial independence: on the one hand, it provides an opportunity for the Court to clarify the general criteria on the basis of which national measures are assessed. On the other hand, unlike the infringement procedure, does not allow to ascertain in the specific case, at the national level, the violation of the independence of the judge as an essential element of the rule of law in the EU law.

Bruno Nascimbene\*

# La dimensione interna ed esterna della politica di immigrazione e asilo. Principi e valori\*\*

SOMMARIO. 1. La politica di immigrazione e asilo. L'azione dell'Unione e degli Stati; la dimensione "interna" ed "esterna". – 2. La tutela dei diritti della persona quale valore fondamentale di detta politica. Le norme sulla dimensione esterna. – 3. La solidarietà quale valore fondamentale per la realizzazione della politica di immigrazione e asilo. La connessione fra tutela dei diritti della persona e solidarietà. – 4. La realizzazione della politica di immigrazione e asilo. Varietà di strumenti e prassi. – 5. *Volet* interno e *volet* internazionale. L'"integrazione fra gli Stati", l'"unità di azione degli Stati" e la coerenza "interna" ed "esterna" di detta politica.

1. Il primo rilievo sul tema qui oggetto di esame riguarda le fonti della politica di immigrazione e di asilo nel diritto dell'Unione europea. Il secondo rilievo riguarda la dimensione esterna di tale politica, in particolare il modo in cui la collaborazione fra gli Stati membri assume un ruolo determinante, affinché la condotta e la politica verso i cittadini dei Paesi terzi siano comuni e unitarie<sup>1</sup>. È in questo contesto che si intendono svolgere alcune considerazioni sull'esistenza sia di principi e valori, sia di obiettivi comuni alle due dimensioni, "interna" ed "esterna" della politica di immigrazione e asilo<sup>2</sup>.

\* Emerito di Diritto dell'Unione europea dell'Università degli studi di Milano.

\*\* Relazione preparata per il Convegno "I valori dell'Unione europea sulla scena internazionale" dedicato a Ennio Triggiani, previsto per marzo 2020 e rinviato a causa dell'emergenza Covid-19.

<sup>1</sup> Sulla dimensione esterna della politica di immigrazione e asilo cfr., in epoca più recente, S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Torino, 2019, spec. p. 281 ss.; in precedenza i vari contributi in M. MAES, M.-C. FOGLETS, P. DE BRUYCKER (eds.), *External Dimensions of European Migration and Asylum Law and Policy*, Bruxelles, 2011; E. NEFRAMI, *L'aspect externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice: quel respect des principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union?*, in C. FLAESCH-MOUGIN, L. S. ROSSI (eds.), *La dimension extérieure de l'espace de liberté, de sécurité et de justice après le Traité de Lisbonne*, Bruxelles, 2013, p. 509 ss.; F. CHERUBINI, *Una valutazione complessiva dell'azione esterna dell'Unione europea per la lotta alla immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI (a cura di), *Le migrazioni in Europa. UE, Stati terzi e migration outsourcing*, Roma, 2015, p. 273 ss.; D. VITIELLO, *La dimensione esterna della politica europea*, in M. SAVINO (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea*, Napoli, 2017, p. 303 ss. Su diversi aspetti della materia, G. CAGGIANO, *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, 2020, III ed.

<sup>2</sup> Sui valori propri della politica di immigrazione e asilo, come pure della realizzazione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, di cui poco oltre nel testo, si permette di rinviare ai nostri rilievi in *Valori comuni dell'Unione europea*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, I, Bari, 2017, p. 631 ss., e in *L'Unione europea: spazio di libertà*,

La differenza fra “interno” ed “esterno” appare nella definizione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (d’ora in poi Spazio), disciplinato nel titolo V del TFUE, in cui si colloca, insieme ad altre politiche, quella sull’immigrazione e asilo. Lo Spazio è indicato nel TUE quale obiettivo di carattere generale. L’Unione “offre ai suoi cittadini” uno Spazio in cui le persone possano liberamente circolare (profilo interno) “insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l’asilo, l’immigrazione” (profilo esterno) oltre che la prevenzione della criminalità e la lotta contro la stessa (art. 3, par. 2, TUE). Più nel dettaglio il TFUE (titolo V, art. 67, par. 2) afferma che l’Unione, in primo luogo, “garantisce”, e dunque si impegna a che “non vi siano controlli sulle persone alle frontiere interne”, realizzando la libera circolazione delle persone; in secondo luogo “sviluppa”, e dunque adotta le “misure appropriate” (l’espressione è la stessa impiegata nell’art. 3, par. 2, TUE) affinché venga realizzata “una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne”<sup>3</sup>. L’Unione e gli Stati conducono congiuntamente questa politica, perché si tratta di competenza concorrente (come, in generale, per quanto riguarda lo Spazio, art. 4, par. 2, lett. j, TFUE)<sup>4</sup>.

*sicurezza e giustizia*, in *Europa. Un’utopia in costruzione*, Roma, 2018, p. 259 ss., ora anche in lingua inglese col titolo *The European Union: An Area for Freedom, Security and Justice*, in G. AMATO, E. MOAVERO MILANESI, G. PASQUINO, P. REICHLIN (eds.), *The History of European Union, Constructing Utopia*, Portland, 2019, p. 257 ss. V. pure i vari contributi in L. AZOULAI, K. DE VRIES (eds.), *EU Migration Law: Legal Complexities and Political Rationales*, Oxford, 2014; G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l’integrazione*, Torino, 2014; e S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell’immigrato in Europa*, Torino, 2015, qui con particolare riferimento ad A. ADINOLFI, *La “politica comune dell’immigrazione” a cinque anni dal Trattato di Lisbona: linee di sviluppo e questioni aperte*, p. 3 ss. Adde A. LATINO, *Valori, principi e obiettivi della dimensione esterna della politica migratoria dell’Unione europea*, in E. SCISO, R. BARATTA, C. MORVIDUCCI (a cura di), *I valori dell’Unione europea e l’azione esterna*, Torino, 2016, p. 187 ss.; R. MASTROIANNI, *Le garanzie dei valori nell’azione esterna e il ruolo della Corte di giustizia*, *ivi*, p. 222 ss.; C. MORVIDUCCI, *I valori dell’azione esterna nella prassi PESC*, *ivi*, spec. p. 78 ss. Nel passato, U. VILLANI, *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo di integrazione europea*, Napoli, 2011, p. 9 ss. Per un commento, sui valori in generale, all’art. 2 TUE, L. FUMAGALLI, *Art. 2 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 11 ss., e M. PEDRAZZI, *Art. 2 TUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell’Unione europea*, Padova, 2014, p. 6 ss.

<sup>3</sup> Per un commento all’art. 67, A. ADINOLFI, *Art. 67*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *op. cit.*, p. 455 ss.; A. LANG, *Art. 67*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 110 ss.; per un commento all’art. 3 TUE, L. FUMAGALLI, *Art. 3*, *ivi*, p. 15 ss., e M. PEDRAZZI, *Art. 3*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *op. cit.*, p. 9 ss.

<sup>4</sup> Sulla competenza concorrente cfr. l’art. 4, par. 2, lett. j), TFUE e, per quanto riguarda la competenza esterna, l’art. 78, par. 2, lett. g), TFUE sulla cooperazione con i Paesi terzi per la gestione dei flussi di richiedenti asilo, e l’art. 79, par. 3, TFUE sulla conclusione di accordi ai fini della riammissione, nei Paesi di origine o provenienza, di stranieri in soggiorno irregolare in uno degli Stati membri. Per un commento all’art. 4 e all’art. 78 cfr., rispettivamente, L. S. ROSSI, *Art. 4 TFUE*, e A. ADINOLFI, *Art. 78 TFUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *op. cit.*, pp. 167 ss. e 480 ss., e R. BARATTA, *Art. 4 TFUE*, e A. DI PASCALE, *Art. 78 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, pp. 387 ss. e 834 ss. È invece esclusiva la competenza esterna *ex art. 3, par. 2, TFUE*: a) nel caso in cui è prevista da un atto legislativo dell’Unione (come dispongono l’art. 73, par. 3, e l’art. 10, par. 1, lett. g), del regolamento “Frontex”, n. 2019/1896 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea, e che abroga i precedenti regolamenti); b) nel caso in cui l’esercizio del potere degli Stati di concludere accordi incide o interferisce con le norme comuni già adottate dall’Unione sul piano interno (quale è l’ipotesi degli accordi sulla facilitazione dei visti per l’ingresso nel territorio dell’Unione). Sull’attività di Frontex e sugli accordi relativi alla facilitazione dei visti si veda oltre, par. 4; per un commento all’art. 3 TFUE cfr. R. BARATTA, *Art. 3 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 377 ss., e L. S. ROSSI, *Art. 3 TFUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *op. cit.*, p. 165 ss. Sulla competenza esterna nella materia in esame si vedano i rilievi di P.

Una dimensione interna di tale politica, che riguarda la condizione e il trattamento dei cittadini dei Paesi terzi, è difficilmente separabile dalla dimensione esterna, che riguarda i rapporti sia con gli Stati cui tali cittadini appartengono, sia con quelli di origine e di transito dei flussi migratori. Il controllo delle frontiere, il contrasto dell'immigrazione clandestina, il *refoulement* e l'espulsione non sono realizzabili se non vi è collaborazione con i Paesi terzi di origine e provenienza.

2. La politica di immigrazione e asilo condivide i valori e gli obiettivi dello Spazio. Fra i valori, la tutela dei diritti della persona assume carattere fondamentale<sup>5</sup>.

Come afferma l'art. 67, par. 1, TFUE, la realizzazione dello Spazio si compie "nel rispetto" sia dei diritti fondamentali, sia "dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri". La norma è una specificazione di quella generale (art. 6 TUE) sull'obbligo dell'Unione di riconoscere i diritti, le libertà, i principi contenuti nella Carta dei diritti fondamentali, vincolante al pari dei Trattati, ed anche se l'Unione non ha aderito alla CEDU, i diritti garantiti dalla Convenzione, come pure dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, "fanno parte integrante del diritto dell'Unione in quanto principi generali" (art. 6, par. 3, TUE). La stessa Carta richiama (Preambolo) la CEDU, le tradizioni costituzionali comuni, gli obblighi internazionali degli Stati; richiama anche i valori comuni cui l'Unione si ispira e che la Carta realizza, sottolineando che la persona viene posta "al centro della sua azione", "istituendo la cittadinanza dell'Unione" (profilo interno), e "creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia" (che ha una dimensione interna ed esterna)<sup>6</sup>.

Il valore della tutela dei diritti fondamentali, affermato per lo Spazio, lo è anche per la politica di immigrazione e asilo. Norme specifiche sono quelle che garantiscono sia il principio del *non refoulement* per chi chieda la protezione internazionale (asilo, protezione sussidiaria e temporanea, art. 78, par. 1)<sup>7</sup>; sia il rispetto della

---

GARCÍA ANDRADE, *EU External Competences in the Field of Migration: How to Act Externally When Thinking Internally*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 157 ss.; in precedenza H. LABAYLE, *La compétence externe de l'Union en matière migratoire*, in M. MAES, M.-C. FOLETS, P. DE BRUYCKER (eds.), *op. cit.*, p. 175 ss.; cfr. pure i riferimenti alla nota 1.

<sup>5</sup> Sulla tutela dei diritti fondamentali nel contesto indicato si vedano i vari contributi in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie*, cit., spec. S. AMADEO, *La funzione dei diritti fondamentali nel diritto dell'immigrazione e dell'asilo nell'Unione europea*, p. 343 ss.; e B. NASCIBENE, I. ANRÒ, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia: nuove sfide, nuove prospettive*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2017, p. 351 ss. Per un riferimento alla tutela dei diritti umani nel più ampio contesto degli strumenti, adottati nell'ambito delle Nazioni Unite, quali i *Global Compacts* sulle migrazioni e sui rifugiati, cfr. i riferimenti nella nota 29.

<sup>6</sup> Per un commento all'art. 6, B. NASCIBENE, C. SANNA, *Art. 6 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 55 ss., e M. PEDRAZZI, *Art. 6 TUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *op. cit.*, p. 36 ss.; sul Preambolo della Carta cfr. F. PAPPALARDO, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 3 ss.

<sup>7</sup> Sul divieto di *refoulement* e la tutela dei diritti fondamentali cfr. A. LANG, *Il divieto di refoulement tra CEDU e Carta dei diritti fondamentali*, in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie*, cit., p. 209 ss. (e *ivi* per i riferimenti). In generale F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non refoulement dei richiedenti asilo*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2011, p. 3 ss., nonché i nostri rilievi in *Le non refoulement comme principe du droit international et le rôle des tribunaux dans sa mise en œuvre*, in *Eurojus.it*, 2017. Sulla tutela offerta dall'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali, il commento di B. NASCIBENE, A. DI PASCALE, *Art. 19*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *op. cit.*, p. 369 ss.

Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati (del 1951) e del Protocollo (del 1967)<sup>8</sup>; sia il rispetto degli “altri trattati pertinenti”. Una formula ampia, quest’ultima, che, per quanto vaga nella individuazione di trattati che siano “pertinenti”, mira invero a fornire la tutela migliore possibile a chi, straniero, abbia necessità di ricevere protezione per i propri diritti<sup>9</sup>.

Anche la Carta contiene due norme, una sul diritto di asilo, garantito dalla Convenzione di Ginevra, dal Protocollo, dalle norme del TFUE (art. 18); l’altra (art. 19) sulla protezione in caso di allontanamento, espulsione, estradizione, che vieta il respingimento (nonché l’espulsione) qualora esista un rischio serio che tali misure abbiano conseguenze pregiudizievoli, che vanno dalla pena di morte, alla tortura, ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti<sup>10</sup>.

La tutela dei diritti umani è trasversale, ed è dunque affermata nelle “relazioni con il resto del mondo” (art. 3, par. 5, TUE). L’Unione contribuisce a tale tutela, come pure “alla solidarietà e al rispetto reciproco fra i popoli” e “alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale”. Vi è un legame fra tale tutela, la solidarietà e il diritto internazionale che è ben presente anche nella politica di immigrazione e asilo. La dimensione esterna di questa politica non sarebbe ben intesa se non si tenesse presente lo stretto legame. Se ne ha una conferma nelle disposizioni generali sull’azione esterna dell’Unione (titolo V del TUE) ove si afferma che l’“azione dell’Unione sulla scena internazionale” si fonda su alcuni principi, che “si

<sup>8</sup> Sulla Convenzione di Ginevra, “pietra angolare” della disciplina giuridica internazionale in materia (in questi termini la c.d. direttiva qualifiche, direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011) si vedano, fra le altre, le sentenze della Corte di giustizia del 2 marzo 2010, cause riunite C-175, 176, 178 e 179/08, *Salahadin Abdulla e a.*, punti 52-53; del 17 giugno 2010, causa C-31/09, *Bolbol*, punti 37-38; del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411 e 493/10, *N.S. e M.E.*, punto 75; del 19 dicembre 2012, causa C-364/11, *El Kott e a.*, punti 42-44; del 17 luglio 2014, causa C-481/13, *Qurbani*, punti 24-28 (richiamando le sentenze *Bolbol* ed *El Kott e a.*, e chiarendo i limiti della propria competenza a interpretare direttamente la Convenzione). Per commenti all’art. 78 TFUE si vedano i riferimenti nella nota 4.

<sup>9</sup> Sulla rilevanza di convenzioni “pertinenti” (da intendersi quali parametri di conformità della politica di asilo), quale la CEDU, che vieta (art. 3) che lo straniero sia sottoposto a tortura o a pene o trattamenti disumani o degradanti, cfr. fra le altre la sentenza della Corte di giustizia del 17 febbraio 2009, causa C-465/07, *Elgafaji*, punti 28 e 47 (ricordando Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 17 luglio 2018, *NA. c. Regno Unito*, paragrafi 115-117); le sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo del 13 dicembre 2016, *Paposhvili c. Belgio*, paragrafi 182-195, e, più recentemente, del 19 novembre 2019, *T.K. e S.R. c. Russia*, paragrafi 79-88. In tale contesto può assumere rilevanza anche la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti, del 10 dicembre 1984 (spec. gli articoli 3 e 14), come nella sentenza della Corte di giustizia del 24 aprile 2018, causa C-353/16, *MP*, punti 52-58. Ma pure rilevano altri trattati sulla protezione dei diritti fondamentali, come, per esempio, nella sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio*: per un richiamo alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, del 20 novembre 1989, v. punto 57 (ma anche, per un richiamo al Patto internazionale sui diritti civili e politici, v. punto 35; o alla CEDU, v. punti 52-56, 66, 85, 98; alla Carta sociale europea e alla Convenzione europea relativa allo *status* del lavoratore migrante, v. punto 107). Si vedano, sul tema, anche i rilievi di A. ADINOLFI, *Qualche riflessione sulla rilevanza nell’ordinamento dell’Unione europea dei trattati sui diritti umani diversi dalla CEDU*, in *Temi e questioni di diritto dell’Unione europea*, Bari, 2019, p. 133 ss.

<sup>10</sup> Per un commento all’art. 18 della Carta cfr. P. DE PASQUALE, *Art. 18*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *op. cit.*, p. 350 ss.; per un commento all’art. 19, B. NASCIMBENE, A. DI PASCALE, *op. cit.*; per un commento ad entrambe le norme, A. ADINOLFI, *Art. 18 e Art. 19*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *op. cit.*, rispettivamente pp. 1714 ss. e 1717 s.

prefigge di promuovere nel resto del mondo”: fra questi l’“universalità e indivisibilità dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali” (art. 21, par. 1, TUE), ma anche i “principi di uguaglianza e di solidarietà”. Quanto al rispetto del diritto internazionale si afferma che l’Unione, nei settori delle relazioni internazionali, consolida e sostiene, fra gli altri, “i diritti dell’uomo e i principi del diritto internazionale” (art. 21, par. 2, lett. b, TUE). Con gli Stati terzi e le organizzazioni internazionali che condividono i principi ritenuti essenziali debbono essere sviluppate le relazioni e istituiti dei partenariati.

Ne emerge, insomma, un quadro in cui i valori propri dell’Unione vanno proiettati all’esterno, assicurando una “coerenza fra i vari settori dell’azione esterna e tra questi e le altre politiche” (art. 21, par. 3, co. 2, TUE) anche fra azione esterna e politica di immigrazione e asilo. Il compito di attuare e realizzare gli obiettivi indicati è affidato al Consiglio e alla Commissione, assistiti dall’Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza: essi, precisamente, “garantiscono tale coerenza e cooperano” a tal fine<sup>11</sup>.

**3.** Il secondo valore che è di assoluto rilievo nella politica di immigrazione e asilo, in particolare per quanto riguarda la dimensione esterna, è la solidarietà. È difficile immaginare che tale politica possa realizzarsi se manca la solidarietà: e infatti una delle disposizioni generali dello Spazio (art. 67, par. 2, TFUE) afferma che la politica è “fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei Paesi terzi”. La norma (art. 80 TFUE) di chiusura delle disposizioni dedicate alla politica di immigrazione e asilo (capo 2, titolo V, TFUE) prevede che questa politica e la sua attuazione “sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario”<sup>12</sup>. E perché il principio non resti mera affermazione, si prevede che

<sup>11</sup> Per rilievi sull’azione esterna dell’Unione si vedano gli autori citati alla nota 1; per un commento all’art. 21 TUE, M. E. BARTOLONI, E. CANNIZZARO, *Art. 21 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 222 ss.; A. LANG, *Art. 21 TUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *op. cit.*, p. 103 ss. Sulle competenze in materia di relazioni esterne e sul principio di coerenza, A. MIGNOLLI, *L’azione esterna dell’Unione europea e il principio della coerenza*, II ed., Napoli, 2009, pp. 266 e 343 ss.; E. BARONCINI, S. CAFARO, C. NOVI, *Le relazioni esterne dell’Unione europea*, Torino, 2012, pp. 12 e 27 ss.; M. E. BARTOLONI, *Politica estera e azione esterna dell’Unione europea*, Napoli, 2012, pp. 133 e 323 ss. Sulla coerenza, in generale, C. HILLION, *Cohérence et action extérieure de l’Union*, in E. NEFRAMI (dir.), *Objectifs et compétences dans l’Union européenne*, Bruxelles, 2012, p. 225 ss.; M. GATTI, *Coherence v. Conferred Powers? The case of the European External Action Service*, in L. S. ROSSI, F. CASOLARI (eds.), *The EU after Lisbon*, Dordrecht, 2014, p. 241 ss. Cfr. anche, per rilievi sul *volet* internazionale e la coerenza, il par. 5.

<sup>12</sup> Sul principio di solidarietà, con particolare riferimento al tema in esame, G. MORGESE, *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell’Unione europea*, in G. CAGGIANO (a cura di), *op. cit.*, p. 366 ss., e in generale, dello stesso autore, *La solidarietà tra gli Stati membri dell’Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, 2018, pp. 5 e 57 ss.; C. FRATEA, *Obblighi di solidarietà ed effettività della tutela dei migranti: quale spazio per un ripensamento del sistema Dublino?*, in *Temi e questioni*, cit., p. 703 ss. Sul concetto di solidarietà sociale europea, E. TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull’Europa*, Bari, 2019, II ed., p. 196 ss. Quanto alla rilevanza del principio, definibile come “principio costituzionale” nell’ordinamento dell’Unione, si vedano le conclusioni dell’Avvocato generale Mengozzi del 26 luglio 2017, causa C-226/16, *Eni e a.*, punto 33 (con riferimento, in nota, al Preambolo TUE e agli articoli 67, par. 2, e 122, par. 1, TFUE). Cfr. anche J. BAST, *Deepening Supranational Integration: Interstate Solidarity in EU Migration Law*, in *European Public Law*, 2016, p. 289 ss.; F. MUNARI, *The Perfect Storm on EU Asylum Law: The Need to Rethink the Dublin Regime*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, spec. p. 543 s.; V. MORENO-LAX, *Solidarity’s Reach: Meaning,*

gli atti dell'Unione che danno attuazione a tale politica contengano delle "misure appropriate" (espressione, questa, già ricordata, che ricorre nell'art. 3, par. 2, TUE e nell'art. 67, par. 2, TFUE). Misure, dunque, necessarie, variabili caso per caso, che devono essere efficaci e proporzionate rispetto all'obiettivo di dare applicazione al principio di solidarietà.

Un rilievo frequente sul principio di solidarietà riguarda il suo carattere vago e indeterminato. Si dovrebbe tuttavia ricordare lo stretto collegamento che esso presenta con il principio di leale cooperazione fra l'Unione e gli Stati (art. 4 TUE) integrando l'uno con l'altro<sup>13</sup>. Non si vede come possano essere realizzati gli obiettivi dell'Unione se manca lo spirito di cooperazione che si esprime in solidarietà e che realizza l'integrazione. Una caratteristica, questa, evidenziata fin dalla storica Dichiarazione Schuman (del 9 maggio 1950), secondo cui la progressiva costruzione dell'Europa sarebbe dipesa "da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto". Senza solidarietà, l'integrazione non sarebbe stata realizzata.

La solidarietà è richiamata da varie norme (oltre all'art. 80 TFUE) che ne disegnano il profilo all'interno dell'Unione, ma anche all'esterno, quale proiezione della stessa nelle relazioni con i Paesi terzi. Se ne ricordano alcune.

a) Nell'ambito sociale, fra gli obiettivi dell'Unione, viene indicata la "solidarietà tra le generazioni" e la promozione, oltre che della coesione economica, sociale e territoriale, della "solidarietà tra gli Stati membri" (art. 3, par. 2, TUE). L'intero titolo IV della Carta (articoli 27-38) è dedicato alla "solidarietà", indicando una varietà di diritti, appunto, fondamentali, da proteggere (lavoro, vita familiare e professionale, sicurezza e assistenza sociale, protezione della salute, accesso ai servizi di interesse economico e generale, tutela dell'ambiente, protezione dei consumatori).

b) È ai vari principi sui quali si fonda l'azione esterna, quindi anche a quello di solidarietà ("principi di uguaglianza e di solidarietà", art. 21, par. 1, co. 1, TUE), che l'Unione (come si è accennato) si ispira e si "adopera per sviluppare relazioni

---

*Dimensions and Implications for EU (External) Asylum Policy*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, p. 740 ss.; U. VILLANI, *Immigrazione e principio di solidarietà*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, n. 3, p. 1 ss.; F. MAIANI, *Responsibility Allocation and Solidarity*, in P. DE BRUYCKER, M. DE SOMER, J.-L. DE BROUWER (eds.), *From Tampere 20 to Tampere 2.0: Towards a New European Consensus on Migration*, Bruxelles, 2019, p. 103 ss.; S. QUADRI, *Sovranità funzionale e solidarietà degli Stati a tutela dei diritti dei migranti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, p. 663 ss. Per un commento all'art. 80 TFUE, cfr. A. ADINOLFI, *Art. 80 TFUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *op. cit.*, p. 497 ss.; e A. LANG, *Art. 80 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 858 ss. Più recentemente, per un richiamo alla solidarietà, nel particolare contesto dell'emergenza sanitaria in corso, e delle sue conseguenze, R. BARATTA, *Il contrasto alla disoccupazione a fronte dell'emergenza sanitaria da Covid-19: è attuale il principio di solidarietà dell'Unione europea?*, in *SIDIBlog*, 9 aprile 2020, reperibile online; C. HRUSCHKA, *The Pandemic Kills also the European Solidarity*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 20 March 2020, reperibile online.

<sup>13</sup> Per alcuni rilievi sul principio di leale cooperazione, più recentemente, U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2020, VI ed., p. 108 ss.; cfr. inoltre; F. CASOLARI, *EU Loyalty after Lisbon: An Expectation Gap to Be Filled?*, in L. S. ROSSI, F. CASOLARI (eds.), *op. cit.*, p. 93 ss.; E. NEFRAMI, *Principe de coopération loyale et principe d'attribution dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union*, in *Cahiers de droit européen*, 2016, p. 193 ss.; M. CONDINANZI, *Leale cooperazione*, in *Europa. Un'utopia in costruzione*, cit., p. 122 ss.; con riferimento alle relazioni esterne, E. BARONCINI, S. CAFARO, C. NOVI, *op. cit.*, p. 75 ss. Per un commento all'art. 4 TUE, M. C. BARUFFI, *Art. 4 TUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *op. cit.*, p. 13 ss.; e P. DE PASQUALE, M. CARTABIA, C. JANNONE, *Art. 4 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 21 ss.

e istituire partenariati con i Paesi terzi e con le organizzazioni internazionali, regionali o mondiali”, che li condividono (art. 21, par. 1, co. 2, TUE). Vi è, dunque, una solidarietà “esterna”, affermata nelle relazioni internazionali ovvero “con il resto del mondo”, in cui l’Unione promuove “i suoi valori e interessi” e contribuisce (oltre che alla tutela dei diritti umani, come già si è ricordato) “alla solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli” (art. 3, par. 5, TUE). L’azione “sulla scena internazionale” (art. 21, par. 1, TUE) si fonda su vari principi che hanno consentito e contraddistinto la creazione stessa dell’Unione (“ne hanno informato la creazione, lo sviluppo e l’allargamento”): fra questi, la promozione del principio di solidarietà<sup>14</sup>.

La solidarietà all’interno dell’Unione si proietta, dunque, all’esterno e ciò che è stato realizzato e si realizza nell’Unione deve continuare, proseguire all’esterno. Solo grazie alla solidarietà, d’altra parte, si possono adottare norme, in materia di immigrazione, che pongano rimedio a situazioni di emergenza causate da un afflusso improvviso di cittadini di Paesi terzi. Il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, adotta misure temporanee (art. 78, par. 3, TFUE), come è avvenuto nel 2015, quando è stata disposta con due decisioni del Consiglio (n. 2015/1523 e n. 2015/1601, con base giuridica l’art. 78, par. 3, e l’art. 80 TFUE) la ricollocazione di richiedenti la protezione internazionale, presenti in Italia e in Grecia, verso altri Paesi (la seconda decisione prevedeva quote obbligatorie di richiedenti, nel complesso 120.000 da ricollocare). Il ricollocamento ha avuto un successo assai limitato, considerata anche la non accettazione della decisione da parte di Slovacchia e Ungheria che impugnarono, con intervento adesivo della Polonia, la seconda decisione avanti alla Corte di giustizia, con esito negativo per gli Stati, oggetto, peraltro, di una procedura di infrazione conclusasi con una (recente) sentenza che ha dichiarato l’inadempimento dei tre Stati, venuti meno agli obblighi imposti dalle predette decisioni, richiamandosi anche al principio di solidarietà<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Per commenti all’art. 3 TUE si vedano i riferimenti alla nota 3; per quelli all’art. 21 TUE si vedano i riferimenti alla nota 11.

<sup>15</sup> Sul meccanismo di ricollocazione e il contenzioso che ne è derivato, si vedano S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto*, cit., p. 143 ss.; cfr. inoltre M. DI FILIPPO, *The Strange Procedural Fate of the Actions for Annulment of EU Relocation Scheme*, in *Eurojus.it*, 2017; B. NASCIMBENE, I. ANRÒ, *op. cit.*, p. 352 ss.; e, in precedenza, il nostro *Refugees, The European Union and the “Dublin System”*. *The Reasons for a Crisis*, in *European Papers*, 2016. Cfr. anche P. MORI, *La decisione sulla ricollocazione delle persone bisognose di protezione internazionale: un irrituale ricorso al metodo intergovernativo?*, in *Osservatorio de “Il Diritto dell’Unione Europea”*, 2015; H. LABAYLE, *La solidarité n’est pas une valeur: la validation de la relocalisation temporaire des demandeurs d’asile par la Cour de Justice (CJUE, 6 septembre 2017, Slovaquie et Hongrie c. Conseil, C-643/15 et C-647/15)*, in *Eurojus.it*, 2017. La ricollocazione, secondo la prima decisione del 14 settembre 2015, riguardava 40.000 richiedenti la protezione internazionale; nella seconda decisione del 22 settembre 2015 riguardava 120.000 richiedenti, indicando negli allegati I e II le quote obbligatorie che gli Stati erano tenuti ad accogliere. Cfr. la sentenza della Corte del 6 settembre 2017, cause riunite C-643 e 647/15, *Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, con cui essa ha confermato la legittimità della decisione n. 2015/1601 (per un riferimento alla Convenzione di Ginevra e all’art. 18 della Carta si vedano in particolare i punti 340-343) e la più recente sentenza del 2 aprile 2020, cause riunite C-715, 718 e 719/17, *Commissione c. Polonia, Commissione c. Ungheria, Commissione c. Repubblica ceca*, spec. punti 143-145 e 80, 180-181, che ha accolto il ricorso della Commissione per inadempimento dei tre Paesi, venuti meno agli obblighi di cui alle decisioni n. 2015/1601 e n. 2015/1523, non potendo invocare, quale giustificazione del mancato adeguamento, né le rispettive responsabilità in materia di mantenimento dell’ordine pubblico e salvaguardia della sicurezza interna, né il (presunto) malfunzionamento del meccanismo temporaneo di ricollocazione dei richiedenti protezione internazionale (l’inadempimento dell’Ungheria è stato dichiarato solo con

Al principio di solidarietà (art. 80 TFUE), oltre che alla tutela dei diritti della persona, rinvia la Corte di giustizia quando, con riferimento al regolamento Dublino II (n. 343/2003 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno Stato membro), afferma che non è consentito il trasferimento di un richiedente asilo in un Paese che sarebbe competente ad esaminare la domanda di protezione secondo il regolamento, ma che non rispetta i diritti fondamentali, poiché sussistono “motivi seri e comprovati di credere che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti ai fini dell’art. 4 della Carta” dei diritti fondamentali<sup>16</sup>.

Il Paese in questione era la Grecia, già ritenuta responsabile dalla Corte europea dei diritti dell’uomo della violazione dell’art. 3 CEDU sul divieto di trattamenti inumani o degradanti<sup>17</sup>. L’applicazione del principio di solidarietà avrebbe come conseguenza per lo Stato in cui si trova il richiedente la protezione (considerata la necessità di tutelare i diritti fondamentali), di non trasferirlo in un altro Stato. Si tratta della solidarietà posta a base di una norma, la direttiva 2001/55, che, seppur non applicabile nella fattispecie esaminata dalla Corte (la direttiva riguarda le norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell’equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell’accoglienza degli stessi), “costituisce un esempio” della solidarietà prevista dall’art. 80 TFUE, avendo l’obiettivo di realizzare un sistema di solidarietà inteso a promuovere l’equilibrio degli sforzi fra gli Stati membri<sup>18</sup>.

**4. I valori che (ad avviso di chi scrive) assumono maggiore rilievo nella politica di immigrazione e asilo debbono essere, sempre, tenuti presenti nella valutazione critica di tale politica. Merita qualche considerazione, in questo contesto, la varietà degli strumenti impiegati per realizzare l’azione o dimensione esterna, anche per verificare in quale modo si tiene conto di tali valori nella pratica attuazione dell’azione.**

Unione e Stati membri, esercitando una competenza concorrente, dovrebbero seguire una strategia fondata sul dialogo politico con i Paesi terzi, che si concretizza in accordi di vario tipo, a livello regionale e bilaterale, assumendo le forme: *a)* di partenariati per la mobilità (con specifico riferimento alla riammissione dei cittadini dei Paesi terzi); *b)* di agende comuni su migrazione e mobilità; *c)* di intese operative

---

riferimento alla decisione n. 2015/1601, non avendo partecipato alla misura di ricollocazione volontaria prevista dalla decisione n. 2015/1523); si vedano anche le conclusioni dell’Avvocato generale Sharpston del 31 ottobre 2019, spec. punti 212, 219-238, 246-255, sugli obblighi di collaborazione e di solidarietà (per un commento, E. COLOMBO, *Le conclusioni dell’Avvocato generale Sharpston sulle Relocation Decisions: la condanna dei Paesi convenuti per preservare lo Stato di diritto e il principio di solidarietà*, in *Eurojus.it*, 2019).

<sup>16</sup> Cfr. la sentenza *N.S. e M.E.*, punti 80-85, 91-94; cfr. anche la sentenza del 10 dicembre 2013, causa C-394/12, *Abdullahi*, punti 52-62; per un richiamo al principio di solidarietà, più recentemente, la sentenza *Commissione c. Polonia, Commissione c. Ungheria, Commissione c. Repubblica ceca*, punti 80, 180-181.

<sup>17</sup> In questi termini si era espressa la Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, paragrafi 358-360, 367. La sentenza è ricordata dalla sentenza *N.S. e M.E.*, punti 88 e 112, a giustificazione delle proprie conclusioni.

<sup>18</sup> Cfr. la sentenza *N.S. e M.E.*, punto 93, e, sullo scopo della direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, punto 12.

con le autorità di detti Paesi incaricate della gestione di flussi migratori, stipulate sia da Frontex (l'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera) cui è affidato il compito di agevolare e incoraggiare la cooperazione tecnica e operativa tra Stati membri e Paesi terzi (specialmente attraverso "accordi di lavoro" con le autorità di detti Paesi, come dispone l'art. 73, par. 4, del regolamento 2019/1896 relativo alla guardia di frontiera e costiera e che abroga i precedenti regolamenti), sia da EASO (l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo) che coopera con organizzazioni internazionali e conclude accordi operativi con i Paesi terzi e organizzazioni internazionali (articoli 49, par. 2, e 52 del regolamento 439/2010 che istituisce l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo); *d*) di accordi internazionali, conclusi ai sensi dell'art. 218 TFUE<sup>19</sup>. Per quanto riguarda, in particolare, gli accordi internazionali, i più importanti sono quelli di riammissione dei cittadini dei Paesi terzi che non soddisfano, o non soddisfano più le condizioni per ingresso, presenza o soggiorno nel territorio di uno degli Stati membri. La base giuridica è rappresentata dall'art. 79, par. 3, TFUE, la competenza a concludere essendo concorrente (nel passato, in mancanza di norma *ad hoc*, si riteneva che la competenza fosse implicita, ricavabile dal principio del parallelismo fra competenze interne ed esterne)<sup>20</sup>. Altri accordi hanno ad oggetto la facilitazione del rilascio dei visti (semplificazione, agevolazione, specie per soggiorni di breve periodo) e sullo *status* di Frontex che conduce operazioni congiunte nel territorio di un Paese terzo con le autorità di detto Paese e con uno o più Stati membri (art. 73, par. 3, del regolamento 2019/1896)<sup>21</sup>.

Premesso che l'obbligo di riammissione può essere previsto in clausole contenute in accordi di vario tipo, come quelli di associazione e cooperazione, quale che sia l'accordo concluso (dall'Unione o da questa congiuntamente con i Paesi membri), devono essere rispettati, sempre, i diritti fondamentali della persona<sup>22</sup>. La riammissione deve, dunque, avvenire in conformità agli obblighi di diritto internazionale, consuetudinario o convenzionale, anche se non espressamente richiamati

<sup>19</sup> Sulla competenza concorrente cfr. la nota 4; per una disamina dei profili indicati (i partenariati per la mobilità sarebbero nove; gli accordi di lavoro di Frontex diciotto) cfr. S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto*, cit., p. 281 ss., nonché D. VITIELLO, *op. cit.*, p. 307 ss. Sulla varietà degli strumenti impiegati, soprattutto informali, cfr. F. CASOLARI, *L'insostenibile "leggerezza" della soft law: sul ricorso a strumenti informali nella gestione della dimensione esterna del contrasto all'immigrazione irregolare da parte dell'Unione europea*, in Liber Amicorum Angelo Davì, III, Napoli, 2019, p. 1407 ss. Si vedano anche i riferimenti nella nota 21.

<sup>20</sup> Per commenti all'art. 79 TFUE, cfr. A. ADINOLFI, *Art. 79 TFUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *op. cit.*, p. 489 ss.; A. DI PASCALE, *Art. 79 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 847 ss.; sulla competenza concorrente si veda la nota 4. Sulla riammissione si vedano i riferimenti alla nota 23.

<sup>21</sup> Sugli accordi ricordati (quelli di facilitazione del rilascio dei visti sarebbero dodici) si vedano gli autori citati alla nota 19; sull'attività di Frontex cfr. G. CAGGIANO, *Attività e prospettive di intervento dell'Agenzia Frontex nel Mediterraneo*, in G. CAGGIANO, *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, cit., p. 73 ss.; D. VITIELLO, E. DE CAPITANI, *Il regolamento (UE) 2019/1896 relativo alla riforma di Frontex e della guardia di frontiera e costiera europea: da "fire brigade" ad amministrazione europea integrata?*, in *SIDIBlog*, 6 dicembre 2019, reperibile online. Sull'attività di Frontex, di EASO e sui programmi di protezione regionale (cfr. anche la nota 26), D. VITIELLO, *op. cit.*, p. 317 ss.; E. TSOURDI, *Holding the European Asylum Support Office Accountable for its role in Asylum Decision-Making: Mission Impossible?*, in *German Law Journal*, 2020, p. 506 ss.

<sup>22</sup> Si ricorda, avendo dato luogo ad una controversia fra Commissione e Consiglio sulla base giuridica, poiché era prevista una clausola di riammissione in un accordo di più vasto contenuto (Accordo quadro di partenariato e cooperazione fra Unione europea e Stati membri, da una parte, e Repubblica delle Filippine, dall'altra parte), la sentenza della Corte di giustizia dell'11 giugno 2014, causa C-377/12, *Commissione c. Consiglio*, punti 57-59.

da clausole definite di “non incidenza”, gli accordi non potendo incidere, appunto, su tali obblighi. Gli obblighi da rispettare sono soprattutto il divieto di *refoulement*, il divieto di trattamenti inumani o degradanti una volta che il cittadino sia stato riammesso, rinviando in proposito a strumenti internazionali di carattere umanitario (tali obblighi sussistono anche quando riguardano il semplice transito sul territorio nazionale verso il Paese di riammissione)<sup>23</sup>. Possono essere conclusi dei protocolli di attuazione per assicurare il miglior funzionamento degli accordi, anche se il vero problema consiste nel dialogo e nell’intesa politica con il Paese terzo, perché non è sufficiente che l’accordo sia stipulato, ma deve essere eseguito, rispettato. Di qui la necessità di offrire al Paese terzo forme diverse di assistenza e finanziamenti che limitino l’emigrazione, prevedano incentivi al lavoro sul territorio nazionale, migliorino i controlli alla frontiera<sup>24</sup>.

Un accordo *sui generis* è la Dichiarazione adottata dai Capi di Stato e di governo dell’Unione europea e dal Capo del governo turco (del 18 marzo 2016) avente ad oggetto la condivisione degli sforzi per la gestione dei flussi di richiedenti asilo siriani, che obbligava la Turchia a riammettere i cittadini siriani entrati in Grecia illegalmente e che qui non hanno chiesto asilo o la cui domanda è stata ritenuta inammissibile o infondata da parte delle autorità greche (per ogni siriano rinvio in Turchia, l’Unione si era impegnata a reinsediare un siriano dalla Turchia nell’Unione). La Turchia otteneva, quale controprestazione, il pagamento di sei miliardi di euro, formalmente destinati al finanziamento di progetti a favore di persone beneficiarie di protezione internazionale. Natura e contenuto di tale Dichiarazione sono riconducibili a un accordo internazionale, non concluso secondo la procedura dell’art. 218 TFUE, ma fra i Capi di Stato o di governo dei Paesi membri e il Capo del governo turco, gli Stati contraenti dichiarando, comunque, di impegnarsi

<sup>23</sup> Si vedano, sugli accordi di riammissione (sarebbero stati stipulati ventitré accordi e intese con altrettanti Paesi), in epoca più recente, anche con riferimento ai profili di diritto umanitario, V. L. ALENI, *La politica dell’Unione Europea in materia di rimpatrio e il rispetto dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2016, p. 586 ss.; M. GIUFFRÈ, *Obligation to Readmit? The Relationship between Interstate and EU Readmission Agreements*, in F. IPPOLITO, S. TREVISANUT (eds.), *Migration in the Mediterranean: Mechanisms of International Cooperation*, Cambridge, 2016, p. 263 ss.; N. ALOUPI, *Les accords de réadmission de l’Union européenne*, in P. ICARD, J. OLIVIER-LEPRINCE (eds.), *Les flux migratoires au sein de l’Union européenne*, Bruxelles, 2017, p. 195 ss. Nel passato il nostro *Relazioni esterne e accordi di riammissione*, in L. DANIELE (a cura di), *Le relazioni esterne dell’Unione europea nel nuovo millennio*, Milano, 2001, p. 297 ss.; G. CELLAMARE, *Gli accordi di riammissione dell’Unione europea*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2010, p. 369 ss.; I. OTTAVIANO, *Gli accordi di riammissione dell’UE*, in F. CHERUBINI (a cura di), *op. cit.*, p. 97 ss. Cfr. inoltre i numeri 1-2 e 3-4 della rivista *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 2016, dedicati a tali accordi, e *ivi*: nel n. 1-2, la *Presentazione* di C. FAVILLI, p. 11 ss., e M. BORRACCETTI, *L’Italia e i rimpatri: breve ricognizione degli accordi di riammissione*, p. 53 ss.; nel n. 3-4 F. FERRI, *Convergenze delle politiche migratorie e di cooperazione allo sviluppo dell’Unione europea e accordi con Stati terzi*, p. 39 ss. Per alcuni rilievi sugli incentivi a stipulare tali accordi, S. MARINAI, *La cooperazione tra Stati nelle diverse fasi della lotta all’immigrazione irregolare*, in A. M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Torino, 2012, p. 543 ss. Sul divieto di *refoulement* cfr. i riferimenti alla nota 7.

<sup>24</sup> Sui problemi posti dal controllo circa la corretta esecuzione degli accordi ricordati cfr. la comunicazione della Commissione, del 23 febbraio 2011, sulla valutazione degli accordi di riammissione della UE, COM(2011)76 def.; più recentemente la relazione del 16 ottobre 2019 sullo stato di attuazione dell’agenda europea sulla migrazione, COM(2019)481 final, p. 17 s.

al rispetto del diritto internazionale, del diritto dell'Unione europea, dei diritti dell'uomo, vietando (in particolare), le espulsioni collettive e il *refoulement*<sup>25</sup>.

Non si tratta, insomma, di meri impegni politici o programmatici, ma giuridici, con le responsabilità che ne discendono anche sotto il profilo della violazione dei diritti della persona. Natura essenzialmente o prevalentemente politica hanno, invece, quelle intese operative concluse dall'Unione e dagli Stati membri, denominate programmi di sviluppo e protezione regionale che prevedono il finanziamento di progetti da realizzare in Paesi terzi ove si trova un numero rilevante di rifugiati e di richiedenti protezione internazionale (l'obiettivo è favorire il soggiorno legale o il rimpatrio nel Paese di origine o il reinsediamento in Paesi terzi o negli Stati membri disponibili a dare accoglienza). Tali progetti potrebbero, invero, fare parte di quelle misure relative al sistema europeo comune di asilo, previste dall'art. 78, par. 2, lett. g), TFUE che Parlamento e Consiglio possono adottare perché si attuino "partenariato" e "cooperazione" con i Paesi terzi, al fine di "gestire i flussi di richiedenti asilo o protezione sussidiaria o temporanea"<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Sulla natura della Dichiarazione (diffusa a mezzo di un comunicato stampa del Segretariato generale del Consiglio), non qualificabile come atto dell'Unione ovvero di una sua istituzione, ma semmai ("ad abundantiam") come accordo concluso dagli Stati membri, cfr. l'ordinanza del Tribunale del 28 febbraio 2017, causa T-192/16, *NF c. Consiglio europeo*; nonché le ordinanze, in pari data, causa T-193/16, *NG c. Consiglio europeo*, e causa T-257/16, *NM c. Consiglio europeo*; e la sentenza della Corte di giustizia del 12 settembre 2018, cause riunite C-208 e 210/17 P, *NF e a. c. Consiglio europeo*. Fra i molti contributi sulla Dichiarazione v. C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 405 ss.; M. GATTI, *La dichiarazione UE-Turchia sulla migrazione: un trattato concluso in violazione delle prerogative del Parlamento?*, in *Eurojus.it*, 11 aprile 2016; L. MAROTTI, M. MARCHEGIANI, *La natura giuridica dell'accordo in ambito migratorio tra l'Unione europea e la Turchia*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 2016, n. 1-2, p. 59 ss.; E. ROMAN, *L'accordo UE-Turchia: le criticità di un accordo a tutti i costi*, in *SIDIBlog*, 21 marzo 2016, reperibile online; E. CANNIZZARO, *Denialism as the Supreme Expression of Realism: a Quick Comment on NF v. European Council*, in *European Papers*, 2017, p. 251 ss., nonché, dello stesso, *Disintegration through Law*, *ivi*, 2016, p. 3 ss.; M. JACKOWSKI, *Conventional Rights of Migrants in the Agreement between the European Union and Turkey of 18 March 2016*, in J. ILIOPOULOS-STRANGAS, M. POTACS, E. S. TANASESCU, J. ZILLER (eds.), *Migration: New Challenges for Europe, for State Sovereignty and for the Rule of Law and the Welfare State*, Baden-Baden, 2017, p. 59 ss.; B. NASCIBENE, I. ANRÒ, *op. cit.*, p. 355 s.; D. VITIELLO, *op. cit.*, p. 331 ss.; G. SPYROPOULOU, *The EU Charter of Fundamental Rights and Asylum Procedures in View of the Recent Developments in Greece Following Implementation of the EU-Turkey Statement*, in A. CRESCENZI, R. FORASTIERO, G. PALMISANO (eds.), *Asylum and the EU Charter of Fundamental Rights*, Napoli, 2018, p. 121 ss.; e F. CASOLARI, *L'insostenibile*, *cit.*, p. 1422 ss. Per una valutazione sui risultati conseguiti, anche attraverso lo "strumento" economico della dotazione di sei miliardi di euro, cfr. la relazione COM(2019)481 final, p. 5 s. Sugli sviluppi più recenti, a seguito dell'intervento militare turco in Siria e al notevole afflusso di potenziali richiedenti asilo che il governo turco avrebbe dovuto impedire, ma che si sono ammassati ai confini con la Grecia, creando tensioni, cfr. F. CASOLARI, *International (binding) law strikes back: lo Statement UE-Turchia alla prova della recente crisi migratoria*, in *ADIM Blog*, editoriale, marzo 2020, reperibile online; F. L. GATTA, *Recenti sviluppi nelle politiche di controllo migratorio in Europa*, in *Eurojus.it*, 2020, spec. p. 138 ss.; e A. SPAGNOLO, *Un gioco delle parti sulla pelle delle persone. L'insostenibilità delle ragioni greche, turche ed europee nella crisi migratoria in corso*, in *SIDIBlog*, 14 marzo 2020, reperibile online (*ivi* per i riferimenti, specialmente sulle prese di posizione delle parti che qualificano la Dichiarazione "accordo").

<sup>26</sup> Su questi programmi, sottolineando che comunque i programmi (PSPR) non sono disciplinati da appositi atti vincolanti dell'Unione, e sui compiti dell'EASO, previsti dal regolamento n. 439/2010 di adottare iniziative, in collaborazione con la Commissione e con le autorità di Paesi terzi, S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto*, *cit.*, p. 297, e G. MORGESE, *I programmi di (sviluppo e) protezione regionale*

5. Il *volet* internazionale della politica di immigrazione e asilo deve essere valutato congiuntamente al *volet* interno. Gli atti normativi interni dell'Unione e quelli esterni o internazionali, seppur con qualche incertezza sulla loro natura ed efficacia, possono essere difficilmente compresi quanto agli obiettivi che si propongono, se la valutazione non è complessiva. Un ausilio per meglio comprendere la connessione fra i due *volets* è offerto dalla comunicazione della Commissione contenente l'Agenda europea sulla migrazione e dalle relazioni sulla sua attuazione, nonché dalla (meno recente) comunicazione della Commissione concernente l'approccio globale in materia di migrazione e mobilità<sup>27</sup>. Vengono prese in esame le iniziative, i progressi compiuti, le difficoltà incontrate: fra queste emergono la riforma del sistema europeo comune di asilo; l'effettività, assai scarsa, dei rimpatri; il dialogo politico con i Paesi terzi; i profili di diritto umanitario, che emergono soprattutto dalla situazione dei profughi siriani in Turchia<sup>28</sup>.

Come nel passato ci si è chiesti se i vari elementi che compongono lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia sono fra loro coerenti, ci si può chiedere, oggi, se vi sia coerenza fra i due *volets* ovvero quali siano gli strumenti, quali gli obiettivi e le finalità che possano assicurare tale coerenza<sup>29</sup>. La coerenza delle azioni, che l'art. 21, par. 3, co. 2, TUE indica come compito dell'Unione, vale a dire assicurare (come già si è accennato) "la coerenza tra i vari settori dell'azione esterna e tra questi e le altre politiche", è indispensabile perché i valori ricordati trovino concreta realizzazione nella politica di immigrazione e asilo. Sono quegli stessi valori di tutela dei diritti

*dell'Unione europea: uno strumento efficace per i rifugiati africani?*, in *Federalismi.it*, 21 luglio 2017, reperibile *online*; cfr. anche la nota 21. Per commenti all'art. 78 TFUE cfr. la nota 4.

<sup>27</sup> Cfr. la comunicazione del 13 maggio 2015, COM(2015)240 final; la comunicazione del 18 novembre 2011, COM(2011)743 def.; la più recente relazione COM(2019)481 final (nonché la "Scheda informativa" della Commissione, del 16 ottobre 2019, Migration: Solidarity Within the EU, reperibile *online*), e il documento predisposto da A. RADJENOVIC per EPRS-European Parliamentary Research Service, *Solidarity in EU Asylum Policy*, March 2020, reperibile *online*. Si veda anche, per riferimenti all'Italia, il documento della Camera dei deputati, Ufficio rapporti con l'Unione europea, XVIII legislatura, L'Agenda europea sulla migrazione, del 4 settembre 2019 (*ivi* per i riferimenti sulle modifiche più recenti o in corso: nuovo Codice dei visti, regolamento n. 2019/1155 del 20 giugno 2019, riforma della direttiva rimpatri, proposta di rifusione COM(2018)634 final). Si vedano anche, sui profili della solidarietà, i riferimenti nelle note 12 e 25.

<sup>28</sup> Per alcune valutazioni, anche negative, cfr. la relazione COM(2019)481 final, spec. p. 5 ss.

<sup>29</sup> Sul carattere composito dello Spazio si vedano i rilievi di H. LABAYLE, *Architecte ou spectatrice? La Cour de Justice de l'Union dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2006, p. 1 ss.; sui profili della "coerenza" si vedano i riferimenti alla nota 11, e S. BARBOU DES PLACES, *L'asile, un exemple de cohérence entre les volets interne et externe de l'ELSJ?*, in C. FLAESCH-MOUGIN, L. S. ROSSI (eds.), *op. cit.*, p. 353 ss. Per alcuni rilievi sui profili di diritto internazionale e la tutela dei diritti umani, che riguardano anche l'Unione europea e la sua politica "esterna", con riferimento alle iniziative che hanno portato all'adozione, nel 2018, nell'ambito delle Nazioni Unite, del Patto globale sulle migrazioni e del Patto globale sui rifugiati, si vedano, fra gli altri (sulla natura degli stessi, la previsione di principi-guida e obiettivi, di obblighi e conseguente responsabilità degli Stati), C. CARLETTI, M. BORRACCETTI, *Il Global Compact sulla migrazione tra scenari internazionali e realtà europea*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2018, n. 2, p. 7 ss.; D. VITIELLO, *Il contributo dell'Unione europea alla governance internazionale dei flussi di massa di rifugiati e migranti: spunti per una rilettura critica dei Global Compacts*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 2018, n. 3; G. CATALDI, A. DEL GUERCIO, *I Global Compact su migranti e rifugiati. Il Soft Law delle Nazioni Unite tra spinte sovraniste e potenziali sviluppi*, *ivi*, 2019, n. 2; F. FERRI, *I patti globali su migrazioni e rifugiati tra vecchie e nuove dinamiche multilivello: alcune considerazioni di natura giuridica*, in *Questione giustizia*, 1° aprile 2019, reperibile *online*; A. SPAGNOLO, *Il patto globale per le migrazioni alla luce del diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 753 ss.

della persona e di rispetto del principio di solidarietà che possono rappresentare dei principi-guida dell'azione a favore della coerenza.

Il compito di garantire la coerenza è affidato alla cooperazione fra Consiglio e Commissione (assistiti dall'Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza), e per quanto si possa discutere sulla giustiziabilità del principio di coerenza, considerato che si affiderebbe alla Corte di giustizia un giudizio politico o di opportunità politica che non le compete, dovrebbero invece essere intese come giustiziabili le modalità e l'efficacia di tale cooperazione, che non deve essere meramente affermata ma compiuta, realizzata<sup>30</sup>.

Anche sulla base di alcuni rilievi della Corte di giustizia contenuti nel parere 1/03 sul parallelismo delle competenze interne ed esterne, si dovrebbe ritenere che la coerenza non è soltanto un obiettivo, ma è un mezzo per conseguire i risultati di una politica comune interna ed esterna. L'"integrazione fra gli Stati" è un obiettivo interno; l'"unità di azione" degli Stati è un obiettivo esterno. Se vi è integrazione, insomma, dovrebbe esserci anche unità di azione. Gli obiettivi ultimi, ove i valori ricordati sono essenziali, non sono distanti fra loro poiché, per l'appunto, l'integrazione e l'unità di azione sono, fra loro, connesse<sup>31</sup>.

Norma di carattere generale, che è (per l'appunto) norma di apertura del titolo II della parte prima del TFUE sulle "Disposizioni di carattere generale", è l'art. 7, dedicato alla coerenza tra le "varie politiche ed azioni" dell'Unione. L'Unione "assicura" tale coerenza, "tenendo conto dei suoi obiettivi", indicati nell'art. 3 TUE, e "conformandosi al principio di attribuzione delle competenze", secondo quanto previsto dall'art. 5 TUE. È, in particolare, il Consiglio, cui è attribuito il compito (art. 16, par. 1, TUE) di "definizione delle politiche e di coordinamento alle condizioni stabilite nei Trattati", con il "controllo politico" del Parlamento (art. 14, par. 1, TUE), ad assicurare la coerenza, in conformità agli "orientamenti" e alle "priorità politiche generali" del Consiglio europeo (art. 15, par. 1, TUE). Alla Commissione spetta il compito di presentare proposte coerenti, alla Corte di giustizia quello di vigilare sul rispetto degli obiettivi e sul corretto uso degli strumenti (sulle rispettive competenze, articoli 17 e 19 TUE).

La varietà di obiettivi e competenze, il diverso ruolo delle istituzioni possono creare problemi di coerenza. Non si tratta di semplice indicazione programmatica, ma di vincolo per l'Unione, per le sue istituzioni, per gli Stati<sup>32</sup>. Non sarebbe coerente proprio con i valori fondamentali affermati nell'art. 2 TUE, con quelli, in specie, che sono propri della politica di immigrazione e asilo, concludere un accordo

---

<sup>30</sup> Si vedano i commenti all'art. 21 TUE citati nella nota 11 (*ivi* altri riferimenti sulla "coerenza"), in particolare i rilievi di M. E. BARTOLONI, E. CANNIZZARO, *op. cit.*, p. 224 ss.

<sup>31</sup> In questi termini E. NEFRAMI, *op. cit.*, p. 532; cfr. il parere della Corte di giustizia del 7 febbraio 2006, n. 1/03, Competenza della Comunità a concludere la nuova Convenzione di Lugano concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, punti 114-128, spec. il punto 128 ove si afferma che "è essenziale garantire un'applicazione uniforme e coerente delle disposizioni comunitarie ed un corretto funzionamento del sistema che esse istituiscono al fine di preservare la piena efficacia del diritto comunitario".

<sup>32</sup> Per un commento all'art. 7 cfr. M.C. BARUFFI, *Art. 7 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *op. cit.*, p. 170 s., che sottolinea come la norma consideri, in modo indifferenziato, le competenze esterne e quelle interne; e S. DE BELLIS, *Art. 7 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 395, che ritiene la norma, tuttavia, di carattere programmatico, traducendosi peraltro in una presunzione di coerenza, da valutare caso per caso. Sulla coerenza cfr. anche le note 11 e 29.

internazionale o assumere impegni, quale ne sia la forma o definizione, con un Paese terzo che non rispetti tali valori<sup>33</sup>.

Coerenza e leale cooperazione, come già si è ricordato, si coniugano in una prospettiva unitaria dei due *volets*.

## Abstract

### The ‘Internal’ and ‘External’ Dimensions of Immigration and Asylum Policy. Principles and Values

The analysis concerns the European immigration and asylum policy, considered both from its ‘internal’ dimension, which regards conditions and treatment of third country nationals within the European judicial framework, and from its ‘external’ dimension, which involves the cooperation with migrants’ third countries of origin. The aim of the article is to lead a comprehensive evaluation of these two perspectives, in order to emphasize the crucial role of the Union’s values in the implementation of this policy. On the one hand, the paper highlights the relevance of the principle of solidarity, which, together with the principle of loyal cooperation between Member States, should guide immigration and asylum policy and ensure their effectiveness, both in their internal and external dimensions. On the other hand, it underlines the importance that the instruments implemented by the Union in the context of its external action comply with the fundamental rights protected by European law. Only then, the international *volet* of immigration and asylum policy will be harmonized with the internal one, in view of the creation of a coherent and comprehensive.

<sup>33</sup> Si pensi, per esempio, alla già ricordata Dichiarazione UE-Turchia, agli impegni ivi assunti per “porre fine alla migrazione irregolare dalla Turchia verso l’UE” e all’espresso richiamo non solo al “pieno rispetto del diritto dell’UE e internazionale”, ma alla necessità di “porre fine alle sofferenze umane” dei migranti e “migliorare la situazione umanitaria in Siria”: impegno, quest’ultimo, dell’UE e degli Stati membri a collaborare con la Turchia (si vedano, in particolare, i “punti d’azione supplementari” 1, 4 e 9 della Dichiarazione). Cfr. sulla Dichiarazione i riferimenti nella nota 25; per quanto riguarda i “valori” (art. 2 TUE) si vedano i riferimenti nella nota 2.

Matteo Ortino\*

# Il principio di proporzionalità dell'Unione europea e la ripartizione dei compiti normativi e di vigilanza in materia bancaria\*\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La *lunghezza* della valutazione di proporzionalità. – 3. La *profondità* della valutazione di proporzionalità. – 4. La *larghezza* della valutazione di proporzionalità. – 5. La dimensione temporale della valutazione di proporzionalità. – 6. La proporzionalità della ripartizione legislativa tra armonizzazione UE e autonomia normativa nazionale in materia bancaria. – 7. La proporzionalità della ripartizione legislativa tra vari soggetti UE dei poteri di intervento pubblico in materia bancaria. – 8. La proporzionalità della ripartizione amministrativa dei poteri di vigilanza prudenziale tra la BCE e le autorità nazionali competenti nel quadro del SSM. – 9. Considerazioni conclusive.

1. Uno degli istituti giuridici che esprimono meglio l'ambizione di un ordinamento di essere "giusto", attraverso la corretta ponderazione giuridica di obiettivi, interessi o diritti contrapposti, è il principio di proporzionalità. Non sorprende quindi che un ordinamento particolarmente composito come quello dell'Unione europea (UE), in cui tra l'altro spiccano la sovente contrapposizione tra interesse UE e interesse nazionale e i conflitti tra le varie istituzioni UE, elevi il principio di proporzionalità a principio generale già a livello costituzionale (art. 5, par. 4, TUE)<sup>1</sup>.

A fronte di concetti, come quello di giustizia e di equilibrio, e di valutazioni, come quella di costi/benefici, dal contenuto potenzialmente molto soggettivo e volubile, il principio di proporzionalità mira a fornire dei parametri di riferimento, dei

\* Associato di Diritto dell'economia nell'Università degli studi di Verona.

\*\* Il presente contributo rientra nell'attività del gruppo di ricerca "Processi decisionali e fonti del diritto" svolta nell'ambito del Progetto di Eccellenza *Diritto, Cambiamenti e Tecnologie* del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona.

<sup>1</sup> Sul tema si veda, tra i tanti, N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, London, 1999; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 395 ss.; B. PIRKER, *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review*, Groningen, 2013; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 444 ss.; M.C. BARUFFI, *Commento all'art. 5 TUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, II ed., p. 30 ss.; P. DE PASQUALE, *Commento all'art. 5 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed.; T.-G. HARBO, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Leiden, 2015; R. SCHÜTZE, *European Union Law*, Cambridge 2015, p. 352 ss.; S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (eds.), *General Principles of Law. European and Comparative Perspectives*, Oxford, 2017, p. 133 ss.; P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2018, p. 642 ss.

criteri valutativi e decisionali dotati di una certa misura di oggettività, sebbene – è importante subito evidenziare – la valutazione in parola conservi una forte componente di soggettività e discrezionalità, anche nella sua applicazione giurisdizionale.

Nel presente scritto ci occuperemo sia del principio di proporzionalità in generale, sia della sua applicazione specifica all’assetto dei poteri normativi e di vigilanza finanziaria nell’ordinamento UE. In particolare, dapprima sarà approfondita la questione generale di come stabilire, tramite tale principio, il *giusto* equilibrio tra vari elementi contrapposti nel e del sistema giuridico (paragrafi 2-6). Poi, sarà valutata la proporzionalità della ripartizione legislativa tra armonizzazione UE e autonomia normativa nazionale in materia bancaria (par. 7); dell’istituzione da parte del legislatore UE dell’Autorità bancaria europea (o, secondo l’acronimo inglese, EBA)<sup>2</sup> e dell’attribuzione dei compiti di regolazione finanziaria alla stessa e di vigilanza bancaria alla BCE nel quadro del Meccanismo unico di vigilanza (o SSM)<sup>3</sup> (par. 8); e, infine, dell’allocazione amministrativa dei compiti di vigilanza alle autorità nazionali competenti da parte della BCE, nel quadro del SSM (par. 9). I costi di cui si terrà conto sono specialmente quelli prodotti sul piano verticale nei rapporti tra UE e Stati membri (visto il crescente grado di accentramento dei poteri a livello UE a danno dei poteri dei singoli Stati membri sia legislativi che regolatori) e sul piano istituzionale UE (in cui la Commissione si vede sottratta di margini di libertà decisionale a beneficio dell’EBA).

2. Si può sostenere che il principio di proporzionalità costituisce uno strumento giuridico concepito per far fronte alle connessioni e alle interazioni complesse che compongono il sistema giuridico e intrecciano tra loro i sistemi giuridici, economici e sociali, come quelli che l’ordinamento giuridico dell’UE “incorpora” ed è chiamato a regolare. La funzione di tale principio è quella di trovare il migliore equilibrio possibile tra la realizzazione degli obiettivi perseguiti e la prevenzione o quantomeno la riduzione degli effetti collaterali negativi derivanti dal loro perseguimento. A questo fine, esso impone che le decisioni e le azioni (sul piano politico,

<sup>2</sup> In seguito alle raccomandazioni della relazione del gruppo di esperti presieduto da de Larosière su come rafforzare i meccanismi europei di vigilanza, è stato introdotto nel 2010 il Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF), divenuto operativo il 1° gennaio 2011. Il SEVIF è composto dal Comitato europeo per il rischio sistemico (CERS), dalle tre autorità europee di vigilanza (o *European Supervisory Authorities-ESA*) – segnatamente l’Autorità bancaria europea (EBA), l’Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA) e l’Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali (EIOPA) – e dalle autorità di vigilanza nazionali. Le tre ESA sono state istituite da tre distinti regolamenti dal contenuto originale pressoché identico (in breve i “regolamenti ESA”). In particolare, esse sono state istituite da tre regolamenti del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010: il regolamento (UE) n. 1093/2010, che istituisce l’Autorità europea di vigilanza (Autorità bancaria europea), modifica la decisione n. 716/2009/CE e abroga la decisione 2009/78/CE della Commissione (regolamento EBA); il regolamento (UE) n. 1095/2010, che istituisce l’Autorità europea di vigilanza (Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati), modifica la decisione n. 716/2009/CE e abroga la decisione 2009/77/CE della Commissione (regolamento ESMA); il regolamento (UE) n. 1094/2010, che istituisce l’Autorità europea di vigilanza (Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali), modifica la decisione n. 716/2009/CE e abroga la decisione 2009/79/CE della Commissione (regolamento EIOPA).

<sup>3</sup> Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi (regolamento SSM). Il secondo atto normativo rilevante in materia è il regolamento (UE) n. 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 (regolamento quadro).

amministrativo, giurisdizionale e in certi casi anche su quello privato)<sup>4</sup> si sviluppino secondo una determinata struttura il più possibile logico-razionale e idonea a configurare tali decisioni e azioni in termini di ragionevolezza. Tale struttura può essere scomposta in quattro dimensioni, distinguendo le articolazioni strutturali della valutazione in *lunghezza, profondità, larghezza e tempo*.

Per quanto riguarda la prima dimensione, il giudizio di proporzionalità è generalmente scomposto in una valutazione di adeguatezza o idoneità, in una di necessità e in un'altra di proporzionalità *stricto sensu*. Nella formulazione giurisprudenziale UE, il principio di proporzionalità esige che le misure “siano idone[e] a realizzare i legittimi obiettivi della normativa di cui trattasi e non eccedano i limiti di quanto è necessario alla realizzazione di tali obiettivi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere a quella meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti”<sup>5</sup>.

Ognuna di queste tre valutazioni affronta una distinta porzione del bilanciamento e quindi dello sforzo di realizzare l'equilibrio tra le varie componenti sistemiche. Merita chiarire che la lunghezza della valutazione di proporzionalità è in concreto variabile: per esempio, la Corte spesso non include il terzo test o non lo distingue dal secondo. Come è già stato osservato in dottrina, le componenti della valutazione di proporzionalità costituiscono un *continuum* piuttosto che elementi in concreto distinti<sup>6</sup>.

Con il test di adeguatezza o idoneità l'equilibrio che si mira a realizzare è quello tra *mezzo e fine* perseguito. Invece, il test di necessità mira ad assicurare l'equilibrio che dipende dalla scelta tra vari *mezzi* adeguati alternativi in funzione dello specifico fine perseguito. Infine, il test di proporzionalità in senso stretto affronta l'equilibrio che dipende dalla scelta tra *fini* alternativi.

La condizione di adeguatezza riguarda l'equilibrio interno alla singola azione o misura in questione<sup>7</sup>. Una misura per essere proporzionata deve essere efficace e coerente in relazione all'obiettivo che persegue<sup>8</sup>. In una prospettiva sistemica, la valutazione di idoneità può riguardare la capacità della misura UE di soddisfare contestualmente una molteplicità di interessi pubblici<sup>9</sup>.

Le condizioni di necessità e di proporzionalità *stricto sensu* riguardano invece l'equilibrio esterno dell'azione, sempre in termini di costi/benefici. Si tratta dell'equilibrio tra l'obiettivo perseguito e realizzato da una misura, da un lato, e l'impatto che la stessa misura produce su altri elementi del sistema nel realizzare i vantaggi che persegue. Tale equilibrio può mancare, rendendo la misura non proporzionata,

---

<sup>4</sup> V. ad es. il regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

<sup>5</sup> Sentenza del Tribunale del 16 maggio 2017, causa T-122/15, *Landeskreditbank*, punto 67.

<sup>6</sup> T. TRIDIMAS, *The Principle of Proportionality*, in R. SCHÜTZE, T. TRIDIMAS (eds.), *Oxford Principles of European Union Law*, Oxford, 2018, p. 243 ss., a p. 247.

<sup>7</sup> Per un esempio di misura UE giudicata non idonea, v. la sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 1991, causa C-368/89, *Crispoltoni*.

<sup>8</sup> Sull'adeguatezza come coerenza v. ad es. la sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2009, causa C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International*, punti 59-61. Non c'è equilibrio interno ad una misura se essa viene adottata – producendo quindi comunque un impatto sul sistema (ad es. in termini di costi del processo normativo e dei costi di *compliance*) – pur non essendo di per sé in grado di realizzare i suoi obiettivi o non perseguendoli in modo coerente. In termini di costi/benefici, la misura non idonea non è in grado di realizzare i benefici prefissi, producendo quindi dei costi inutili.

<sup>9</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 9 agosto 1994, causa C-359/62, *Germania c. Consiglio*, punto 45.

quando i costi effettivi della misura sono eccessivi, e cioè maggiori di quelli che sarebbero sufficienti per raggiungere i propri obiettivi (necessità)<sup>10</sup> e/o perché i costi sono sproporzionati rispetto ai vantaggi che si possono ottenere dalla misura (proporzionalità in senso stretto)<sup>11</sup>. Tramite i due limiti in esame il principio di proporzionalità intende mantenere un certo equilibrio, costringendo a modulare la misura in questione – sul piano della forma e del contenuto – in un modo tale da ridurre al minimo possibile il suo impatto negativo su altre componenti sistemiche e quindi i costi della misura (necessità); e vietando misure i cui vantaggi sono ben inferiori agli svantaggi (costi) prodotti (proporzionalità *stricto sensu*).

Per esempio, in materia bancaria, per essere conformi alla condizione di necessità, la normativa e la vigilanza prudenziale devono tenere conto delle specificità delle singole banche, in termini di profilo di rischio, modello aziendale e dimensioni. In questo senso l'art. 92 del regolamento (UE) 575/2013, relativo ai requisiti prudenziali degli enti creditizi e delle imprese di investimento (il c.d. CRR)<sup>12</sup>, stabilisce i requisiti prudenziali in base alla categoria di rischio cui una banca è esposta per effetto della tipologia di attività da essa svolte. Quindi, una banca che non esercita attività di negoziazione di strumenti finanziari per proprio conto non è soggetta alle norme indirizzate al rischio di mercato afferenti alle attività di portafoglio di negoziazioni. Allo stesso modo, sul piano della vigilanza, l'intensità dell'attività di controllo esercitata dalle autorità di supervisione deve cambiare – in modo proporzionato – a seconda del grado di rischiosità delle singole banche: maggiore è il rischio, maggiori sono le risorse necessarie che devono essere impiegate dall'autorità amministrativa per il controllo. Quest'ultima dimensione *procedurale* del principio di proporzionalità è prevista, per esempio, all'art. 97, par. 4, della direttiva 2013/36/UE, sull'accesso all'attività creditizia e sulla vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle imprese di investimento (la c.d. CRD IV)<sup>13</sup>, in merito al processo di revisione e di valutazione prudenziale (il c.d. SREP)<sup>14</sup>. In definitiva, quindi, un approccio normativo e di vigilanza che sia monolitico, indifferente (o non sufficientemente attento) al diverso profilo di rischio, individuale e sistemico, di una banca e delle sue attività, e quindi che preveda un unico regime normativo senza possibilità di adeguarlo caso per caso a seconda delle caratteristiche della banca o tipologia di banca, sarebbe in contrasto con il principio di proporzionalità<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Cfr. ad es. le sentenze della Corte di giustizia del: 13 novembre 1990, causa C-331/88, *The Queen c. The Minister of Agriculture, Fisheries and Food e The Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa e altri*; 19 settembre 2000, cause riunite C-177 e 181/99, *Ampafrance e Sanofi*, punto 62; 23 dicembre 2015, causa C-333/14, *Scotch Whisky Association e a. c. The Lord Advocate e The Advocate General for Scotland*, punto 46.

<sup>11</sup> Sentenza *Fedesa e altri*, punto 12; sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 2015, causa C-62/14, *Gauweiler e a.*, punto 91; sentenza del Tribunale del 25 aprile 2013, causa T-526/10, *Inuit Tapiriit Kanatami e a. c. Commissione*, punti 97-98.

<sup>12</sup> Regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> “Le autorità competenti stabiliscono la frequenza e l'intensità della revisione e della valutazione di cui al paragrafo 1 tenendo conto delle dimensioni, dell'importanza sistemica, della natura, dell'ampiezza e della complessità delle attività dell'ente in questione, e tenendo conto altresì del principio di proporzionalità”.

<sup>15</sup> A proposito della disciplina bancaria prudenziale dell'UE la dottrina ha messo in evidenza che alla diffusa enunciazione del principio di proporzionalità da parte del legislatore UE non corrisponde una

3. Il principio di proporzionalità, in sede di revisione giurisdizionale, può cambiare da caso a caso nella sua concreta applicazione, graduando la *profondità* o *intensità* con cui esso vincola i destinatari nell'adozione di una certa misura. I medesimi criteri di valutazione (es. della idoneità, necessità) possono essere applicati con un minore o maggiore grado di severità. Ciò si traduce nell'applicazione da parte dei giudici UE di standard di legittimità diversi, che possono andare da quelli meno severi (ad es. in cui si considera illegittima solo la misura “manifestatamente sproporzionata”) a quelli più severi (in cui la verifica dell'idoneità, necessità, ecc., della misura ne scandaglia il merito in profondità).

Molteplici sono i fattori che determinano la variazione dell'intensità e quindi dello standard applicato in concreto. Essi includono, tra l'altro, il settore interessato, la natura del diritto in questione, la natura e il grado di restrizione che una misura esercita su un bene e la finalità perseguita dalla misura oggetto di valutazione<sup>16</sup>. Come vedremo meglio più avanti, tra i fattori di particolare rilevanza ai fini del presente studio, vi sono quelli della discrezionalità riconosciuta dall'ordinamento all'istituzione o all'autorità in questione e della complessità delle scelte che quest'ultima è chiamata ad effettuare. Si tiene conto di una tale varietà di fattori nel determinare in concreto l'intensità nella valutazione di proporzionalità al fine, di nuovo, di realizzare un'equilibrata applicazione del principio e cioè di modulare la valutazione di proporzionalità della misura in questione in rapporto alle altre esigenze che vengono in rilievo.

L'applicazione proporzionata del principio di proporzionalità implica tra l'altro che la valutazione di proporzionalità di una misura debba includere – come “altre esigenze” – il contesto normativo e fattuale nel quale l'adozione di tale misura si colloca. Si può parlare a questo proposito di “equilibrio contestuale”, di cui si deve tenere conto caso per caso nell'applicazione dei criteri di idoneità, necessità e proporzionalità *stricto sensu*. Si tratta cioè di un ulteriore equilibrio che si deve realizzare oltre a quelli già sopra ricordati tra mezzo e fine, tra mezzi adeguati alternativi e tra fini alternativi e il cui perseguimento può incidere sulla profondità della valutazione di proporzionalità. L'equilibrio contestuale è perseguito, per esempio, sul piano interpretativo, ove il principio di proporzionalità richiede l'esegesi sistemica delle norme da applicare, in modo da bilanciare la loro applicazione con le altre norme presenti nel sistema. In tema di competenze di vigilanza bancaria della BCE, sono gli stessi giudici UE nella sentenza *Landeskreditbank* a ricondurre l'obbligo di una interpretazione sistemica al principio di proporzionalità, con la conseguenza di limitare in quel caso la profondità della relativa valutazione<sup>17</sup>.

Il diverso contesto normativo-fattuale incide sul grado di complessità che l'istituzione è chiamata a gestire. Un esempio è costituito dal grado di astrazione e generalità

altrettanto diffusa e – potremmo dire, adeguata – applicazione concreta di tale criterio da parte dello stesso legislatore, né direttamente né attribuendo alle autorità competenti spazi di discrezionalità idonei a modulare, nell'esercizio delle loro competenze di vigilanza, la normativa secondo i dettami della proporzionalità. L'inadeguata proporzionalità risulterebbe svantaggiare soprattutto le banche minori rispetto a quelli grandi. Sulla questione, che fuoriesce dall'analisi del presente scritto, si veda ad esempio G.L. GRECO, *One size fits all, il cannone e la mosca*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2019, p. 425 ss., nonché B. JOOSEN, M. LAMANDINI, M. LEHMANN, K. LIEVERSE, I. TIRADO, *Stability, Flexibility and Proportionality: Towards a Two-Tiered European Banking Law?*, European Banking Institute Working Paper Series, 2018, n. 20, 21 febbraio 2018.

<sup>16</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'8 aprile 2014, cause riunite C-293 e 594/12, *Digital Rights Ireland Ltd.*, punto 47.

<sup>17</sup> Sentenza *Landeskreditbank*, punti 75-76.

della misura in questione. Le misure generali sono in genere più complesse di quelle individuali, in quanto implicano un numero più elevato di considerazioni, di variabili, di interdipendenze, di effetti collaterali e di opzioni decisionali. Una legislazione prudenziale in materia bancaria, riguardando vari aspetti dell'intero sistema bancario, ha una portata molto più ampia, un più alto grado di ramificazioni (effettive o potenziali) e di connessioni con un numero maggiore di elementi e considerazioni, rispetto a decisioni bancarie prudenziali individuali, attinenti direttamente una singola banca. L'intensità del controllo giurisdizionale è più alta in questo secondo caso rispetto al primo. Ciò contribuisce a spiegare la particolare profondità del riesame giurisprudenziale esercitato di recente dal Tribunale UE in un gruppo di pronunce riguardanti il rispetto dei limiti di discrezionalità nelle decisioni della BCE relative al calcolo del coefficiente di leva finanziaria<sup>18</sup>. Il margine di discrezionalità della BCE e il bilanciamento che essa deve/può realizzare nell'esercizio della sua competenza di vigilanza bancaria sono limitati dall'obbligo di una interpretazione teleologica delle norme legislative bancarie che essa è chiamata ad applicare, di cui non può privare l'effetto utile<sup>19</sup>. Se l'obiettivo della norma legislativa da applicare è quello di consentire alle autorità competenti un contemperamento tra due esigenze contrapposte, la discrezionalità di cui tali autorità godono è limitata dal divieto di dare di tale norma un'interpretazione e un'applicazione che sacrifica del tutto o quasi una delle due esigenze<sup>20</sup>.

In giurisprudenza, in tema di revisione giurisdizionale, è consolidato che la valutazione di proporzionalità di una misura adottata a livello UE “deve conciliarsi con il rispetto del margine di discrezionalità eventualmente riconosciuto alle istituzioni dell'Unione in occasione” dell'adozione della misura<sup>21</sup>. Tale margine di discrezionalità è a sua volta proporzionato al grado di complessità della situazione che la misura mira a regolare, nel senso che maggiore è la complessità delle scelte da adottare, ad es. sul piano tecnico, politico, economico, ecc., maggiore è il margine di discrezionalità da riconoscere alla competente istituzione UE.

Quindi, in contesti come quello bancario e finanziario, in cui le decisioni del legislatore o del regolatore implicano “procedere a scelte di natura tecnica [ed] effettuare previsioni e valutazioni complesse”<sup>22</sup>, i giudici UE richiedono lo standard più leggero della “non manifesta sproporzionalità”. Si riconosce al legislatore UE e alle autorità di regolazione un'ampia discrezionalità e cioè un buon margine di autonomia decisionale nello stabilire dove fissare il punto di equilibrio tra costi e benefici della disciplina e della vigilanza finanziaria. Tale decisione rimarrebbe proporzionata (ai fini della sua conformità al principio in esame e quindi della legittimità dell'atto legislativo in cui è contenuta ai sensi del diritto UE) anche se fosse valutabile (*ex ante* e/o *ex post*) come scarsamente idonea e/o non strettamente necessaria e/o non proporzionata in senso stretto. Per violare il principio di proporzionalità è necessario che l'atto sia manifestamente sproporzionato *ex ante*.

<sup>18</sup> Sentenze del Tribunale del 13 luglio 2018: causa T-733/16, *La Banque postale c. BCE*; causa T-745/16, *BPCE c. BCE*; causa T-757/16, *Société générale c. BCE*; causa T-751/16, *Confédération nationale du Crédit mutuel c. BCE*; causa T-758/16, *Crédit agricole SA c. BCE*; causa T-768/16, *Paribas c. BCE*.

<sup>19</sup> V. ad es. la sentenza *La Banque Postale*, punto 77.

<sup>20</sup> *Ivi*, punti 78-79.

<sup>21</sup> Sentenza *Landeskreditbank*, punto 68.

<sup>22</sup> Sentenza *Gauweiler e a.*, punto 68; sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2018, causa C-493/17, *Weiss e a.*, punto 73.

Di fronte a quelle che possiamo chiamare competenze “complesse”, come quelle relative alla normativa e alla vigilanza bancaria, la Corte lascia quindi alle istituzioni e autorità UE competenti una sorta di zona franca, in cui adottare le proprie decisioni con un margine più ampio di libertà<sup>23</sup>. Le ragioni di un tale *self-restraint* giurisdizionale sono varie. Hanno a che fare con la separazione dei poteri pubblici, intesa non solo in senso formale, ma anche sostanziale, connessa al principio di efficacia del diritto UE. Affinché le competenze complesse possano essere esercitate nel modo più efficace possibile in vista della realizzazione degli obiettivi perseguiti, esse devono essere lasciate ai poteri pubblici dotati delle migliori capacità tecniche, valutative e decisionali, in relazione al campo in questione.

Da un lato, nel confronto con le istituzioni legislative ed esecutive UE (politiche o tecniche), la Corte non è l'istituzione migliore per esercitare competenze complesse. Rispetto alle istituzioni politiche, sul piano sia della legittimità sia della capacità risolutiva, in sede di revisione giurisdizionale essa non può tenere conto di tutti gli interessi legittimi coinvolti, attribuire loro un valore (peso politico) relativo e decidere quale composizione stabilire tra gli stessi. Dall'altro lato, rispetto alle istituzioni tecniche, la Corte non ha la medesima capacità di analisi e decisionale specializzata. Questo non significa che la Corte non possa effettuare, e non effettui, un controllo sull'esercizio di tali competenze; ciò che significa è piuttosto che il controllo della Corte non può equivalere a “sostituire la propria valutazione economica” a quella dell'istituzione competente<sup>24</sup>.

Per capire l'opportunità e, in una certa misura, l'inevitabilità di lasciare alle istituzioni e autorità UE un ampio margine di discrezionalità, occorre sottolineare l'incertezza inerente all'esercizio delle competenze in questione. La complessità delle decisioni che tali competenze implicano riflette quella degli scenari che esse sono chiamate a regolare<sup>25</sup>. Tale complessità è traducibile nella pluralità degli elementi e nel grado di imprevedibilità delle loro interazioni. Una delle caratteristiche dei sistemi complessi è infatti la non linearità dei rapporti esistenti tra gli elementi che li compongono. Non linearità è sinonimo di non proporzionalità e quindi di incertezza. Le interazioni tra le componenti di un sistema complesso sono capaci di produrre conseguenze sproporzionate e imprevedibili.

In un contesto di complessità, la valutazione è incerta tanto nel suo aspetto diagnostico e prognostico (relativo all'identificazione delle cause e delle conseguenze di una certa crisi economica), quanto in quello prescrittivo (relativo alle decisioni di quali misure devono essere adottate per fronteggiare la crisi). *Ex ante*, varie diagnosi e varie cure possono essere “corrette”. A fronte di un tale contesto, dominato dalla indeterminazione, che le istituzioni UE sono chiamate a regolare, non è possibile esigere da loro un'azione strettamente proporzionata rispetto all'obiettivo perseguito. Non essendoci certezza *ex ante* (e spesso neanche *ex post*) di quale sia la valutazione

---

<sup>23</sup> C'è chi si è espresso in termini di “*black box*”, al di fuori della quale la Corte si limita a verificare che l'istituzione UE sia l'organismo adatto a prendere la decisione e agisca nei limiti del suo mandato, D. CHALMERS *et al.* (eds.), *European Union Law: Text and Materials*, New York, 2014, p. 401.

<sup>24</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2007, causa C-525/04 P, *Spagna c. Lenzing*, punto 57.

<sup>25</sup> Sul tema v. N. FORWOOD, *The Commission's More Economic Approach for the Role of EU Courts, the Treatment of Economic Evidence and the Scope of Judicial Review*, in C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS (eds.), *European Competition Law Annual 2009: Evaluation of Evidence and Its Judicial Review in Competition Cases*, Oxford, 2011, p. 225 ss., secondo il quale la complessità che giustifica una revisione giurisdizionale più limitata riguarda la scelta da effettuare, e non i fatti in sé da valutare.

giusta e quindi la decisione corretta, possono essere ipotizzate una pluralità di valutazioni e decisioni “corrette”. L’ordinamento UE affida all’istituzione competente la responsabilità, ma anche la libertà (entro i limiti del controllo) di scegliere tra tali possibilità. In questo senso non spetta alla Corte decidere quale sia la scelta corretta, sostituendo alla valutazione dell’istituzione la propria.

Mediante il principio di proporzionalità ciò che l’ordinamento fa è invece stabilire dei paletti che l’istituzione competente deve rispettare nell’esercizio della propria libertà. A questo proposito, è forse possibile tracciare un parallelismo tra, da un lato, il rapporto tra l’ampio potere discrezionale e gli obblighi di proporzionalità imposti nell’esercizio di tale potere e, dall’altro lato, i concetti di indipendenza e *accountability* delle autorità indipendenti. Tramite sia gli obblighi di proporzionalità che quelli di *accountability* si vuole evitare che la libertà decisionale dell’organo pubblico si trasformi in arbitrio, in cui la selezione tra le varie opzioni decisionali (come quelle che contraddistinguono un sistema complesso) sia una selezione arbitraria<sup>26</sup>. Si limita la libertà decisionale senza privare l’organo di quegli spazi di autonomia che sono in entrambi i casi necessari. La contraddizione tra libertà decisionale e limiti alla stessa è solo apparente, in quanto gli obblighi di proporzionalità, così come quelli di *accountability*, sono funzionali allo svolgimento corretto delle stesse competenze, complesse o indipendenti, a cui sono applicate. Non a caso, in materia di competenze complesse esercitate dalle istituzioni UE, la Corte fa riferimento ai controlli di proporzionalità in sede giurisdizionale come tesi a verificare che ci sia stato “un esercizio effettivo del loro potere discrezionale, che presuppone”<sup>27</sup> una serie di obblighi da soddisfare.

Gli obblighi di proporzionalità in parola mirano a limitare a quanto strettamente necessario lo spazio di scelte discrezionali a disposizione dell’organo pubblico. I paletti da osservare nel processo decisionale sono di tre tipi: vi sono gli obblighi procedurali, quelli di natura sostanziale e quelli misti (a cavallo tra il procedurale e il sostanziale). Li accomuna un certo grado di oggettività, così da bilanciare la soggettività inerente alle decisioni ampiamente discrezionali. Imponendo che il processo decisionale abbia una certa componente oggettiva si consente ai soggetti interessati alla decisione e alla Corte di effettuare un controllo sulla stessa<sup>28</sup>; controllo che è a sua volta strumentale ad assicurare decisioni equilibrate, riducendo nella misura maggiore possibile i loro effetti collaterali negativi<sup>29</sup>.

Gli obblighi procedurali sono quelli aventi il maggior grado di oggettività, in quanto prescindono dal merito delle valutazioni e delle scelte (complesse) del decisore. Tra questi vi è l’obbligo di prendere in considerazione ed esaminare tutti gli elementi pertinenti della situazione in questione, l’obbligo di motivare le proprie decisioni in modo sufficiente e di produrre ed esporre in modo chiaro e inequivocabile i dati alla base della decisione<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Sentenza *Gauweiler e a.*, punto 90.

<sup>27</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 7 settembre 2006, causa C-310/04, *Spagna c. Consiglio*, punto 122.

<sup>28</sup> Sentenza *Gauweiler e a.*, punto 70.

<sup>29</sup> V. ad es. sentenza *Crédit agricole*, punto 31. Sentenza *Gauweiler e a.*, punto 69: “(...) nel caso in cui un’istituzione dell’Unione disponga di un ampio potere discrezionale, il controllo del rispetto di alcune garanzie procedurali riveste importanza fondamentale. Fra tali garanzie rientra l’obbligo per [l’istituzione competente] di esaminare, in modo accurato e imparziale, tutti gli elementi pertinenti della situazione di cui trattasi e di motivare le proprie decisioni in modo sufficiente”. Sul tema v. H. DARREN, *Towards Process-Oriented Proportionality Review in the European Union*, in *European Public Law*, 2017, pp. 93-122; K. LENAERTS, *The European Court of Justice and Process-Oriented Review*, in *Yearbook of European Law*, 2012, pp. 3-16.

<sup>30</sup> Sentenza *Gauweiler e a.*, punto 69; sentenza *Spagna c. Consiglio*, punto 123.

Gli obblighi di natura procedurale-sostanziale hanno, invece, un grado di oggettività intermedia, inferiore a quelli puramente procedurali, ma maggiore di quelli sostanziali. Essi costituiscono in generale una sorta di obblighi di mezzi, tramite i quali si vuole entrare non nel merito della decisione finale in sé (lasciata come detto all'ampia discrezionalità del titolare della competenza), quanto nel percorso decisionale che l'organo pubblico effettua. L'ordinamento ritiene infatti che tale percorso abbia degli aspetti non discrezionali, e cioè obbligatori per il decisore. Tra tali obblighi vi è quello di esaminare in modo accurato e imparziale tutti gli elementi pertinenti della situazione in questione<sup>31</sup>, in cui sono l'accuratezza e l'imparzialità dell'esame, insieme alla pertinenza degli elementi da esaminare, a non essere suscettibili di scelta discrezionale da parte del decisore<sup>32</sup>. Per quanto riguarda l'accuratezza e l'imparzialità, nella sentenza *Gauweiler* la Corte sostiene che non costituisce una mera scelta ma un obbligo quello in capo al SEBC di utilizzare le sue conoscenze specialistiche nel campo economico e dei mezzi tecnici necessari di cui dispone al fine di effettuare la medesima analisi con la diligenza e la precisione necessarie. Se occorre, la fondatezza dei dati presi in considerazione nella decisione può essere oggetto di revisione giurisdizionale in base al principio di proporzionalità<sup>33</sup>.

Per quanto riguarda la pertinenza degli elementi da considerare, la Corte precisa che l'esercizio effettivo del potere discrezionale presuppone la valutazione di tutti gli elementi e di tutte le circostanze rilevanti della situazione che tale atto è inteso a disciplinare<sup>34</sup>. La rilevanza o pertinenza degli elementi riguarda anche la loro natura sistemica e perciò gli effetti collaterali negativi che il principio di proporzionalità vuole evitare nella misura maggiore possibile. L'obbligo di esercitare in modo proporzionale il potere discrezionale equivale al dovere di prendere in considerazione tutti gli elementi e le circostanze pertinenti della fattispecie, tra i quali i dati alla base della decisione e le conseguenze potenziali su terzi della stessa<sup>35</sup>. In alcune pronunce, nella verifica della proporzionalità di una misura legislativa, la Corte evidenzia l'importanza che il processo di elaborazione normativa preveda l'esame delle varie strategie regolatorie alternative possibili (per contenuto e/o forma), valutandone in chiave comparativa l'impatto economico e gli effetti, così da poter giustificare sulla base di elementi oggettivi la scelta finale adottata<sup>36</sup>. Il principio di proporzionalità implica già per definizione una scelta (e quindi una valutazione) tra più misure<sup>37</sup>. L'obbligo suddetto prevede in più che tale scelta e valutazione sia resa in qualche misura esplicita all'esterno nell'ambito del processo normativo o decisionale.

Un altro obbligo procedurale-sostanziale è quello di seguire un *iter* logico, che colleghi coerentemente il contesto, le ragioni della decisione e il contenuto della decisione stessa<sup>38</sup>.

---

<sup>31</sup> Sentenza *Gauweiler e a.*, punto 69.

<sup>32</sup> Sentenza *Spagna c. Consiglio*, punto 126, in cui la pertinenza di alcuni elementi da prendere in considerazione appare ai giudici "di per sé difficilmente contestabile".

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> *Ivi*, punto 122.

<sup>35</sup> *Ivi*, punti 123 e 130.

<sup>36</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'8 giugno 2010, causa C-58/08, *Vodafone*, punto 55.

<sup>37</sup> Ad es., sentenza *Inuit Tapiriit Kanatami e a.* punto 87: "qualora sia possibile una scelta tra più misure idonee, si deve ricorrere a quella meno restrittiva".

<sup>38</sup> Sentenza *Gauweiler e a.*, punto 70.

Vi sono infine gli obblighi di natura sostanziale da osservare per conformarsi al principio di proporzionalità. Si tratta di entrare nel merito delle valutazioni e decisioni discrezionali, ma limitatamente ad aspetti che non sono in realtà complessi e quindi non legittimamente suscettibili di opinioni divergenti. Sono accertamenti di fatti oggettivi e di valutazioni pacifiche che devono essere presenti affinché la decisione finale possa essere considerata conforme al principio di proporzionalità<sup>39</sup>. La Corte ha precisato che il legislatore UE, anche ove disponga di un ampio potere normativo (rispetto al quale vale lo standard di revisione di legittimità di non manifesta sproporzionalità), è “tenuto a basare le proprie scelte su criteri oggettivi”<sup>40</sup>. Rientrano nella categoria di obblighi sostanziali di proporzionalità anche i criteri oggettivi, intesi come non implicanti valutazioni discrezionali, contenuti in un atto normativo adottato dall’istituzione delegante per disciplinare e circoscrivere l’esercizio di un potere delegato<sup>41</sup>.

In definitiva, gli spazi per un effettivo controllo giurisdizionale relativo ad una misura legislativa bancaria, che disciplini in via generale e astratta il funzionamento del mercato bancario UE, appaiono limitati. Tuttavia, gli obblighi di proporzionalità sopra menzionati, di natura procedurale e/o sostanziale, sono comunque importanti anche sul piano politico per giungere ad una cultura legislativa in cui l’intervento normativo sia normalmente realizzato sulla base di un’attenta considerazione delle sue implicazioni nel e sul sistema<sup>42</sup>. Ciò a vantaggio non solo di una migliore efficacia ed efficienza, ma anche di una maggiore legittimità democratica (anche in chiave di *accountability*) e tutela di diritti e interessi individuali.

**4.** La modulazione del bilanciamento proporzionale avviene anche agendo sull’ampiezza dell’ambito applicativo del principio. Così come esso non viene applicato sempre con la medesima intensità, anche il suo ambito applicativo varia. Si possono fare a questo proposito due esempi.

Per quanto riguarda il primo, da un lato, in base ai Trattati UE l’azione dell’Unione è sempre soggetta agli imperativi della proporzionalità, sia nella disciplina pubblicistica, sia in quella privatistica. In questi ambiti anche per questo si può parlare di principio generale del diritto UE. Dall’altro lato, però non sembra che sia possibile ad oggi ravvisare un principio generale di proporzionalità nei rapporti tra privati che ricadono nell’ambito dell’ordinamento giuridico UE. Si fa applicazione da parte del legislatore e del giudice UE del principio di proporzionalità nel quadro di singole norme UE<sup>43</sup>, al di fuori delle quali però esso non può essere imposto nella disciplina dei rapporti giuridici tra privati; e quindi non assurge a principio generale del diritto privato UE<sup>44</sup>. Tanto la previsione del principio di proporzionalità nel diritto privato UE quanto la sua esclusione come principio generale, riflettono la medesima logica di

<sup>39</sup> Ad es., sentenza *Vodafone*, punto 58; sentenza *Gauweiler e a.* punto 78.

<sup>40</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 12 maggio 2011, causa C-176/09, *Lussemburgo c. Parlamento e Consiglio*, punto 63.

<sup>41</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 2005, cause riunite C-154 e 155/04, *Alliance for Natural Health e a.*, punti 90 e 92, in cui tra l’altro la Corte ritiene che nel caso concreto la previsione di un potere decisionale discrezionale avrebbe costituito di per sé un ostacolo eccessivo alla libertà di circolazione, per l’incertezza che avrebbe comportato in merito alle condizioni commerciali da osservare.

<sup>42</sup> D. CHALMERS *et al.* (eds.), *op. cit.*, p. 402.

<sup>43</sup> V. ad es. l’art. 35 del regolamento 2016/679.

<sup>44</sup> O. REMIEN, *Principle of Proportionality*, in J. BASEDOW *et al.* (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, II, Oxford, 2012, p. 1321 ss.

bilanciamento: in linea generale si preferisce che l'equilibrio nei rapporti privatistici sia realizzato mediante l'esercizio dell'autonomia privata, a meno che si ritenga che il "giusto" equilibrio debba essere imposto con l'intervento dell'ordinamento esigendo che tali rapporti siano modellati in conformità agli obblighi di proporzionalità.

Per quanto riguarda il secondo esempio, in base al contesto normativo in cui il principio generale di proporzionalità deve essere osservato, può essere di varia estensione il novero di misure alternative a cui l'istituzione competente deve applicare la valutazione di proporzionalità, per scegliere quella idonea, necessaria e proporzionale in senso stretto. È il caso della Commissione, come autorità garante della concorrenza. Essa, in base al regolamento (CE) n. 1/2003<sup>45</sup>, può controllare e eventualmente accettare gli impegni proposti dalle imprese interessate al fine di evitare l'avvio dell'*iter* per la constatazione formale di un'infrazione. La Corte ha precisato che, nell'applicazione di tali disposizioni, la portata dell'obbligo che discende dal principio di proporzionalità è diversa a seconda che si applichi l'art. 7 o l'art. 9 del regolamento. In base all'art. 9, a differenza di quanto invece prescrive l'art. 7, la Commissione non ha il dovere di cercare essa stessa misure proporzionate, cioè idonee e le meno onerose possibili per le imprese per rispondere alle preoccupazioni sulla concorrenza. La Commissione deve, più limitatamente, valutare la proporzionalità degli impegni proposti dalle imprese<sup>46</sup>.

5. Vi è infine la dimensione temporale. Come già evidenziato in dottrina, l'equilibrio è uno stato relativo. Il bilanciamento tra interessi cambia con il tempo e ciò che era considerato in passato come il miglior bilanciamento di interessi possibile può in seguito non essere più valutato tale<sup>47</sup>. Con il tempo, infatti, possono cambiare i fattori in gioco, che vanno a modificare le componenti sistemiche da bilanciare (si pensi alle conseguenze economiche, normative e istituzionali di una crisi bancaria, oppure alle dinamiche commerciali innescate da innovazioni tecnologiche e finanziarie), e/o possono cambiare le teorie economiche o politiche o possono aumentare l'esperienza e la consapevolezza circa il "giusto" equilibrio da realizzare.

6. Il legislatore UE, tanto nel disciplinare gli operatori e le attività bancarie, mediante normative sostanziali di armonizzazione dei diritti nazionali, quanto nell'attribuire poteri di regolazione e di vigilanza bancaria in capo ad altre istituzioni UE (come la BCE nel quadro del SSM) o ad agenzie UE (come l'EBA), deve tener conto del principio di proporzionalità, così da ridurre al minimo indispensabile i costi e gli effetti collaterali negativi provocati dalle misure UE.

Il primo "costo" che il legislatore UE deve minimizzare è la riduzione degli spazi normativi autonomi lasciati a disposizione dei singoli Stati membri in materia bancaria. In base al principio di proporzionalità, a parità di efficacia, il legislatore UE ha l'obbligo di intervenire nel settore bancario mediante misure che per forma e per contenuto riducano il meno possibile gli spazi normativi sottratti all'esercizio

---

<sup>45</sup> Regolamento del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato.

<sup>46</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 29 giugno 2010, causa C-441/07 P, *Commissione c. Alrosa Co. Ltd.*, punti 40-41 e 61, e le relative conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 17 settembre 2009, punti 52-56.

<sup>47</sup> C. ZILIOI, *Proportionality as the Organising Principle of European Banking Regulation*, 9 luglio 2019, papers.ssrn.com, pp. 11 e 14.

della competenza concorrente degli Stati membri<sup>48</sup>. Ciò significa che a parità di efficacia il legislatore deve optare, ad esempio, per un atto di *soft law*, al posto di un atto normativo vincolante; per lo strumento della direttiva rispetto a quello del regolamento; e per un'armonizzazione minima e non esaustiva rispetto a quella invece massima e completa. Il legislatore ha a disposizione altre modalità per articolare l'intervento legislativo in materia bancaria, ad es. le opzioni e le facoltà discrezionali nazionali previste in normative UE di armonizzazione, così da poter ridurre le limitazioni ai diritti nazionali bancari al minimo necessario.

Le quattro dimensioni – lunghezza, profondità, larghezza e tempo – della valutazione di proporzionalità vengono in rilievo nell'affrontare l'analisi della legislazione bancaria UE alla luce dell'obbligo costituzionale di cui all'art. 5, par. 4, TUE.

Il legislatore deve valutare quanto e come salvaguardare gli spazi normativi nazionali nel realizzare l'obiettivo di un mercato bancario europeo che sia stabile e ben funzionante. In questa valutazione è determinante in primo luogo il fattore temporale, come dimostra il fatto che la crisi bancaria del 2008 e quella connessa dell'euro del 2011 abbiano modificato ciò che è considerato proporzionato e cioè efficace, necessario e proporzionato in senso stretto, al fine di realizzare gli obiettivi suddetti.

Nella riforma della legislazione UE in materia bancaria successiva alle crisi, infatti, a differenza che in passato, si considera necessario intervenire, non solo con la direttiva, ma anche mediante lo strumento legislativo del regolamento. Ecco che la direttiva 2013/36 (CRD IV) è affiancata dal regolamento (UE) n. 575/2013 (CRR), considerato strumento indispensabile per introdurre una normativa uniforme direttamente applicabile in tutti gli Stati membri, così da prevenire le diversità normative a livello nazionale, che invece lo strumento della direttiva consentirebbe<sup>49</sup>. Evitare tale diversità è a sua volta necessario per realizzare gli obiettivi del legislatore UE, come evitare l'arbitraggio regolamentare, assicurare la parità concorrenziale tra gli operatori, aumentare la certezza giuridica nel mercato europeo, ridurre la complessità della regolamentazione e i costi di *compliance* per le imprese e attività transfrontaliere e di conseguenza rafforzare il mercato bancario interno<sup>50</sup>. Nelle intenzioni della Commissione, inoltre, la scelta di adottare un regolamento, per effetto del quale gli enti sarebbero soggetti alle stesse norme su tutti i mercati dell'UE, rafforza in tutta l'Unione la fiducia nella stabilità degli enti. In più, il regolamento permette all'UE di attuare più rapidamente eventuali futuri cambiamenti, poiché qualsiasi modifica è applicabile quasi immediatamente dopo la sua adozione, consentendo all'Unione di rispettare scadenze di attuazione concordate a livello internazionale e di stare al passo con i principali sviluppi di mercato<sup>51</sup>.

Oltre che mediante una normativa UE direttamente applicabile, la realizzazione degli stessi obiettivi richiede l'armonizzazione massima, condizione necessaria per dotare il mercato bancario UE di un vero e proprio *corpus* unico di norme (*single*

<sup>48</sup> In una competenza concorrente come quella relativa al miglioramento delle condizioni di instaurazione e di funzionamento del mercato bancario interno, in base al principio di sussidiarietà (art. 5, par. 3, TUE), invece, l'intervento del legislatore UE presuppone che lo stesso obiettivo non possa essere realizzato in modo soddisfacente mediante un'azione intrapresa dai soli Stati membri, come nel caso di una evoluzione eterogenea delle normative e delle vigilanze bancarie nazionali. V., ad es., la sentenza *Inuit Tapiriit Kanatami e a.*, punto 85.

<sup>49</sup> *Ivi*, punti 100-102.

<sup>50</sup> Regolamento 575/2013, 12° 'considerando'.

<sup>51</sup> Proposta di regolamento del 20 luglio 2011, COM(2011)452 def., p. 9.

*rulebook*)<sup>52</sup>. Senza un tale grado di uniformità, l'imposizione inadeguata e non coordinata di norme più rigorose dei singoli Stati membri potrebbe comportare, nelle valutazioni del Commissione, uno spostamento delle esposizioni e dei rischi sottostanti verso il settore bancario "ombra" o verso un altro Stato membro dell'UE. Inoltre, non è chiaro quale potrebbe essere l'impatto, in termini di costi e di crescita, di requisiti di fondi propri più elevati in uno o più Stati membri, quale risultato di una "corsa al rialzo" in tutta l'UE<sup>53</sup>.

Allo stesso tempo, in deroga all'approccio generale di armonizzazione massima, la medesima legislazione UE prevede una serie di opzioni e facoltà discrezionali nazionali, che permettono alle autorità competenti (nazionali o, nel quadro del SSM, la BCE) di meglio calibrare i requisiti bancari alle specificità locali, temporali e individuali. Ciò permette alla normativa di essere più efficace, in conformità allo stesso principio di proporzionalità e in particolare al requisito di idoneità. Per esempio, per quanto riguarda la situazione particolare dei mercati dei beni immobili, che presentano sviluppi economici e differenze giurisdizionali specifici a livello nazionale, regionale e locale, è ritenuto opportuno che le autorità competenti possano stabilire fattori di ponderazione del rischio più elevati o applicare criteri più severi alle esposizioni garantite da ipoteche sui beni immobili in determinate aree, stabiliti in base ai *default* desunti dalla propria esperienza e agli sviluppi previsti del mercato<sup>54</sup>. In altri casi, l'opzione e la facoltà, quando permettono alle autorità di esentare certe categorie di intermediari dall'osservanza di determinati requisiti generali, rispondono alla condizione di necessità, alleggerendo le imprese di un peso regolatorio considerato non indispensabile per la gestione del rischio e quindi non giustificabile nel contesto in questione ai fini della stabilità finanziaria<sup>55</sup>.

7. La legislazione bancaria UE può produrre ulteriori costi. Essa può avere l'effetto di limitare le competenze attribuite in linea generale a determinate istituzioni UE o agli Stati membri, conferendo in materia bancaria a soggetti terzi l'esercizio almeno parziale delle stesse. Per esempio, l'istituzione dell'EBA incide sull'equilibrio istituzionale, "invadendo" in qualche modo le competenze della Commissione e in parte anche quelle delle singole autorità nazionali, che perdono capacità decisionale autonoma in materia bancaria. Allo stesso modo, il conferimento alla BCE di compiti di vigilanza in materia prudenziale sottrae agli Stati membri alcuni poteri di applicazione del diritto UE.

Inoltre, i costi derivanti da decisioni legislative, come l'istituzione di un'agenzia UE in materia bancaria e il conferimento di nuovi poteri alla BCE, sono anche di natura finanziaria e amministrativa, che l'UE deve sostenere. In base al principio di proporzionalità, tali costi devono essere proporzionati ai benefici che queste riforme consentono di realizzare.

La valutazione di proporzionalità riguarda tanto il contenuto quanto la forma dell'azione UE. Ciò significa che deve essere valutata come proporzionata sia la scelta da parte del legislatore di istituire un'agenzia UE per la regolazione bancaria

---

<sup>52</sup> *Ivi*, p. 11.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> Regolamento 575/2013, 12° 'considerando' e art. 124, par. 2.

<sup>55</sup> V., ad es., l'esenzione di cui all'art. 129 della direttiva 2013/36.

UE come l'EBA, o di conferire compiti di vigilanza prudenziale alle BCE, sia la scelta degli specifici poteri attribuiti all'agenzia e alla BCE.

Il rispetto del principio di proporzionalità esige, come detto, che il legislatore UE possa intervenire al posto degli Stati membri solo nella misura necessaria, quindi sottraendo loro la capacità di agire solo nella misura minima indispensabile per realizzare gli obiettivi perseguiti dall'UE.

Per quanto riguarda il conferimento alla BCE di certi compiti di vigilanza prudenziali (al posto delle autorità nazionali), in seguito alle crisi bancarie e dell'euro e a fronte di mercati ed intermediari sempre più complessi e interconnessi, si è ritenuto necessario aumentare l'integrazione delle competenze di vigilanza. Nella zona euro, in particolare, è stato previsto un sistema di vigilanza, il Meccanismo di vigilanza unico (o SSM) articolato in un'istituzione UE (la BCE) e in autorità nazionali competenti (ANC), che si snoda in vario modo a seconda delle esigenze di controllo. L'articolazione primaria dei compiti è basata sulla distinzione tra enti "più significativi" ed enti "meno significativi", sottoposti in gran parte al controllo diretto rispettivamente della BCE e delle autorità nazionali. La logica di fondo di tale ripartizione – in base al principio di proporzionalità, traducibile in termini di idoneità e necessità – è l'esigenza che le banche più complesse e più importanti sul piano del rischio di instabilità finanziaria siano soggette ad un controllo diretto a livello UE da parte della BCE in quanto "dotata di ampie competenze in materia macroeconomica e di stabilità finanziaria"<sup>56</sup>. Come sostenuto da un membro del Consiglio di vigilanza del SSM: "This split of roles and responsibilities between the ECB and the NCAs allows the same supervisory objectives to be pursued efficiently in both large and small banks. That efficiency is one of the key elements of proportionate supervision"<sup>57</sup>.

Poiché le banche più significative tendono a operare in più Stati membri e sono una fonte più probabile di rischi transfrontalieri, la BCE è nelle migliori condizioni possibili per analizzare e mitigare in modo efficiente tali rischi<sup>58</sup>. Per le medesime ragioni e per garantire il funzionamento efficace e coerente del Meccanismo, il controllo sulle banche "meno significative", lasciato alle autorità nazionali, rimane comunque sotto la supervisione e la responsabilità della stessa BCE<sup>59</sup>. Tale controllo è lasciato alle autorità nazionali in quanto non è considerato opportuno né necessario che tutte le banche siano vigilate direttamente a livello UE; anzi, in considerazione del fatto che tali banche tendono a concentrare la loro operatività nello Stato membro di origine, grazie all'*expertise* locale e alla prossimità geografica le autorità nazionali sono particolarmente utili nell'assicurare una loro vigilanza efficiente<sup>60</sup>.

I giudici UE hanno riconosciuto la proporzionalità della suddetta allocazione dei compiti. In particolare, hanno considerato come idoneo e necessario lo svolgimento da parte della BCE di compiti specifici in materia prudenziale al fine di tutelare la stabilità del sistema finanziario dell'UE, in quanto la BCE costituisce la banca centrale della zona euro ed è dotata di ampie competenze in materia macroeconomica e di stabilità finanziaria<sup>61</sup>. L'equilibrio imposto dal principio di proporzionalità tra

<sup>56</sup> Regolamento SSM, 13° 'considerando'.

<sup>57</sup> P. HAKKARAINEN, *Proportionality in Banking Supervision*, 9 maggio 2019, reperibile *online*, p. 2.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> Art. 6, regolamento SSM.

<sup>60</sup> P. HAKKARAINEN, *op. cit.*, p. 2.

<sup>61</sup> Sentenza *Landeskreditbank*, punto 78, e sentenza della Corte di giustizia dell'8 maggio 2019, causa C-450/17 P, *Landeskreditbank Baden-Württemberg-Förderbank*, punto 58.

l'efficacia e la necessità di intervenire a livello UE, da un lato, e la tutela dei poteri nazionali, dall'altro lato, è stato realizzato dal legislatore UE attribuendo alla BCE solo i compiti indispensabili e non escludendo gli Stati membri dallo svolgimento dei compiti attribuiti alla BCE, prevedendo invece che la maggior parte dei compiti di cui all'art. 4, par. 1, regolamento SSM siano attuati su base decentrata. I giudici UE parlano espressamente di "equilibrio" raggiunto dal legislatore nel regolamento SSM nel calibrare la distribuzione dei compiti prudenziali tra il livello UE e il livello nazionale, in modo che si sia in grado di realizzare al meglio gli obiettivi perseguiti<sup>62</sup>. La struttura composita del SSM, in cui collaborano in vario modo la BCE e le autorità nazionali competenti, permette al legislatore di conciliare il ruolo degli Stati membri nell'attuazione del diritto UE con la realizzazione degli obiettivi UE in materia bancaria, in termini in particolare, come detto, di stabilità del sistema finanziario UE<sup>63</sup>.

Per quanto riguarda l'istituzione dell'EBA e il conferimento ad essa di compiti in materia bancaria, il principio di proporzionalità impone che ciò sia idoneo, necessario e proporzionato in senso stretto in relazione agli obiettivi perseguiti dal legislatore, ossia la realizzazione di un mercato interno dei servizi bancari e la stabilità del sistema finanziario UE. Ai fini della presente analisi, le principali questioni che derivano dai test di proporzionalità sono: l'EBA, munita dei suoi poteri, è in grado di facilitare l'armonizzazione dei diritti bancari nazionali in modo da salvaguardare l'integrazione e la stabilità del mercato bancario interno? Perché è necessario istituire un'agenzia UE per lo svolgimento dei compiti che sono stati affidati all'EBA? Non è possibile un'organizzazione dei poteri di armonizzazione che abbia una minore incidenza sull'assetto dei poteri UE e nazionali?

Prima di approfondire nella sostanza le suddette questioni, occorre ribadire che per soddisfare le condizioni di legittimità imposte dal principio di proporzionalità, il legislatore non ha bisogno di dimostrare in modo assoluto l'idoneità e la stretta necessità dell'EBA. In base alla già citata giurisprudenza UE, infatti, in contesti come quello che qui rileva – in cui le decisioni del legislatore implicano "procedere a scelte di natura tecnica [ed] effettuare previsioni e valutazioni complesse"<sup>64</sup> – è sufficiente che l'EBA e i suoi poteri non siano considerabili, al momento dell'adozione della relativa misura legislativa, come manifestamente sproporzionati, ossia chiaramente non idonei e non necessari. In tal modo, vista la complessità delle questioni da affrontare, si riconosce al legislatore un'ampia discrezionalità e cioè un buon margine di autonomia decisionale nello stabilire dove fissare il punto di equilibrio.

Ritornando alle singole questioni da affrontare nel valutare la proporzionalità delle misure legislative che istituiscono l'EBA e le attribuiscono determinati poteri, esse sono funzionali a trovare vari punti di equilibrio sistemico. Quelli che rilevano in questo paragrafo sono in particolare due e riguardano l'equilibrio tra l'UE e gli Stati membri e i rapporti tra la Commissione e l'EBA. Le funzioni dell'EBA, infatti, restringono, *de jure* o *de facto*, la libertà d'azione tanto delle singole autorità nazionali, quanto della Commissione, in particolare per quel che attiene l'attuazione della normativa legislativa bancaria UE. Tale restrizione rappresenta in tal modo un costo (in termini di libertà d'azione) imposto agli Stati membri e alla Commissione, che per essere legittimo deve essere giustificato in quanto proporzionato, ossia idoneo a

---

<sup>62</sup> Sentenza *Landeskreditbank*, punto 75.

<sup>63</sup> *Ivi*, punto 77, e sentenza *Landeskreditbank Baden-Württemberg-Förderbank*, punto 58.

<sup>64</sup> Sentenza *Gauweiler e a.*, punto 68; sentenza *Weiss e a.*, punto 73.

raggiungere il giusto punto di equilibrio tra gli interessi in gioco in tale contesto (e per “giusto” è da intendersi, come visto, quello non manifestatamente sproporzionato).

Per effetto dei compiti delegati all'EBA, i singoli Stati membri vedono ristretti i margini di autonomia che hanno a disposizione per attuare e applicare la legislazione UE, giacché le pertinenti decisioni sono ormai in gran parte prese in seno all'agenzia UE. Questa, in più, monitora la corretta (cioè, *in primis*, l'uniforme) applicazione della normativa UE da parte delle autorità nazionali e, in caso negativo, ha a disposizione strumenti per indurre direttamente o indirettamente tali autorità a conformarsi al dettato normativo UE; tali strumenti includono, come ultima *ratio*, la possibilità di intervenire direttamente sui singoli enti regolati<sup>65</sup>.

Sotto il profilo della idoneità, non c'è dubbio che l'organizzazione e i poteri dell'EBA sono sufficientemente appropriati per poter considerare tale agenzia in grado di contribuire all'armonizzazione dei diritti nazionali. L'EBA è un organismo in una certa misura di *self-regulation*, in quanto composto prevalentemente di rappresentanti delle stesse autorità nazionali di vigilanza che sono deputate all'attuazione e all'applicazione della normativa bancaria a livello nazionale. Ciò dovrebbe facilitare l'osservanza nazionale (uniforme) della normativa UE. Inoltre, a dimostrazione dell'alta capacità di contribuire all'armonizzazione che l'EBA dispone, basti dire che, con l'obiettivo di assicurare l'uniformità della disciplina bancaria nell'Unione<sup>66</sup>, essa è coinvolta in tutte le fasi regolatorie in cui la disciplina giuridica UE del sistema bancario si articola: ossia la fase internazionale di *standard-setting*, quella legislativa, quella quasi-legislativa e amministrativa, quella tecnica e, infine, quella di controllo ed *enforcement*.

Sotto il profilo invece della necessità di introdurre l'EBA nella *governance* del mercato bancario interno, il legislatore UE fa leva principalmente sul fallimento del modello precedente, che si affidava alle singole autorità nazionali per l'attuazione e l'applicazione della legislazione UE. Come spiegato chiaramente nel 1° ‘considerando’ del regolamento EBA, la necessità di istituire l'EBA (nel quadro più ampio del SEVIF) deriva dall'incapacità dei modelli di vigilanza nazionali di riuscire a stare al passo con la globalizzazione finanziaria e la realtà integrata e interconnessa dei mercati finanziari europei, nei quali numerosi istituti finanziari operano a livello transnazionale. Senza un livello di *governance* più accentrato come quello costituito dall'EBA si rischia di trovarsi di nuovo in un contesto istituzionale caratterizzato da gravi lacune di cooperazione, coordinamento e applicazione uniforme del diritto UE e fiducia tra le autorità nazionali di vigilanza.

La conformità dell'istituzione dell'EBA alla condizione di necessità discendente dal principio di proporzionalità è ulteriormente rafforzata dal carattere graduale di tale riforma. L'EBA prende il posto del, sostanzialmente inefficace, Comitato europeo di autorità bancarie nazionali (CEBS), istituito a metà degli anni 2000 proprio per rafforzare la collaborazione tra le autorità bancarie nazionali e l'uniformità della disciplina bancaria nell'Unione. La crisi finanziaria del 2007-2008 ha fatto emergere la necessità di fare un passo ulteriore verso l'accentramento, vincolando maggiormente le singole autorità nazionali a livello UE. Tuttavia, il legislatore ha mantenuto il tipico approccio per gradi che caratterizza le riforme istituzionali in tale

<sup>65</sup> Art. 17, par. 6, regolamento EBA.

<sup>66</sup> V. ad es. l'art. 16, par. 1, regolamento EBA, in cui l'uniformità costituisce il criterio di attribuzione e condizione necessaria per l'esercizio dei poteri dell'EBA.

settore, prevedendo che il nuovo accentramento a livello UE costituito dall'EBA veda ancora prevalente il ruolo delle autorità nazionali nei suoi organi decisionali. Si è in tal modo deciso di bilanciare l'esigenza di rafforzare la prospettiva UE con la salvaguardia delle capacità decisionali nazionali, da esercitare non più individualmente ma collettivamente. Tale dimensione di *self-regulation* attribuita al processo decisionale UE in seno all'EBA, come già evidenziato sopra, è anche collegata ad esigenze di efficacia e di osservanza delle decisioni adottate. In definitiva, il gradualismo di tale riforma assicura contro possibili obiezioni circa la mancata adozione di una misura meno restrittiva degli spazi decisionali degli Stati membri.

Come detto, il secondo equilibrio che viene in rilievo è quello dei rapporti tra la Commissione e l'EBA. Quest'ultima infatti *invade* non solo gli spazi decisionali dei singoli Stati membri, ma anche quelli della Commissione, limitandone in qualche misura l'autonomia decisionale. Paradigmatici sono in questo senso i poteri dell'EBA, di cui agli articoli 10 ss. e 15 ss. regolamento EBA, di elaborare "progetti" di norme per sottoporli all'approvazione della Commissione. A prima vista, il compito dell'EBA potrebbe apparire solo propositivo. In realtà, il suo ruolo effettivo nel processo normativo è centrale. I progetti di norme da essa elaborati, pur formalmente non vincolanti, sono comunque idonei a produrre effetti giuridici e pratici. Questi ultimi sono tali da rendere tali progetti quasi-vincolanti, nel senso che, per una combinazione di fattori giuridici e fattuali, lo spazio di autonomia decisionale della Commissione è limitato, sia sul piano procedurale che nel merito. In pratica, infatti, il più delle volte la Commissione si limita ad attribuire una veste formale di *hard law* alle regole di *soft law* elaborate dall'Autorità competente, senza modificare cioè il contenuto di quest'ultime, ma limitandosi a farle proprie così da trasformarle in vere e proprie norme giuridiche, vincolanti i destinatari.

Quindi, così come in relazione alle competenze nazionali, anche nei rapporti con la Commissione, l'istituzione e i poteri dell'EBA devono essere giustificati in base al principio di proporzionalità, in particolare dimostrando la necessità di affiancare alla Commissione un'agenzia UE con compiti di *rule making* e di vigilanza sull'osservanza del diritto UE. La giustificazione è sostanzialmente che l'EBA, grazie soprattutto alla sua composizione fatta di autorità di vigilanza bancarie nazionali, in materia di regolazione bancaria supera la Commissione in termini di esperienza, conoscenza, *expertise* e risorse. Per garantire l'efficacia e la coerenza delle politiche e delle normative europee in particolari settori, come quello bancario e finanziario, da tempo la stessa Commissione sostiene l'opportunità di avvalersi di agenzie decentrate come l'EBA, dando così la possibilità alla Commissione di concentrarsi sulle sue "missioni centrali"<sup>67</sup>. Quindi, in particolare in un settore così complesso e quindi impegnativo per il regolatore, come quello dei mercati finanziari, la Commissione non può che affidarsi, a livello UE, al lavoro di apposite agenzie, come avviene generalmente a livello nazionale in cui si prevedono autorità indipendenti di vigilanza bancaria *ad hoc*.

Tutto ciò è ribadito nello stesso regolamento EBA. Il legislatore UE mette a confronto l'EBA e la Commissione, evidenziando che la prima possiede maggiori capacità regolatorie rispetto all'istituzione UE. È l'EBA, così come le altre ESA e non la Commissione, ad essere a stretto contatto con, e a conoscere meglio, il

---

<sup>67</sup> Comunicazione della Commissione, dell'11 dicembre 2002, Inquadramento delle agenzie europee di regolazione, COM(2002)718 def.

funzionamento quotidiano dei mercati finanziari<sup>68</sup>. L'EBA supera la Commissione per "competenze tecniche (...) nei settori di elaborazione delle norme tecniche di regolamentazione"<sup>69</sup>. È espressamente alla luce di tali competenze superiori dell'EBA, che il legislatore UE ritiene che i progetti elaborati dalle EBA "dovrebbero essere modificati soltanto in circostanze molto limitate e straordinarie"<sup>70</sup>. Il legislatore inoltre prende "atto dell'intenzione dichiarata della Commissione di basarsi, come regola generale, sui progetti di norme" presentati dall'EBA<sup>71</sup>.

Se questa è la regola generale sancita dal legislatore e, in qualche modo, dalla stessa Commissione, vi sono eccezioni in cui essa può deviare dai progetti proposti dall'EBA. La disciplina di tali eccezioni è rilevante alla nostra analisi. Nel 23° 'considerando' regolamento EBA si legge che: "I progetti di norme tecniche di regolamentazione sarebbero soggetti a modifica qualora si rivelassero incompatibili con il diritto dell'Unione, non rispettassero il principio di proporzionalità o violassero i principi fondamentali del mercato interno dei servizi finanziari sanciti nell'*acquis* dell'Unione in materia di servizi finanziari"<sup>72</sup>. In base a tale 'considerando' la Commissione avrebbe quasi una funzione para-giurisdizionale, potendo modificare la proposta dell'EBA per ragioni di legalità formale. Tuttavia, l'esercizio di ponderazione implicito nella valutazione di proporzionalità può sottendere considerazioni di merito, in particolare quando si tratta di stabilire il *giusto* punto di equilibrio tra interessi legittimi in conflitto. Dal riferimento specifico al principio di proporzionalità si potrebbe forse ricavare che, mediante tale riferimento, il legislatore affida alla Commissione il potere di effettuare una valutazione più ampia degli interessi che vengono in gioco relativamente ad una certa misura che l'EBA intende adottare, non limitati a quelli di natura tecnico-bancaria.

Quanto detto da ultimo sembra trovare conferma all'art. 10 regolamento EBA, in cui il legislatore – per certi versi contraddicendo quanto previsto al 23° 'considerando' – attribuisce alla Commissione una più ampia autonomia decisionale, di natura più propriamente politica: "La Commissione può approvare i progetti di norme tecniche di regolamentazione solo in parte o con modifiche, se necessario per tutelare gli interessi dell'Unione". Sembra così emergere più chiaramente una contrapposizione tra le competenze decisionali dell'EBA, di natura più propriamente tecniche, e quelle della Commissione, che risultano così più politiche, ossia idonee ad implicare la scelta tra, e la ponderazione di, una varietà di interessi. La Commissione può decidere di deviare dalla posizione dell'EBA prendendo in considerazione anche altri interessi pubblici dell'UE oltre a quelli strettamente connessi ai mercati finanziari (tra i quali la stabilità, trasparenza e tutela degli investitori), ad es. quelli relativi al mantenimento della parità concorrenziale tra gli attori economici. Si prevede, quindi, l'intervento della Commissione per realizzare un equilibrio sistemico più ampio rispetto a quello che potrebbe assicurare l'EBA.

**8.** La ripartizione dei compiti tra la BCE e le autorità nazionali competenti (ANC) è prestabilita in buona parte dal legislatore nel regolamento SSM. Tale ripartizione, e quindi la struttura del SSM, devono essere conformi al principio di

<sup>68</sup> 23° 'considerando', regolamento EBA.

<sup>69</sup> 24° 'considerando', regolamento EBA.

<sup>70</sup> 23° 'considerando', regolamento EBA.

<sup>71</sup> 24° 'considerando', regolamento EBA.

<sup>72</sup> 23° 'considerando', regolamento EBA.

proporzionalità, nel senso che l'attribuzione e la disciplina legislativa dei poteri della BCE e delle ANC deve essere congegnata in modo da essere idonea, necessaria e proporzionale in senso stretto in relazione agli obiettivi perseguiti<sup>73</sup>. Ove la stessa legislazione bancaria UE attribuisca margini di discrezionalità attuativa e/o interpretativa nella sua applicazione, nei limiti degli stessi margini il principio di proporzionalità si applica anche alla BCE, in quanto soggetto deputato all'attuazione e all'applicazione della normativa legislativa.

In particolare, nell'ambito della generale attribuzione e disciplina dei poteri di vigilanza, la legislazione UE in esame prevede delle clausole di elasticità, per effetto delle quali in determinate circostanze e in difformità alla ripartizione generale, i compiti della vigilanza che normalmente dovrebbero essere eserciti dalla ANC, possono essere invece assunti dalla BCE, o viceversa<sup>74</sup>. Tali clausole di elasticità sono espressione del principio di proporzionalità applicato dal legislatore e allo stesso tempo devono essere interpretate e applicate dalla BCE in conformità al medesimo principio. In entrambe le dimensioni (quella legislativa e quella amministrativa e attuativa) la proporzionalità impone la ricerca dell'equilibrio, in termini di adeguatezza, necessità e proporzionalità in senso stretto. Il legislatore prevede tali clausole per poter permettere un certo aggiustamento nell'assetto della vigilanza così da renderlo più equilibrato (rispetto a quello operativo di *default*) a fronte di certe circostanze particolari. Inoltre, tali clausole devono essere interpretate ed applicate in modo da salvaguardare l'equilibrio della vigilanza non solo in relazione a tali particolari circostanze, ma anche in rapporto all'assetto della vigilanza predisposto in via generale dal legislatore, nel senso che la ripartizione della vigilanza in circostanze speciali non può minare l'intera architettura istituzionale stabilita dal legislatore (equilibrio contestuale).

Le clausole di elasticità previste dal regolamento SSM sono contenute nell'art. 6, par. 4, commi 2 e 5, e par. 5, lett. b), e in parte specificate all'art. 70 regolamento quadro. Tali clausole permettono di derogare alla ripartizione ordinaria dei compiti di vigilanza bancaria, ossia di classificare come non significativo un soggetto altrimenti significativo (art. 6, par. 4, commi 2 e 5), o viceversa (art. 6, par. 5, lett. b).

Un ente deve essere considerato meno significativo, sebbene soddisfi una delle condizioni previste dal legislatore per essere significativo, "se giustificato da particolari circostanze da specificare nella metodologia" (art. 6, par. 4, co. 2). In particolare, la regola per cui la BCE vigila direttamente i tre enti creditizi più significativi in ciascuno Stato membro partecipante – sebbene questi non soddisfino di per sé i requisiti di significatività – non si applica se vi sono "circostanze particolari" (art. 6, par. 4, co. 5). La BCE, nel regolamento quadro, ha ulteriormente specificato che le circostanze particolari di cui ai suddetti commi 2 e 5 significano "circostanze specifiche e fattuali che rendono inappropriata la classificazione di un soggetto come significativo, tenuto conto degli obiettivi e dei principi del regolamento SSM e, in particolare, della necessità di garantire l'applicazione coerente di standard di vigilanza elevati"<sup>75</sup>.

Inoltre, e in senso inverso, allorché necessario per garantire l'applicazione coerente di standard di vigilanza elevati, la BCE può decidere in qualsiasi momento di propria iniziativa di esercitare direttamente i poteri di vigilanza per uno o più enti creditizi, sebbene siano meno significativi in base ai criteri generali (art. 6, par. 5,

---

<sup>73</sup> 87° 'considerando', regolamento SSM.

<sup>74</sup> Art. 6 regolamento SSM e art. 70 regolamento quadro.

<sup>75</sup> Art. 70, par. 1, regolamento quadro.

lett. b). In tale ipotesi la BCE classificherebbe come significativo un ente altrimenti meno significativo.

Ai sensi dell'art. 5, par. 4, TUE, l'interpretazione e l'applicazione di tali clausole – e quindi la decisione della BCE – deve avvenire sulla base del principio di proporzionalità. Alla luce della giurisprudenza, occorre ribadire che l'applicazione del principio di proporzionalità da parte della BCE deve avvenire nei limiti della discrezionalità riconosciuta a tale istituzione. Ciò significa che la valutazione della proporzionalità di una misura non può essere determinata in astratto e in termini assoluti, slegata dal contesto normativo in cui l'istituzione agisce. Essa deve essere invece effettuata in rapporto ai limiti che tale contesto impone – o, all'opposto, ai margini di libertà che esso permette – al processo interpretativo-attuativo della BCE. Nella sentenza *Landeskreditbank* la Corte ha avuto modo di ribadire quanto appena ricordato a proposito proprio della vigilanza bancaria della BCE.

Ciò implica che, in base alle clausole di elasticità, in relazione ad ogni singola banca la BCE non deve né può applicare il principio di proporzionalità in modo tale da mettere ogni volta in discussione interamente la valutazione che sottende la ripartizione della vigilanza stabilita dal legislatore. La BCE non può sostituire in toto, ma solo in parte, la valutazione (di proporzionalità) del legislatore con la propria.

Il legislatore ha stabilito che trasferire alla BCE la vigilanza diretta sugli enti considerabili come significativi sulla base dei criteri fissati nel regolamento SSM, è un'azione idonea, necessaria e proporzionata in senso stretto. La discrezionalità della BCE nell'applicazione delle clausole di elasticità non le permette di valutare se per ogni singola banca l'esercizio della vigilanza da parte direttamente della BCE sia effettivamente idoneo, necessario e proporzionato *stricto sensu*<sup>76</sup>. In particolare, per ri-qualificare un ente creditizio (da significativo a meno significativo), non basta stabilire che nei suoi confronti la vigilanza della BCE non è necessaria in quanto la vigilanza dell'autorità nazionale competente è altrettanto efficace. Vi può essere la ri-qualificazione operata dalla BCE solo in casi più limitati, ossia solo se la vigilanza della BCE risulta non idonea, o meno idonea (paragonata alla vigilanza nazionale), a realizzare gli obiettivi del regolamento SSM<sup>77</sup>. Che la discrezionalità della BCE sia così limitata è supportato da un'interpretazione sistematica e letterale delle norme rilevanti. Una discrezionalità illimitata della BCE priverebbe di utilità la ripartizione dei compiti effettuata dal legislatore. Inoltre, l'art. 70, par. 1, utilizza testualmente il criterio dell'appropriatezza della qualificazione e non quello della necessità, nel senso che la classificazione di un ente come significativo deve risultare inadeguata (non meramente non necessaria) a raggiungere gli scopi del regolamento. In più, lo stesso articolo, al par. 2, impone che la condizione per la ri-qualificazione, costituita dalle “circostanze particolari” sia interpretata in modo restrittivo<sup>78</sup>.

**9.** Nel presente studio abbiamo esaminato le modalità con cui l'ordinamento UE tenta in via generale di stabilire tramite il principio di proporzionalità il giusto equilibrio tra vari elementi contrapposti nel e del sistema giuridico. Inoltre, abbiamo valutato la proporzionalità del nuovo assetto istituzionale della vigilanza bancaria realizzato in risposta alla crisi bancaria e dell'euro. In particolare, è stata valutata

<sup>76</sup> Sentenza *Landeskreditbank*, punto 75.

<sup>77</sup> *Ivi*, punto 80.

<sup>78</sup> Sentenza *Landeskreditbank Baden-Württemberg - Förderbank*, punto 61.

la proporzionalità, in termini di costi/benefici, della nuova allocazione dei poteri normativi e di vigilanza, tanto nei rapporti verticali (UE/Stati membri), quanto in quelli orizzontali (a livello UE). Più precisamente, oggetto di analisi è stata la ripartizione legislativa tra armonizzazione UE e autonomia normativa nazionale in materia bancaria; l'istituzione da parte del legislatore UE dell'EBA e l'attribuzione dei compiti di regolazione finanziaria alla stessa e di vigilanza bancaria alla BCE nel SSM; infine, l'allocazione amministrativa dei compiti di vigilanza alle autorità nazionali competenti da parte della BCE, nel quadro del SSM.

È facile prevedere che il principio di proporzionalità continuerà a ricoprire un ruolo di primo piano nel plasmare l'ordinamento bancario dell'UE. Senza dubbio nel prossimo futuro esso sarà invocato sempre più spesso per contestare la legittimità delle decisioni di vigilanza bancaria della BCE. I recenti casi sollevati e risolti dal Tribunale a favore delle banche ricorrenti in tema di leva finanziaria sono in questo senso indicativi. Vedremo se, in sede di appello, la Corte confermerà quanto risulta da tali sentenze, ossia che il contesto normativo specifico da applicare caso per caso può essere tale da restringere le opzioni interpretative e di scelta a disposizione dell'autorità di vigilanza, riducendo quindi la complessità che essa deve gestire. Certamente, la Corte avrà l'opportunità non tanto di confermare come standard di revisione giurisdizionale delle misure (generali e individuali) in materia bancaria quello della "manifesta sproporzionalità", come sembra ragionevole, quanto piuttosto di precisare come tale standard debba essere concretamente applicato nella materia in esame.

Oltre all'esercizio dei poteri di controllo, la rilevanza del principio di proporzionalità continuerà a riguardare da vicino anche l'assetto istituzionale della vigilanza e l'allocazione dei poteri a livello UE. A questo proposito, si può fare riferimento a recenti riforme e proposte di riforma istituzionale. Tra queste ve ne sono due particolarmente rilevanti. La prima è il regolamento 2019/2175 per la riforma delle Autorità di vigilanza europee (le ESA)<sup>79</sup>, il quale attribuisce maggiori poteri di vigilanza diretta alle ESA, in particolare all'ESMA e all'EBA; a quest'ultima in tema di attività illecite di riciclaggio e finanziamento del terrorismo. La seconda è un recente *Position Paper* congiunto dei ministri finanziari della Francia, Germania, Italia, Lettonia, Paesi Bassi e Spagna, teso a promuovere l'accentramento a livello UE della vigilanza sul sistema finanziario contro il riciclaggio del denaro sporco e le attività di finanziamento del terrorismo<sup>80</sup>. Il *Paper* lascia aperta la questione dell'identificazione concreta del soggetto UE a cui attribuire tale competenza, che potrebbe essere l'EBA oppure, come proposto anche in dottrina<sup>81</sup>, un'agenzia *ad hoc*.

La conformità di tali misure al principio di proporzionalità, quindi ai requisiti di efficacia, necessità e proporzionalità in senso stretto, costituisce uno degli aspetti di diritto costituzionale UE più delicati, dopo quello relativo al principio di attribuzione e ai limiti dei poteri legittimamente delegabili alle agenzie UE secondo la dottrina *Meroni*.

Tra le questioni relative alla proporzionalità che tali misure mettono in rilievo e che dovranno essere oggetto di un approfondito esame, da svolgere in altra sede, due

---

<sup>79</sup> Regolamento (UE) 2019/2175 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2019.

<sup>80</sup> Il documento è reperibile su [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl).

<sup>81</sup> J. KIRSCHENBAUM, N. VÉRON, *A Better European Union Architecture to Fight Money Laundering*, Bruegel, Policy Contribution Issue, n. 19, ottobre 2018; Id., *The European Union Must Change Its Supervisory Architecture to Fight Money Laundering*, Bruegel, Blog post, 26 febbraio 2019; entrambi reperibili *online*.

meritano almeno un cenno. La prima riguarda il menzionato regolamento 2019/2175 e la previsione di poteri di vigilanza in tema di riciclaggio e finanziamento al terrorismo attribuiti all'EBA su tutti e tre i settori finanziari e non meramente su quello bancario. Da qui l'esigenza che l'intervento dell'EBA sia adeguatamente differenziato – cioè proporzionato – per settore, e quindi per tipologia di intermediario, in modo da tenere in considerazione il diverso rischio di riciclaggio e finanziamento al terrorismo che attualmente distingue i vari settori finanziari, evitando di imporre misure che vadano oltre quanto necessario.

La seconda questione è quella della crescente frammentazione e complicazione dell'assetto istituzionale di regolazione e vigilanza finanziaria, caratterizzato da un intreccio tra autorità competenti, competenze e diritti applicabili (UE e nazionali), tra ripartizioni di compiti per soggetti, attività e funzioni, e da una sovrapposizione tra diversi gradi di integrazione istituzionale (es. Unione bancaria e Stati membri esterni). Se si applicassero i requisiti discendenti dal principio di proporzionalità a tale sistema nel suo complesso – non limitandoci quindi ad applicarlo ai singoli atti legislativi costituenti tale sistema<sup>82</sup> –, l'esito positivo della valutazione (politica più che giurisdizionale, vista l'ampia discrezionalità del legislatore) di proporzionalità potrebbe essere incerto. L'elevata scomposizione del sistema istituzionale di vigilanza potrebbe andare a detrimento della sua efficacia complessiva (come è stato il caso del sistema di vigilanza statunitense vigente al momento della crisi del 2009) e/o comportare costi eccessivi, soprattutto per i soggetti regolati, che dovrebbero avere a che fare contestualmente con una pletora di autorità pubbliche.

## Abstract

### The EU Principle of Proportionality and the Allocation of Banking Regulatory and Supervisory Powers

This paper deals with the proportionality of the banking rule-making and financial supervisory powers in the EU system. In particular, the focus will be on the proportionality assessment of: a) the legislative division between EU harmonization and national regulatory autonomy; b) the establishment and attribution by the EU legislator of the tasks of financial regulation to the European Banking Authority and of banking supervision to the ECB within the framework of the Single Supervisory Mechanism; and finally c) the administrative allocation of supervisory tasks to the competent national authorities by the ECB, within the framework of the SSM. The cost/benefit analysis will concern the vertical relation between the EU and the Member States (given the increasing degree of centralization of powers at EU level to the detriment of the powers of the individual Member States, both legislative and regulatory), and horizontally the EU institutional level (in which the Commission sees itself deprived of margins of decision-making freedom to the benefit of the EBA).

<sup>82</sup> Su questa distinzione v. EBA Banking Stakeholder Group, *Proportionality in Bank Regulation*, 2015, p. 22 s., eba.europa.eu; C. ZILIOLI, *op. cit.*, p. 17.

Giovanni Luchena\*, Stefania Cavaliere\*\*

# Le nuove frontiere in materia di aiuti di Stato<sup>\*\*\*</sup>

SOMMARIO: 1. Norme e istituzioni per il mercato. – 2. Eventi eccezionali, crisi economica. – 3. Controllo semplificato ma sostanzialmente inalterato. – 4. Esenzioni e decisione di bilancio. – 5. Obiettivi del *GBER*. – 6. Il criterio dell'interesse comune e l'effetto di incentivazione. – 7. La *governance* ripartita. – 8. Alla ricerca della politica comune europea. – 9. Verso un'inversione di tendenza? – 10. Nuovi "territori" di ingerenza. – 11. Criticità. – 12. Il concetto *totalitario* della selettività. – 13. *Fiscal havens* in Europa.

1. Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea disciplina la "materia" degli aiuti di Stato (articoli 107-109) in termini di obbligo di astensione da parte statale dall'adozione di misure di supporto economico delle imprese attraverso la sostanziale neutralizzazione delle norme interne in materia di incentivazione economica<sup>1</sup>. Sul piano della teoria generale, tali disposizioni possono ricomprendersi nella categoria delle norme di scopo, "norme obbligatorie" le quali indicano un fine da perseguire che rende incompatibili o illegittime norme che perseguono fini diversi o ostacolano "il raggiungimento dei fini da esse indicati" assumendo, cioè, un carattere prevalentemente "impeditivo". Invero, dette norme hanno, inoltre, un aspetto "impositivo" in quanto non soltanto vietano di disporre in senso contrario alle prescrizioni ma, per l'appunto, impongono al legislatore interno di emanare gli atti (legislativi, regolamentari ecc.) volti a raggiungere lo scopo<sup>2</sup>, pena la loro illegittimità. In tale materia, dopo lunghi anni di esperienza, la disciplina può dirsi strutturata in forma compiuta quanto alle sue linee di fondo. La Commissione, che, com'è noto, gode di un ampio potere discrezionale quanto al controllo degli aiuti pubblici<sup>3</sup>, utilizza criteri rigorosi che aggiorna periodicamente in ragione di situazioni contingenti o sopravvenute<sup>4</sup>, rendendo mutevoli e in permanente rinnovamento talune discipline singolari. Le ricadute di tale trama normativa s'irradiano

\* Associato di Diritto dell'economia nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

\*\* Assegnista di ricerca in Diritto dell'economia e valorizzazione dei beni culturali dell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

\*\*\* I paragrafi 1, 2, 7, 10, 11, 12, 13 sono di Giovanni Luchena; i paragrafi 3, 4, 5, 6, 8 e 9 sono di Stefania Cavaliere.

<sup>1</sup> L. FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*, Padova, 2006, II ed., p. 25.

<sup>2</sup> C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977, p. 53.

<sup>3</sup> Sentenza del 17 settembre 1979, causa C-730/79, *Philip Morris Holland BV c. Commissione*; sentenza del 14 gennaio 1997, causa C-169/95, *Spagna c. Commissione*.

<sup>4</sup> Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (2016/C 262/01).

su più livelli di governo e riguardano le pubbliche amministrazioni. Sotto il primo profilo, tutti i livelli di governo sono coinvolti in ragione dell'ampia configurazione della nozione di Stato accolta dal TFUE che, per l'appunto, involge non soltanto lo Stato-amministrazione ma anche le sue articolazioni territoriali, la partecipazione, anche minoritaria, nelle società di gestione di servizi pubblici, e così via<sup>5</sup>: qualunque presenza pubblica rischia di compromettere la misura statale di aiuto in quanto potenzialmente in grado di recare pregiudizio alle dinamiche del mercato. Se, in passato, il potere di predisporre aiuti alle imprese era imputabile esclusivamente allo Stato, oggi esso è condiviso con altri soggetti, interni allo Stato medesimo, sovranazionali e, in altri casi (come, ad esempio, il sistema OMC), internazionali. Quanto al secondo profilo, le pubbliche amministrazioni sono chiamate ad operare secondo il principio della leale collaborazione al fine di rendere effettiva l'applicazione delle norme in materia, principio oggi reso necessario a seguito della normativa concernente le ipotesi di esenzione della notifica preventiva, dalla tenuta del registro nazionale, dal rapporto fra giurisdizione interna e UE. Il vertice non è più costituito soltanto dagli organi istituzionali e amministrativi interni ma anche da altri soggetti come la Commissione (secondo il principio dell'amministrazione condivisa); il luogo dell'esercizio della funzione non è più il territorio dello Stato ma, per l'appunto, quello dell'UE. Il controllo sempre più raffinato<sup>6</sup> svolto dalla Commissione, benché presentato come connotato dal carattere della tecnicità, presenta, al contrario, elementi di politicità nient'affatto secondari proprio perché, come si diceva, le norme regolamentari e quelle atipiche di riferimento (comunicazioni ecc.) "indirizzano" e "coordinano" l'agire statale in materia economica. In questo modo, l'obiettivo della riduzione della presenza dello Stato nell'economia è stato conseguito con un'azione sempre più incisiva e mirata. E la Commissione ha sensibilmente aumentato il suo potere discrezionale, come si avrà modo di illustrare in seguito attraverso l'esame di "casi" selezionati. Questo approccio, però, quasi tutto concentrato sui "vincoli" ha finito per indebolire anche la capacità di penetrazione della stessa Unione europea nell'ambito del mercato globale che, in definitiva, non ha contribuito alla realizzazione di una "politica comune europea" in molti settori<sup>7</sup> in termini di strategia competitiva, in tal modo favorendo la moltiplicazione del mercato europeo in sottosistemi nazionali.

La Corte di giustizia, dal canto suo, ha mostrato, per dir così, una condotta quasi sempre "compiacente" nei confronti della Commissione cui, assai frequentemente, tende ad allinearsi. La giurisprudenza UE, peraltro, non di rado "anticipa" nei contenuti taluni atti normativi poi formalmente adottati dalla Commissione, "affiancando" quest'ultima, per così dire, nel conseguimento degli obiettivi "costituzionali" dell'Unione anche al fine di impedire comportamenti opportunistici da parte degli Stati<sup>8</sup>. La Corte UE, oltre tutto, fa valere tutta la sua "forza argomenta-

<sup>5</sup> W. SAUTER, H. SHEPEL, *State and Market in European Union Law. The Public and Private Spheres of Internal Market before the UE Courts*, Cambridge, 2009, p. 194 ss.

<sup>6</sup> D. NEVEN, V. VERouden, *Towards a More Refined Economic Approach in State Aid Control*, in W. MEDERER, N. PESARESI, M. VAN HOOFF (eds.), *EU Competition Law – Volume IV: State Aid*, Deventer, 2008.

<sup>7</sup> J.G. LIEBERHERR, *A New EEC, the European Energy Community*, in J.M. GIL ROBLES, F. DE QUADROS, D. VELO (eds.), *The European Union and Social Market Economy*, Bari, 2014, p. 91.

<sup>8</sup> M. POIARES MADURO, *60 Years of the European Court of Justice*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2018, p. 97 ss.

tiva” quando si trova a vagliare questioni inerenti alla concorrenza per il tramite, fra l’altro, del principio dell’effetto utile, secondo una strategia interpretativa funzionale all’efficacia applicativa delle regole del Trattato<sup>9</sup>. In definitiva, la Corte UE sembra agire come coautore normativo “indicando”, sostanzialmente, soluzioni in presenza di “lacune normative” e, talvolta, pur non “esponendosi” a favore o contro un determinato “modello economico”, interpretando gli obiettivi dei trattati. L’opera di bilanciamento fa oscillare inevitabilmente l’andamento del pendolo sul versante più vicino alle ragioni del mercato piuttosto che a quelle dei diritti sociali, benché, come ovvio, non si riscontri, da parte della Corte (se non, a volte, solo in filigrana), una dichiarata presa di posizione per un determinato modello economico. In tale contesto, le istituzioni dell’economia svolgono un ruolo prevalentemente sussidiario del mercato, in uno scenario nel quale le norme agiscono quasi sempre per sottrazione di competenze.

In questo contributo si cercherà di prendere in esame talune situazioni nelle quali la disciplina in tema aiuti di Stato ha mostrato tutte le sue potenzialità di “regolazione diffusa” nel campo dell’economia, in un settore sensibile come quello delle misure di sostegno in favore delle imprese. La selezione dei temi è puramente esemplificativa di una disamina che tiene conto solo di alcuni argomenti che riguardano o incrociano il profilo disciplinare *de quo* quale testimonianza di un approccio sempre più incisivo/invasivo in materia di controllo della normativa interna concernente la concorrenza applicabile alle imprese.

2. La crisi economica ha rappresentato un banco di prova assai significativo per le istituzioni europee dinanzi a situazioni di carattere eccezionale. Senza rinunciare ai suoi criteri di riferimento, la Commissione è stata, per dir così, “obbligata” ad allentare, almeno in parte, le reti del controllo dietro l’ovvia pressione politica esercitata dagli Stati<sup>10</sup>, in un contesto caratterizzato da un elevato rischio sistemico. A dispetto, però, del rigore tipico del controllo, va registrato l’alto numero di aiuti concessi (e autorizzati), solo nel periodo fra ottobre 2008 e la fine del 2009, per un ammontare complessivo di 3,63 trilioni di euro, pari al 29% del P.I.L. europeo<sup>11</sup>. Questi dati testimoniano come la decisione di concedere un aiuto di Stato non è estranea alle contingenze determinate da singoli eventi economicamente e politicamente rilevanti o da situazioni eccezionali. Del resto, anche ipotesi di interventi straordinari sono previste dal TFUE: una norma si riferisce alle situazioni determinate dalle calamità naturali di cui al par. 2 dell’art. 107, l’altra a quelle eccezionali previste dal par. 3 dell’art. 107. In entrambi i casi spesso si interviene con provvedimenti *ad hoc* stante la necessità di fronteggiare situazioni per l’appunto eccezionali, ripetibili, come le calamità naturali, e imprevedibili, come le crisi finanziarie<sup>12</sup>. Su questo versante, la disciplina giuridica di cui all’art. 107, par. 2, TFUE ha

---

<sup>9</sup> I. INGRAVALLO, *L’effetto utile nell’interpretazione del diritto dell’Unione europea*, Bari, 2017, in part. p. 96 ss.

<sup>10</sup> M. REYNOLDS, S. MACRORY, M. CHOWDHURY, *EU Competition Policy in the Financial Crisis: Extraordinary Measures*, in *Fordham International Law Journal*, 2011, p. 670.

<sup>11</sup> Commissione europea, *Relazione sulla politica di concorrenza 2009*, p. 19.

<sup>12</sup> Comunicazione della Commissione sull’applicazione in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell’attuale crisi finanziaria mondiale (2008/C 270/02), documento che ha agito da apripista per permettere agli Stati di adottare misure transitorie ed eccezionali volte ad affrontare le difficoltà derivanti dalla particolare contingenza economica.

conosciuto un'evoluzione che riconduce anche gli aiuti compatibili *de jure* sotto il controllo della Commissione: sia il regolamento di procedura sia la giurisprudenza della Corte di giustizia hanno, per dir così, “superato” sostanzialmente il dettato del Trattato che, per gli “aiuti di diritto”, dovrebbe limitarsi alla semplice verifica degli elementi che consentono l'applicazione della deroga, mentre ora essa si estende “di fatto alle modalità con cui la deroga viene applicata dagli Stati”. Insomma, la Commissione verifica la congruità delle misure statali previste per le imprese per far fronte alla calamità naturale, i criteri utilizzati per fronteggiare gli effetti determinati dall'evento e per quantificare il danno (che, ad esempio, non riguarda il danno da avviamento causato “dalla cessione forzata di un'attività commerciale o dal suo spostamento in altra sede”)<sup>13</sup>. Diverso il caso degli interventi adottati nel corso della crisi, il cui fondamento, in assenza di una normativa specifica, è stato rintracciato nel par. 3 dell'art. 107 TFUE. La Commissione ha agito definendo una serie di misure di carattere orizzontale rendendo il controllo più elastico<sup>14</sup> ma non derogatorio rispetto alle regole consolidate. L'elenco delle misure adottate dagli Stati per far fronte alla crisi economica è alquanto lungo e in svariati settori dell'economia<sup>15</sup>. Il dato comune riguarda il criterio/presupposto della straordinarietà dell'intervento pubblico, valevole solo se ricorrono precise circostanze, come dimostrato nel caso delle crisi bancarie, che fanno riferimento ad un grave turbamento dell'economia<sup>16</sup> (i criteri sono stati poi “racchiusi” in una comunicazione *ad hoc*)<sup>17</sup>. In generale, gli anni della crisi hanno indotto alla revisione parziale di talune norme (anche procedu-

<sup>13</sup> Cfr. C.E. BALDI, *Se questo è mercato... Gli aiuti di Stato in un'Europa tecnocratica*, Napoli, 2014, p. 31.

<sup>14</sup> V., ad esempio, gli aiuti sotto forma di garanzie, l'assicurazione del credito all'esportazione, gli aiuti per prodotti di alto *standard* ambientale e quelli sotto forma di tassi agevolati e il regime del *de minimis* con l'innalzamento della soglia a 500.000 euro: cfr. regolamento (CE) n. 1998/2006, relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato agli aiuti di importanza minore (“*de minimis*”). Sulla flessibilizzazione delle regole in materia di aiuti di Stato, v. A. CANEPA, *Dai salvataggi ai crediti deteriorati: la complessa applicazione delle regole sugli aiuti di Stato fra flessibilità e rigidità*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2016, p. 259 ss., *passim*.

<sup>15</sup> R. LUJA, *State Aid and the Financial Crisis: Overview of the Crisis Framework*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2009, p. 145 ss.; M. ALLENA, A. GIANNELLI, S. VERNILE, *Le misure di sostegno pubblico agli istituti di credito*, in *Il diritto dell'economia*, 2012, numero monografico *Crisi economico-finanziaria e risposta del diritto*, p. 49 ss.; G. LO SCHIAVIO, *State Aids and Credit Institution in Europe: What Way Forward?*, in *Economic Business Law Review*, 2014, p. 447 ss.; E. MOAVERO MILANESI, *The Importance of the State Aids Rules of the European Union in the Context of the Global Financial and Economic Crisis*, in *Rivista italiana di antitrust*, 2014, n. 3, p. 1 ss.; A. CANEPA, *Il difficile equilibrio fra concorrenza e aiuti di Stato nella crisi: ruolo e scelte della Commissione nel settore bancario*, in *Amministrazione in cammino*, 15 luglio 2016, reperibile online; F. CAPRIGLIONE, *Nuova finanza e sistema italiano*, Torino, 2016, p. 81 ss.; A. ANTONUCCI, *Gli “aiuti di Stato” al settore bancario: le regole d'azione della regia della Commissione*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 587 ss.

<sup>16</sup> F. GUARRACCINO, *Le misure di sostegno pubblico straordinario*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2017, p. 400. Va, tuttavia, sottolineato come, senza le misure non convenzionali adottate dalla BCE, la situazione avrebbe preso forse una strada diversa: S. ANTONIAZZI, *La Banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Torino, 2013, p. 187 ss.; F. CAPRIGLIONE, *L'Unione bancaria europea. Una sfida per un'Europa più unita*, Torino, 2013; A. CANEPA, *Crisi dei debiti sovrani e regolazione europea: una prima rassegna e classificazione di meccanismi e strumenti adottati nella recenti crisi economico-finanziaria*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 1, reperibile online; U. TRIULZI, *La Banca centrale europea motore dell'unificazione politica*, in *Federalismi*, 14 febbraio 2015, reperibile online; G. CONTALDI, *L'evoluzione dei poteri della Banca centrale europea*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, I, Bari, 2017, p. 531 ss.

<sup>17</sup> Comunicazione 2016/C 262/01.

rali), senza mai sconfessare, tuttavia, un orientamento “stabilizzato” che continua a lasciare pochi margini all’esercizio della sovranità economica e di finanza pubblica tenuto conto degli immutati e, se possibile, più rigorosi criteri di compatibilità. Dal punto di vista sostanziale, dunque, non si registrano cambiamenti, per dir così, “innovativi”. Se si guarda, ad esempio, alle garanzie statali e ai prestiti di lieve entità<sup>18</sup>, la normativa non costituisce certo una rivoluzione copernicana perché essa si limita a chiarire le modalità con le quali consentire eventuali cumuli, precisare il concetto di impresa e introdurre criteri automatici da applicare alle imprese in difficoltà. Può rintracciarsi una certa novità con riferimento alla previsione in materia di crisi economica generale, quale quella degli aiuti al salvataggio, eccezionalmente esentati dalla previa notifica ove supportati da un programma di ristrutturazione credibile, proporzionato e coincidente con gli interessi eurounitari.

3. In questo quadro di carattere generale, si inserisce il *General block exemptions regulation (GBER)* concernente gli aiuti di Stato esentati dalla notifica preventiva<sup>19</sup>, adottato, fra l’altro, allo scopo, come stabilisce l’art. 4 TUE, di conseguire una collaborazione più strutturata fra Stati e UE considerato che “[I]’applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato dipende fortemente dalla cooperazione degli Stati membri. Pertanto è opportuno che questi prendano tutte le misure necessarie per garantire il rispetto del [regolamento *de quo*], anche per quanto riguarda gli aiuti individuali concessi nel quadro di regimi soggetti ad esenzione per categoria”<sup>20</sup>. Fra le finalità perseguite dal *GBER* possono essere poste in luce quelle volte ad assicurare l’assorbimento del controllo degli aiuti nel quadro della programmazione dei fondi strutturali (strumento-chiave della politica di coesione sociale e territoriale<sup>21</sup>), quelle che mirano a facilitare e canalizzare i flussi informativi fra la Commissione e gli Stati, quelle indirizzate al monitoraggio delle azioni di sostegno individuale, e, infine, quelle volte ad identificare e risolvere questioni dettate da problemi amministrativi e organizzativi e a proporre, eventualmente, raccomandazioni ai singoli Stati membri nel contesto del c.d. semestre europeo.

---

<sup>18</sup> Regolamento (UE) n. 1407/2013 della Commissione, del 18 dicembre 2013, relativo all’applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea agli aiuti “de minimis”.

<sup>19</sup> Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato; L. TEBANO, *State Aid for Employment after the New General Block Exemption Regulation*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2015, p. 241 ss. Il regolamento citato prevede l’esenzione per numerose categorie di aiuti fra cui quelli a finalità regionale, alle PMI, alla tutela dell’ambiente, alla ricerca e sviluppo, alla formazione e all’occupazione, agli aiuti sociali, a quelli per ovviare ai danni provocati dalle calamità naturali, alle infrastrutture locali, sportive e a banda larga, nonché agli aiuti alla cultura e alla conservazione del patrimonio. Inoltre, v. la proposta della Commissione di regolamento del Consiglio che modifica il regolamento (UE) n. 2015/1588 del Consiglio, del 13 luglio 2015, sull’applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea a determinate categorie di aiuti di Stato orizzontali, con la quale si intende implementare le possibilità di interventi – semplificandone l’applicazione – quali gli investimenti direttamente finanziati dall’Unione europea e quelli alla cooperazione territoriale: due “settori” nei quali la stessa Unione europea agisce sia come soggetto finanziatore sia come promotore di progetti di sviluppo. V. P. NICOLAIDES, *Revision of the GBER*, in *Stateaidhub*, 3 luglio 2018, reperibile *online*.

<sup>20</sup> 15° ‘considerando’, regolamento 651/2014.

<sup>21</sup> H. PONGÉRARD-PAYET, *La politique régionale et de cohésion: étude rétrospective d’une politique-clé au service de l’Europe*, in *Revue de l’Union européenne*, 2018, p. 351 ss.

4. L'ultimo profilo evocato consente di aprire una parentesi in ordine alle interrelazioni sussistenti tra la programmazione di bilancio e il sostegno economico delle imprese previsto nell'ambito del suo procedimento di formazione. Il raccordo con il semestre europeo, una procedura indiretta di regolazione eteronoma che delinea una "griglia temporale" in ordine agli adempimenti riguardanti i Piani nazionali di convergenza e stabilità e i piani di riforma<sup>22</sup>, costituisce un incrocio con un altro "momento chiave" della programmazione euro unitaria, che è quello del controllo preventivo sui bilanci statali.

Lo svolgimento delle interlocuzioni condotte nell'ambito del semestre europeo è sì prova della volontà di intensificare l'aspetto collaborativo ma non può sfuggire come proprio nell'indicato "ciclo negoziale" della politica di bilancio la Commissione e gli organi finanziari dell'Unione svolgano un ruolo predominante o, almeno, di coordinamento a fini unitari, potendo incidere sulle singole politiche interne alla luce dei vincoli di natura finanziaria. E, infatti, è la legge di bilancio che determina, ad esempio, il rifinanziamento di una certa legge d'incentivazione o aumenta/riduce le poste in bilancio destinate al sostegno economico delle imprese nelle sue varie forme. In quella sede, dunque, una volta "comunicati" i saldi di bilancio – peraltro il Documento di economia e finanza (DEF) presentato nel mese di maggio ha già tracciato le linee della politica economica proposte e successivamente fatte proprie dal Parlamento – ben poco potrà essere "modificato" da parte statale, a meno che non si verificano situazioni per cui lo Stato "interessato", a seguito delle osservazioni della Commissione decida di non adeguarsi alle sue "raccomandazioni". In tale ipotesi dovrebbero poi scattare le misure previste dal c.d. braccio correttivo indicato dal regolamento (UE) n. 1173 del 2011<sup>23</sup>.

Va detto, comunque, che, per i casi di sostegno finanziario delle grandi imprese previste dalla legge di bilancio, il controllo o comunque una forma di negoziato o di decisione condivisa avviene proprio nel corso delle riunioni prima della sessione di bilancio. Ad esempio, gli strumenti di programmazione delle infrastrutture strategiche, inseriti nel DEF, divengono anch'essi oggetto di negoziazione. Nella formazione della legge di bilancio, il "collegamento" con l'Unione europea è costante – non cioè puramente e semplicemente in un "semestre" – e si realizza in pratica nel corso di tutto l'anno alla luce della rete di incontri calendarizzati in un apposito programma di consultazioni e di controlli preventivi e successivi<sup>24</sup>. Infatti, oltre all'esame, per dir così, "classico" sulle misure di aiuto, si aggiunge un'altra forma di controllo – forse ancora più stringente – che è quella che pone gli interventi di sussidio al vaglio della stabilità finanziaria allorquando la manovra di finanza pubblica viene "presentata" in ambito europeo. Se questo, poi, corrisponda ad un'effettiva riduzione delle misure non è sempre certo anche perché, proprio in quella sede, possono essere concesse deroghe alle norme sui vincoli finanziari previste dall'ordinamento UE.

<sup>22</sup> G. RIZZONI, *Il "semestre europeo" fra sovranità di bilancio e autovincoli costituzionali: Germania, Francia e Italia a confronto*, in *Rivista AIC*, 2011, n. 4, reperibile *online*, p. 3.

<sup>23</sup> Regolamento (UE) n. 1173/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, relativo all'effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio nella zona euro. Di recente, C. CURTI GIALDINO, *Il Documento programmatico di bilancio per il 2019 sotto la lente delle regole europee: prospettive di breve e medio periodo*, in *Federalismi*, 24 ottobre 2018, reperibile *online*, p. 8 ss.

<sup>24</sup> M. DEGNI, *La decisione di bilancio*, in A. URICCHIO, V. PERAGINE, M. AULENTA (a cura di), *Manuale di scienza delle finanze, diritto finanziario e contabilità pubblica*, Molfetta, 2017, p. 590 ss.

5. Uno degli obiettivi del *GBER* è proprio la riduzione della quantità di aiuti (anche ai fini della razionalizzazione delle risorse pubbliche) in funzione di una sua “distribuzione” più estesa ad una pluralità di soggetti beneficiari. In tal modo, le categorie di aiuti esentati dalla notifica preventiva, erogati sotto il controllo statale, possono essere indirizzati verso i settori dell’economia che si ritiene necessitino di un sostegno più consistente, come del resto prevede l’art. 1, par. 1, regolamento n. 651/2014, cioè in campo ambientale, per sostenere interventi di carattere sociale, per incrementare le politiche a favore della formazione, per incentivare le piccole e medie imprese (“struttura portante nel tessuto europeo e nazionale”)<sup>25</sup>, la ricerca, l’innovazione e lo sviluppo, e così via. Sul piano quantitativo, poi, sono previste una serie di soglie, per tutte le categorie di aiuti, oltre le quali non è consentito applicare il regime esentativo, anche al fine di limitare le possibili azioni espansive da parte statale. È sufficiente, a tale proposito, considerare i settori nei quali non si applica il regolamento *de quo*<sup>26</sup> a conferma dell’indirizzo politico della Commissione volto a mantenere sotto il suo controllo settori chiave dell’economia a potenziale impatto sulla concorrenza per il perseguimento dell’interesse comune, criterio eminentemente politico che può prestarsi ad una pluralità di “letture”.

6. Il criterio del “comune interesse”<sup>27</sup> è uno dei fattori che, per dir così, ispirano l’azione statale, unitamente al carattere incentivante della misura di sostegno<sup>28</sup>. Si tratta di un criterio, per dir così, “complementare” che obbliga lo Stato ad attenersi ad una serie di prescrizioni che, in pratica, ne circoscrivono sensibilmente l’azione “riservandogli” quasi esclusivamente funzioni di controllo/conformità consistenti per lo più nel dimostrare la sussistenza dell’interesse comune alla predisposizione di un determinato aiuto. L’effetto incentivante della misura, a sua volta, presuppone la sussistenza, adeguatamente motivata, dell’interesse comune considerato che, ad esempio, qualunque aiuto al funzionamento o forme di mantenimento dell’occupazione sono considerati vietati dalla Commissione. Nel “sistema” del *GBER* gli aiuti hanno un effetto di incentivazione se nella richiesta di finanziamento sono contenute le seguenti informazioni: il beneficiario deve aver presentato la domanda di concessione dell’aiuto prima dell’avvio dei lavori relativi al progetto o all’attività, devono essere inserite le norme di riferimento e le dimensioni dell’impresa, descritto il progetto, comprese le date d’inizio e fine, l’ubicazione e l’elenco dei costi, la tipologia dell’aiuto (sovvenzione, prestiti, garanzia o altro). Per quanto riguarda le agevolazioni fiscali, ad esempio, l’effetto di incentivazione risulta apprezzabile se la misura prevede il diritto al beneficio degli aiuti in base a criteri oggettivi, senza che vi sia l’ulteriore utilizzo di poteri discrezionali dello Stato (il che integra una discriminazione che condannerebbe ad una inevitabile decisione di incompatibilità, dato che, comunque, essa potrà essere effettuata, ad esempio, su denuncia dei terzi interessati).

---

<sup>25</sup> C. GOLINO, *Strumenti giuridici ed incentivi economici a favore dell’imprenditoria giovanile e femminile*, in *Percorsi costituzionali*, 2017, p. 327.

<sup>26</sup> Art. 1, paragrafi 1 e 2 (aiuti al funzionamento inerenti le attività finanziarie ed assicurative), e art. 13 del regolamento 651/2014 (agricoltura, produzione e distribuzione di energia).

<sup>27</sup> 13° ‘considerando’, regolamento 651/2014.

<sup>28</sup> Art. 6, regolamento 651/2014.

In generale, dunque, per una serie di categorie di aiuti, la misura deve concorrere a realizzare progetti di “interesse comune”<sup>29</sup> e indurre un effetto di incentivazione che consiste nel contribuire alla modifica di un certo comportamento da parte dell’impresa beneficiaria volto a stimolare lo sviluppo di ulteriori attività imprenditoriali che, in assenza dell’aiuto, non avrebbe svolto o avrebbe svolto in modo limitato<sup>30</sup>. L’interesse comune e l’effetto di incentivazione della misura più che criteri di valutazione asettici e neutrali costituiscono, in realtà, elementi di valutazione dotati di politicità da ritenersi determinanti ai fini della tollerabilità dell’aiuto di Stato. Occorre tenere presente, infatti, che la misura è pur sempre considerata un aiuto ai sensi dell’art. 107 TFUE e che bisogna ricercare ogni elemento “giustificativo” che permetta di considerarla compatibile con il diritto UE, che, per la verità, va arricchendosi di principi che assomigliano sempre di più a criteri politici come il principio di libera concorrenza (di cui si dirà più oltre) che sfugge a qualsivoglia determinazione concreta e predeterminata: al contrario, va rilevato come, proprio nella materia degli aiuti di Stato, sia sempre più necessario disporre di una normativa “caratterizzata da un alto grado di chiarezza e prevedibilità”<sup>31</sup>. Il test relativo alla consistenza dell’interesse comune, dunque, fa riferimento agli aiuti discrezionali di cui all’art. 107, par. 3, TFUE, benché la disposizione in questione non ne faccia menzione. I criteri come quello dell’efficienza, dell’equità o dell’appropriatezza della misura evocano una valutazione di tipo politico. Il criterio dell’equità, in particolare, utilizzato, ad esempio, nella valutazione degli aiuti al salvataggio e alla ristrutturazione<sup>32</sup> o a quelli per favorire l’inserimento professionale dei soggetti svantaggiati e dei disabili<sup>33</sup>, difficilmente sembrerebbe idoneo ad essere comparabile con l’effetto della restrizione della concorrenza eventualmente generato dall’aiuto, criterio, quest’ultimo, eminentemente economico.

7. Le esenzioni dalla previa notifica, inoltre, obbligano gli Stati ad una maggiore responsabilità procedurale e sostanziale nella prospettiva del sostegno economico delle imprese anche in ragione delle accresciute tipologie di aiuti sottratti alla notifica preventiva. La maggiore responsabilità statale consiste nell’evitare che possano verificarsi situazioni per cui, a seguito di un controllo successivo, conclusosi eventualmente con la declaratoria d’incompatibilità, le imprese possano essere oggetto di una procedura di recupero. Peraltro, il lungo immobilismo in ordine alla definizione degli aspetti procedurali (definiti da un’organica normativa contenuta nel regolamento 659/1999)<sup>34</sup> ha comportato, in passato, l’emersione di molti casi elusivi dell’obbligo di notifica da parte degli Stati con un aggravio amministrativo

<sup>29</sup> Comunicazione della Commissione, Disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione (2014/C 198/01), punto 4.

<sup>30</sup> *Ivi*, punto 62; comunicazione della Commissione, Orientamenti sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree (2014/C 99/03), punto 80.

<sup>31</sup> M. ORLANDI, *Le discriminazioni fiscali e gli aiuti di Stato nel diritto dell’Unione europea*, Roma, 2018, p. 371.

<sup>32</sup> Comunicazione della Commissione, Orientamento sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese non finanziarie in difficoltà (2014/C 249/01).

<sup>33</sup> Art. 32 ss. del regolamento 651/2014.

<sup>34</sup> Regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999, recante modalità di applicazione dell’art. 93 del trattato CE, successivamente modificato dal regolamento (CE) n. 1791/2006 del Consiglio, dal regolamento (UE) n. 517/2013 del Consiglio e dal regolamento (UE) n. 734/2013 del Consiglio. Il testo codificato è contenuto nel regolamento (UE) 2015/1589 del Consiglio, del 13 luglio

in capo alla Commissione, e il conseguente aumento del contenzioso. Esito di una parte del programma di modernizzazione<sup>35</sup>, l'introduzione della normativa *de qua* ha prodotto risultati degni di menzione fra i quali quello di aver "liberato" la Commissione da taluni oneri di controllo al fine di dedicare la sua "attenzione" ai casi più meritevoli di approfondimento come quelli, ad esempio, relativi agli aiuti di maggiore consistenza e complessità, cioè quelli concessi alle imprese di grandi dimensioni. Il metodo cooperativo/funzionale ha dato luogo a momenti di dialettica positiva e di confronto costruttivo fra le istituzioni, eurounitarie e nazionali, non di rado in conflitto fra loro su un terreno di forte impatto politico quale quello della politica industriale, agricola, dei servizi, energetica e così via. Ne è prova l'innalzamento di talune soglie<sup>36</sup> al di sotto delle quali l'aiuto è considerato compatibile con il mercato aperto e concorrenziale.

Quanto alla valutazione *ex post*, rafforzata proprio in presenza dell'elevato numero di aiuti esentabili dalla notifica preventiva, essa interessa l'insieme degli aiuti concessi e prevede una sequenza di controlli riguardanti l'effettivo conseguimento degli obiettivi prefissati, gli eventuali effetti di traboccamento e i benefici prodotti dalla misura: l'esito non positivo di questi test può far scaturire una decisione di revoca dell'esenzione. È, inoltre, predisposto un monitoraggio consistente nel verificare la sussistenza di aiuti concessi in eccesso, l'eventuale omissione della comunicazione concernente le condizioni giuridiche di applicazione, la reiterata mancata o parziale attuazione di talune norme specifiche riguardanti, ad esempio, il controllo degli effetti dell'incentivo.

Appare evidente come la "catena" di controlli prevista nel sistema sommariamente illustrato miri a monitorare costantemente non solo la fase procedurale ma anche quella definibile dell'effettività dell'intervento. Si vuole, in definitiva, porre il massimo rilievo al consolidamento del metodo del controllo allargato e armonizzato. La *governance* rinforzata, caratterizzata, per l'appunto, da un lato, dal consolidamento della responsabilità statale sia nella fase della progettazione sia in quella del monitoraggio, dall'altro, dal ruolo sia di "controllore" sia di "valutatore" da parte della Commissione, dovrebbe poter consentire maggiore "prevenzione" dai casi di dubbia compatibilità, oltre che una più coerente e mirata programmazione.

**8.** La trama normativa in materia di aiuti di Stato genera, spesso, un intreccio fonte di interferenze e di conseguenti complicazioni applicative al punto da mettere in discussione il principio generale della certezza del diritto. L'interprete, così, è obbligato a confrontarsi con una pluralità di fenomeni che inevitabilmente dirottano l'analisi su obiettivi di sistema piuttosto che sulla disciplina singolare la quale è oggi talmente dettagliata al punto da sfiorare la sovrapposizione se non la sostituzione a quella dello Stato. A tale proposito, un esempio particolarmente significativo è quello concernente il coordinamento della politica industriale, non sempre efficace in quanto politica europea che non è stata in grado di ponderare la complessità di

---

2015, recante modalità di applicazione dell'articolo 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

<sup>35</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, dell'8 maggio 2012, Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE, COM(2012)209 final.

<sup>36</sup> Art. 4, regolamento 651/2014.

interessi convergenti, pubblici e privati, come il contemporaneo riferimento alla tutela dell'ambiente e dell'occupazione in regioni economicamente svantaggiate. Si pensi alla decisione – procedimento attivato su quattro denunce di concorrenti del mercato di riferimento – con la quale la Commissione ha ritenuto che due delle cinque misure concesse all'ILVA dallo Stato italiano siano da considerarsi aiuti di Stato vietati (si tratta della garanzia statale su un prestito di 400 milioni di euro e di un prestito pubblico di 300 milioni di euro) in quanto ritenute forme di sostegno alla liquidità dell'impresa e non di sostegno dei costi della bonifica ambientale<sup>37</sup>. In generale, nel settore della politica europea, oltre a limitare l'azione dello Stato in settori che dovrebbero essere meritevoli di tutela indipendentemente dalle regole di concorrenza (in qualche maniera sconfessando quel tentativo di cui si diceva all'inizio volto a declinare la nozione di mercato interno in chiave anche extra-economica), l'azione della Commissione, quando agisce in funzione di controllo del “sistema” degli aiuti di Stato, sembra limitare proprio la possibilità che si implementino le politiche comuni, contenendo l'*agere* degli Stati quando, invece, andrebbe incentivata la sua azione in situazioni di particolare difficoltà. Sotto questo angolo visuale, si può notare come la disciplina relativa ai grandi progetti di comune interesse europeo<sup>38</sup> affronti in chiave statale-comunitaria la questione delle azioni comuni per contribuire all'attuazione dei principi dell'Unione europea. L'ottica è pur sempre quella del controllo degli Stati quando investono in iniziative in favore delle imprese ma – va segnalato quale nota positiva in parziale controtendenza –, in questo caso, la Commissione agisce in funzione unitiva “al fine di ovviare ai gravi fallimenti sistemici o del mercato e alle sfide sociali che non potrebbero essere affrontati”<sup>39</sup>. L'obiettivo è quello di favorire l'adozione di progetti su ampia scala alla luce di un indirizzo che sembra promuovere azioni collaborative fra pubblico e privato secondo una logica programmatica che investe più settori e più iniziative comuni. Gli aiuti alla ricerca e sviluppo, ad esempio, pur se destinati a promuovere la realizzazione di importanti progetti di interesse comune<sup>40</sup>, sono sempre più parcellizzati sotto forma di micro-interventi e, quindi, confinati in ambito “regionale/locale” e non, “europeo”, certamente non globale. Esentare dalla previa notifica alla Commissione gli aiuti alla ricerca e sviluppo ha moltiplicato le piccole azioni ma ha ridotto quelle di più ampio spettro. In definitiva, benché i progetti comuni di interesse europeo abbraccino complessivamente settori di sicuro interesse eurounitario, la logica sembra ancora essere quella “statale”, cioè del controllo dell'aiuto come proposto dagli Stati.

**9.** Una parziale inversione di tendenza in ordine ai profili ora segnalati merita di essere evidenziata. Le iniziative di finanziamento statale delle imprese sono volte a contribuire alla competitività e alla crescita sostenibile ed essere in grado di far fronte alle sfide sociali e alla creazione di valore nell'Unione. V'è il tentativo di affrancarsi dalla logica dei micro-interventi, facendo confluire in un'unica strategia

<sup>37</sup> F. ALBERTI, *La Commissione europea impone all'Italia il recupero degli aiuti di Stato illegalmente concessi ad Ilva*, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it), 23 gennaio 2018.

<sup>38</sup> Comunicazione della Commissione, Criteri per l'analisi della compatibilità con il mercato interno degli aiuti di Stato destinati a promuovere la realizzazione di importanti progetti di comune interesse europeo (2014/C 188/02).

<sup>39</sup> *Ivi*, 3° ‘considerando’.

<sup>40</sup> Comunicazione 2014/C 198/01, punto 5.

progettuale talune iniziative che abbiano un respiro più ampio e che favoriscano la collaborazione fra Stati. Non solo, ma i medesimi progetti dovrebbero presentare vantaggi anche per i Paesi che non vi partecipano in ragione di obiettivi programmatici determinati come, ad esempio, quelli rivolti alla promozione di politiche connesse all'agenda digitale europea<sup>41</sup> oppure all'attuazione del quadro 2030 per le politiche del clima e dell'energia<sup>42</sup> o, ancora, alla realizzazione delle cosiddette "iniziative faro"<sup>43</sup>, proposte che possono coinvolgere potenzialmente una pluralità di Stati. E, tuttavia, si è dinanzi ad un approccio in parte nuovo, in parte in linea di continuità: da un lato, viene in evidenza il tentativo di impostare una strategia globale fondata sulla cooperazione e sulla convergenza, dall'altro, resta impregiudicata la "sorveglianza" della Commissione nel controllo delle politiche pubbliche.

**10.** Il settore delle infrastrutture<sup>44</sup> sembrava essere un ambito di operatività nel quale lo Stato avrebbe potuto svolgere i suoi compiti d'investimento senza incorrere nell'ipotesi di collisione con l'art. 107, par. 1, TFUE. Espressamente estromesse dal controllo della Commissione sin dagli anni Sessanta, esclusione confermata dalla Corte di giustizia nel 1993<sup>45</sup> e ribadita dalla stessa Commissione nella sua relazione sulla politica della concorrenza del 1995<sup>46</sup>, le infrastrutture, essendo diventate oggetto di sfruttamento commerciale, sono state ricondotte nell'alveo della disciplina sul divieto degli aiuti di Stato<sup>47</sup>. Esse rappresentano, da sempre, uno strumento dello Stato investitore, con obiettivi di pubblico interesse, anche ai fini di stimolo dell'economia. Il sistema delle infrastrutture copre un ampio raggio di attività economiche come i porti, gli aeroporti, le infrastrutture di ricerca, quelle a banda larga, i servizi idrici, la cosiddetta programmazione infrastrutturale parallela al Piano delle infrastrutture strategiche, i servizi di pubblica utilità e così via<sup>48</sup>. Si tratta di un modo attraverso il quale lo Stato decide di investire risorse pubbliche per finalità di interesse generale. Sembra pacifico, a tale proposito, dover distinguere le diverse tipologie di infrastrutture in relazione alle attività esercitate. Le infrastrutture che hanno a che vedere con la difesa dello Stato non sono da ricomprendere nella disciplina sul controllo degli aiuti di Stato. Tutte le volte in cui l'attività diventa economicamente rilevante, però, i margini di apprezzamento da parte della Commissione

<sup>41</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 26 agosto 2010, Un'agenda digitale europea, COM(2010)245 def/2.

<sup>42</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 22 gennaio 2014, Quadro per le politiche dell'energia e del clima per il periodo dal 2010 al 2030, COM(2014)15 def.

<sup>43</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 6 ottobre 2010, Iniziativa faro Europa 2020 – L'Unione dell'innovazione, COM(2010)546 def.

<sup>44</sup> Comunicazione 2016/C 262/01, punto 201. Sentenza del 19 dicembre 2012, causa C-288/11 P, *Mitteldeutsche Flughafen AG, Flughafen Leipzig-Halle GmbH c. Commissione (Aeroporto di Lipsia)*, con commenti, fra gli altri, di A. LAPIÉCE, *The Leipzig Airport Judgement: The Application of UE State Aid Rules to the Financing of Airport Infrastructure*, in *Journal of Airport Management*, 2011, p. 51 ss.

<sup>45</sup> Sentenza del 15 giugno 1993, causa C-225/91, *Matra SA c. Commissione*.

<sup>46</sup> Commissione europea, *Venticinquesima relazione sulla politica di concorrenza*, Bruxelles, 1995, punto 175.

<sup>47</sup> Comunicazione 2016/C 262/01, punto 201.

<sup>48</sup> G. MOBILIO, *Cipe e Costituzione. Governare attraverso i Comitati interministeriali*, Napoli, 2018, p. 163 ss.

umentano considerevolmente. Sono del tutto evidenti le possibili interconnessioni disciplinari con altre norme in materia di aiuti di Stato. In questa sede, è sufficiente fare riferimento all'intreccio funzionale con le norme di cui all'art. 106 TFUE che sembra offrire "spiragli" all'azione degli Stati consentendo l'imposizione di oneri di servizio pubblico<sup>49</sup>. La costruzione di un'infrastruttura per gestire servizi di interesse economico generale<sup>50</sup> coinvolge una pluralità di norme l'una connessa all'altra. Nel caso dei trasporti, ad esempio, da un lato, vi è la necessità di dare impulso alla ripresa economica tramite le infrastrutture, dall'altro, le norme sulla concorrenza impongono una serie di restrizioni che limitano tale possibilità. Vi è un controllo, per dir così, a monte, attraverso la compatibilità delle infrastrutture, e a valle, sull'oggetto per il quale quelle stesse infrastrutture sono state costruite. Da una parte, l'ordinamento nazionale è prevalentemente orientato alla salvaguardia delle esigenze della collettività, dall'altra, il diritto sovranazionale tende a manifestare una preferenza per il mercato<sup>51</sup>. Nuove esigenze, ad esempio nel settore dei trasporti, spingono verso una valutazione più accurata degli interessi in campo, e, in particolare, verso la rivalutazione della volontà politica degli Stati i quali, soprattutto in materia ferroviaria, "hanno richiesto di consentire una separazione 'alleggerita' della possibilità di mantenere la società che eroga il servizio all'interno della stessa *holding* che controlla anche il gestore dell'infrastruttura"<sup>52</sup>. In questo caso, dunque, sembra che le istanze statali abbiano (ri)preso un certo vigore rispetto a quelle *lato sensu* europee anche in ragione della connessione tra la *mission* di interesse pubblico e quella, invero collegata alla prima, di garanzia dell'occupazione, della sicurezza e dell'ambiente.

**11.** Benché esista, ai fini della valutazione dei finanziamenti delle infrastrutture e del loro affidamento a terzi, un indizio quale quello della sussistenza dell'attività economica, di fatto, per qualificare l'intervento pubblico come aiuto di Stato, il metodo utilizzato per il vaglio di compatibilità è, come spesso accade in questo campo, l'esame caso per caso. A partire dalla sentenza *Aeroporto di Lipsia*, le infrastrutture sono oggetto di particolare attenzione da parte della Commissione. Si tratta di un giudizio che ha aperto uno scenario nuovo, facendo da apripista per l'applicazione, per dir così, in forma analogica, dei suoi principi ad altre infrastrutture, ampliando così la sua portata. Ad esempio, l'evoluzione del sistema del trasporto aereo, con la particolare crescita degli aeroporti regionali, ha modificato lo scenario di riferimento per quel che concerne le infrastrutture, non certo però quelle, per dir così, "storiche" che, cioè da sempre costituiscono un elemento importante delle politiche pubbliche degli Stati. In ogni caso, dalla pista di un aeroporto a fini com-

<sup>49</sup> L. AMMANNATI, *Verso un trasporto sostenibile. Interoperabilità, intermodalità e digitalizzazione*, in L. AMMANNATI, A. CANEPA (a cura di), *Politiche per un trasporto sostenibile. Governance multimodalità fiscalità*, Napoli, 2017, p. 19.

<sup>50</sup> Del resto, la Commissione riconosce, che i servizi di interesse economico generale rappresentano "un fattore essenziale di coesione sociale e territoriale" e, per tale ragione, gli Stati membri, possono "decidere se e in che modo finanziare i servizi di interesse economico generale"; Commissione, 7 giugno 2005, Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato. Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009, COM(2005)107 def.

<sup>51</sup> D. MARESCA, *La regolazione delle infrastrutture tra concorrenza e interessi pubblici nella recente prassi della Commissione europea*, in L. AMMANNATI, A. CANEPA (a cura di), *op. cit.*, p. 115.

<sup>52</sup> *Ivi*, p. 116.

merciali, com'era il caso dell'aeroporto di Lipsia, si è passati ad un'elencazione di infrastrutture che dovrebbe, per dir così, mettere in allarme gli Stati anche perché la differenza tra attività economica ed attività non economica si presenta particolarmente complicata soprattutto per quel che concerne le infrastrutture su larga scala. L'indicazione della presenza di possibili aiuti per le infrastrutture è presente nella comunicazione sui fondi strutturali "allertando" gli Stati in ordine alla destinazione dell'infrastruttura per finalità di natura commerciale. È la consueta modalità con la quale la Commissione "avverte" gli Stati sul modo con il quale eserciterà il suo potere discrezionale. Successivamente, dopo avere, per dir così, fatto propri i principi sviluppati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (soprattutto con riferimento all'applicabilità ad altre infrastrutture, alla luce dell'ampia valenza del giudicato della Corte), la Commissione ha inteso attribuire la qualificazione di aiuto di Stato solo a quelle infrastrutture che realizzano una condizione di potenziale distorsione della concorrenza.

La sentenza *Aeroporto di Lipsia*, ad ogni modo, ha aperto un fronte di criticità anche su un piano più generale che investe il problema degli effetti derivanti dall'intreccio fra fonti del diritto. I giudici sottolineano come gli effetti della sentenza in parola si riverberano sugli aiuti alle infrastrutture concessi non a partire dalla data del giudicato in parola ma da un momento anteriore, cioè dal 2002, data della sentenza *Aeroporto di Parigi*<sup>53</sup>. A tale *statement* ha fatto seguito un'analogha "precisazione" (*sic*) da parte della Commissione contenuta al punto 209 della comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato del 2016. I giudici applicano, in questo caso, un criterio alquanto discutibile in punto di effetti delle sue sentenze, dato che "dettano" alla Commissione i criteri con i quali valutare la compatibilità anche per il passato, quando cioè non esistevano disposizioni specifiche in tema di aiuti alle infrastrutture, se non per quelle, aventi natura e finalità del tutto diverse (relative ai fondi strutturali) che peraltro non consideravano aiuto di Stato un finanziamento per la realizzazioni infrastrutturali. Il citato punto della comunicazione esclude dalle ipotesi di controllo quei finanziamenti realizzati sulla base delle norme applicabili per la politica di coesione, un ambito verso il quale sono già emanate disposizioni specifiche e che peraltro costituisce uno degli obiettivi fondamentali dell'azione dell'Unione per favorire lo sviluppo delle regioni economicamente meno avanzate. La differenza con le infrastrutture di altro tipo è però evidente solo se si considera che, sempre la comunicazione, rimanda a quegli interventi per i quali è stata già dichiarata l'ammissibilità per effetto del cofinanziamento dello Stato. Per i progetti di aiuto notificati e per quelli oggetto di denuncia da parte dei terzi, invece, la Commissione procederà alla verifica di compatibilità. In questa vicenda, però, meritano di essere segnalate alcune questioni di grande interesse al piano giuridico. La sentenza citata, nell'estendere gli effetti della medesima ad un periodo di tempo pregresso – che non casualmente coincide con i dieci anni entro i quali la misura di sostegno economico può essere contestata – sembra andare oltre il giudicato, coinvolgendo situazioni e interessi che potrebbero sollevare problematiche di non poco momento come la restituzione di quanto indebitamente percepito. La stessa Commissione fa proprio tale principio in una fonte atipica che si pretende non assuma valore vincolante: al contrario, essa, quanto meno in alcune delle sue parti, e certamente in questa comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato, detta indica-

---

<sup>53</sup> Sentenza *Aeroporto di Lipsia*, punti 64-67.

zioni precise, “confezionando” obblighi in capo agli Stati, e rende noto il modo in cui applicherà le disposizioni in essa contenute. Se pure si volesse porre in discussione il valore vincolante della comunicazione (cosa che nel caso degli aiuti di Stato appare operazione di per sé alquanto problematica), non appaiono esserci dubbi, invece, sulla politicità della medesima che non potrà non produrre effetti di natura giuridico-amministrativa non soltanto, com’è evidente, per il futuro ma anche, non senza tratti di problematicità, per il passato, sebbene relativamente ad un arco tempo di tempo limitato.

12. Un altro fattore che ha determinato la progressiva sottrazione del governo economico degli Stati è quello dell’espansione della nozione della selettività della misura, un parametro pervasivo e sempre più discrezionale nel vaglio di compatibilità<sup>54</sup>. Il terreno di maggiore impatto è quello degli aiuti fiscali<sup>55</sup> (da qualche tempo oggetto di particolari cure da parte della Commissione), un ambito di operatività che assume una valenza, per dir così, totalitaria. Anche in questo caso la giurisprudenza UE<sup>56</sup> ha contribuito a declinare il criterio della selettività in termini di selettività materiale giuridica e selettività materiale di fatto<sup>57</sup>: la prima fa riferimento ai criteri giuridici utilizzati ai fini della concessione della misura, la seconda concentra l’attenzione sugli effetti discriminatori prodotti, benché in presenza di elementi formalmente qualificati di carattere generale. L’ampiezza della definizione della selettività rischia di compromettere l’autonomia fiscale degli Stati. Si tratta di una tendenza confermata anche in casi recenti come, ad esempio, quelli relativi alle vertenze *World Duty Free Group SA*<sup>58</sup> e *Hansestadt Lübeck*<sup>59</sup> ove viene in evidenza sia il richiamato ampliamento dell’ambito di applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato in materia fiscale sia la limitazione statale all’uso delle misure agevolative<sup>60</sup>. Quanto più si dilata e si scinde la nozione di selettività, tanto è più facile “aggredire” la misura statale. Ciò consente alla Commissione di addentrarsi in territori praticamente senza orizzonti (una sorta di estensione funzionale del potere implicito). Un’operazione che, però, viene ritenuta necessaria per assicurare un’effettiva parità di condizioni fra imprese in campo fiscale<sup>61</sup>.

<sup>54</sup> A. BIONDI, *Per una teoria della gravità selettiva: evoluzioni della giurisprudenza della Corte europea di giustizia in materia di aiuti fiscali*, in *Liber amicorum Antonio Tizzano*, Torino, 2018, p. 126 ss.

<sup>55</sup> W. SCHÖN, *Taxation and State Aid in the European Law*, in *Common Market Law Review*, 1999, p. 911 ss.; R. GRAPPIOLO, *La valutazione delle misure fiscali di vantaggio: il ruolo della Commissione e degli organi giurisdizionali nazionali*, in A. DI PIETRO, A. MONDINI (a cura di), *Aiuti di Stato fiscali e giurisdizioni nazionali: problemi attuali. Atti e documenti del progetto di formazione e ricerca National Tax Judges and Fiscal State Aids*, Bari, 2015, p. 21 ss.

<sup>56</sup> Sentenza del 15 novembre 2011, cause riunite C-106 e 107 P, *Commissione e Regno di Spagna c. Government of Gibraltar e Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*.

<sup>57</sup> Comunicazione 2016/C 262/01, punto 121.

<sup>58</sup> Sentenza del 21 dicembre 2016, cause riunite C-20 e 21/15 P, *Commissione c. World Duty Free Group (già Autogrill España SA), Banco Santander SA e Santusa Holding SL*.

<sup>59</sup> Sentenza del 21 dicembre 2016, causa C-524/14 P, *Commissione c. Hansestadt Lübeck*.

<sup>60</sup> G. PEROTTO, *La selettività negli aiuti fiscali: estensione della nozione e limiti alla discrezionalità fiscale nazionale*, in *European Papers*, 2017, p. 1017 ss.

<sup>61</sup> Relazione sulla politica di concorrenza 2016, 31 maggio 2017, COM(2017)285 def., p. 3 ss.

L'azione di controllo della Commissione tende a far coincidere il criterio in esame con quello di discriminazione (nelle sue possibili declinazioni: diretta<sup>62</sup>, indiretta<sup>63</sup>, rovesciata<sup>64</sup>, restrittiva)<sup>65</sup>, di anticoncorrenzialità, di esclusività, di discrezionalità: una gamma di *sub*-criteri che rende davvero complicato per lo Stato predisporre misure, come nel caso di quelle fiscali, che sostengano imprese, attività economiche e territori. In effetti, a guardare l'ampia casistica ci si accorge che i presupposti della declaratoria d'incompatibilità sono sempre dietro l'angolo. Una declinazione della discriminazione consiste nello scegliere di attribuire un incentivo pretermettendo dal beneficio fiscale altri soggetti o individuando espressamente taluni beneficiari. La conseguenza è la lesione del principio concorrenziale perché l'aiuto, anche se poi dichiarato compatibile, è pur sempre un aiuto e per ritenerlo non lesivo della concorrenza deve produrre un vantaggio (una contropartita materiale) per l'intera economia. Lo Stato può incontrare maggiori difficoltà quando il comportamento dell'amministrazione presenta profili di discrezionalità tali da consentirle di "contrattare" con il contribuente il pagamento di un'imposta<sup>66</sup>. Queste "variabili" sono insite nel concetto di selettività, con l'effetto di rendere i provvedimenti concessivi altamente suscettivi di decisione d'incompatibilità. Si tratta, dunque, di un criterio che facilita il compito "repressivo" e "orientativo" della Commissione in situazioni in cui difficilmente gli Stati pongono mano spontaneamente, come dimostra il caso della lotta all'elusione e all'evasione fiscale. Del resto, il giudice, sia comunitario sia nazionale, ne ha indicato la "essenzialità" ai fini della qualificazione di una misura quale aiuto di Stato, non tanto nell'intento di sottovalutare gli altri criteri quanto perché la selettività è in grado di stabilire l'esistenza di un vantaggio economico. Con specifico riferimento agli aiuti fiscali individuali, il vantaggio economico determinato dal sussidio presuppone la selettività<sup>67</sup>, con il che l'ausilio sembrerebbe condannato invariabilmente alla declaratoria d'incompatibilità. La metodologia del controllo, illustrato nella comunicazione sugli aiuti di Stato del 2016<sup>68</sup>, è trifasica<sup>69</sup>. Si tratta di un *iter* che, benché strutturato in modo organico, consente l'individuazione di elementi ben distinguibili fra loro, talvolta anche esaminati in sequenze non regolari. Le prime due fasi assumono carattere tecnico, di verifica cioè dell'esistenza della selettività della misura, la terza è quella forse più "politica" perché serve a testare la sua eventuale tollerabilità nei confronti con la concorrenza. Con la prima viene individuato il regime tributario ordinario dello Stato concessore (riconoscimento del sistema di riferimento), con la seconda si esamina in concreto la misura in termini di deroga al detto regime (differenziazione fra operatori), la terza attiene alla valutazione in ordine alla giustificazione dello strumento proposto alla luce della natura e della struttura del sistema di riferimento. Quanto alla prima fase, l'individuazione del regime generale non è sempre agevole perché la ricognizione va effettuata di volta in volta, in considerazione delle norme

---

<sup>62</sup> Sentenze dell'8 gennaio 1986, causa 270/83, *Commissione c. Francia*, e del 12 aprile 1994, causa C-1/93, *Halliburton*.

<sup>63</sup> Sentenza del 17 febbraio 1974, causa C-152/73, *Sotgiu*.

<sup>64</sup> Sentenza del 16 luglio 1998, causa C-264/96, *Imperial Chemicals Industries plc (ICI) c. Colmer*.

<sup>65</sup> Sentenza del 28 aprile 1998, causa C-118/96, *Safir*.

<sup>66</sup> Come nel caso dei *rulings* fiscali.

<sup>67</sup> Sentenza del 30 giugno 2016, causa C-270/15, *Belgio c. Commissione*.

<sup>68</sup> Comunicazione 2016/C 262/01, punto 128 ss.

<sup>69</sup> M. ORLANDI, *op. cit.*, p. 232 ss.

applicabili, secondo criteri oggettivi, a tutte le imprese: si tratta di ricercare fattori individuabili quali il sistema di imposizione del reddito delle società, il sistema IVA o il sistema generale di imposizione delle assicurazioni. Il medesimo criterio vale anche per determinati tributi su taluni prodotti o attività che hanno un impatto negativo sull'ambiente o sulla salute. La seconda fase attiene alla verifica in ordine alla possibile discriminazione tra le imprese, in deroga al sistema esaminato. Favorire "talune imprese o talune produzioni" (art. 107, par. 1, TFUE) rispetto ad altre che si trovino in una situazione di diritto o di fatto analoga comprometterebbe il superamento del vaglio di compatibilità della misura adottata, e in questo caso gli Stati non potrebbero nemmeno invocare il perseguimento di obiettivi di carattere generale come la politica regionale, quella ambientale o industriale per giustificare il trattamento differenziato. Al contrario, le tasse ambientali e sanitarie volte a scoraggiare lo svolgimento di talune attività o a produrre taluni prodotti che hanno un effetto negativo sull'ambiente o sulla salute umana si considerano coerenti con gli obiettivi perseguiti dal sistema e, in tali casi, la differenziazione può essere considerata come una deroga consentita. Questa valutazione non permette, però, di dichiarare definitivamente la misura come compatibile con il diritto della concorrenza applicabile agli Stati. Occorre, infatti, verificare se essa sia "giustificata" in base alla struttura del sistema di riferimento. Vanno esclusi motivi di natura politica e non inerenti al sistema, al fine di evitare che qualunque intervento possa essere riconducibile a generiche azioni di natura politica per giustificarne l'adozione. Se, invece, l'agevolazione è frutto dell'applicazione dei principi informativi del sistema di riferimento essa si considera "giustificata": le norme inerenti alla frode o l'evasione fiscale, la natura progressiva dell'imposta sul reddito e la sua logica redistributiva, il divieto di doppia imposizione e l'ottimizzazione del recupero dei debiti tributari<sup>70</sup>.

**13.** Le agevolazioni fiscali alle imprese, pur essendo utilizzate in modo crescente dagli Stati dell'Unione europea ai fini dell'incentivazione dello sviluppo economico<sup>71</sup>, sono considerate fra gli strumenti più nocivi per la concorrenza, non sono ritenuti atti di buona amministrazione<sup>72</sup> e rappresentano uno strumento di controllo e di condizionamento degli operatori economici<sup>73</sup>. La norma che prevede il *favor* fiscale è in grado di "esportare" i suoi effetti anche al di fuori dei confini dello Stato che l'ha prevista, perché può ingenerare discriminazioni fra imprese di Paesi diversi e creare problemi di ammissibilità con il regime del divieto degli aiuti di Stato essendo quest'ultimo una componente importante dell'ordine economico globale<sup>74</sup>. Non è un caso che le agevolazioni fiscali siano costantemente sotto la lente dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) e del Fondo monetario internazionale (FMI), i quali, a più riprese, hanno sollecitato gli Stati

<sup>70</sup> Comunicazione 2016/C 262/01, punti 113, da 134 a 136 e 139.

<sup>71</sup> European Commission, 29 novembre 2017, State Aid Scoreboard 2017: Results, Trends and Observations Regarding EU28 State Aid Expenditures Reports for 2016, COMP.A3, p. 11.

<sup>72</sup> Decisione della Commissione del 17 marzo 2013 concernente l'aiuto di Stato SA 21333 C/11 (ex NN/11, ex CP 137/06) eseguito dalla Spagna; sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 2018, causa C-128/16 P, *Commissione c. Regno di Spagna e al.*

<sup>73</sup> L. FRANZESE, *op. cit.*, p. 20.

<sup>74</sup> M. MEZAGUER, *La Réglementation des aides d'État dans l'Union européenne comme mise en œuvre combinée d'un ordre public économique composite*, in *Revue internationale de droit économique*, 2019, p. 75.

ad un uso moderato delle medesime, in particolare quelle che perseguono obiettivi ritenuti obsoleti e non finalizzati<sup>75</sup>. Per fronteggiare gli eventuali abusi da parte statale, la Commissione si è dotata di criteri a metà strada tra il politico e il giuridico, come quello della libera concorrenza e del creditore privato: si tratta di canoni dalla configurazione molto ampia che dilatano a dismisura il suo potere discrezionale rendendolo davvero penetrante. Nel caso delle agevolazioni fiscali predatorie, però, è stata fatta di necessità virtù. Come è accaduto nei confronti delle attività negoziali svolte dall'Olanda, dall'Irlanda e dal Lussemburgo, che, insieme a Malta e Cipro, sono finite nella *blacklist* dei paradisi fiscali, le quali hanno dimostrato grande generosità nei confronti di talune multinazionali. Lo rileva il Rapporto Oxfam<sup>76</sup> secondo cui questi Paesi non supererebbero il test per tirarsi fuori dalla *blacklist* dei *fiscal havens*. Critiche sono state riservate a questi Paesi anche nel *Winter package* del 7 marzo 2018 proprio a causa delle pratiche fiscali aggressive<sup>77</sup>. La crisi, poi, ha favorito il fenomeno della migrazione fittizia delle multinazionali. Dei 600 bilioni di dollari di profitti delle multinazionali, il 30% è finito nei paradisi fiscali europei. Lo studio dal significativo titolo *The Missing Profits of Nations* del 2018 va ancora più a fondo. I suoi autori (Thomas Tørsløv, Ludvig Wier e Gabriel Zucman) stimano che l'80% dei profitti trasferiti dai Paesi dell'UE finiscono proprio nei "Paesi canaglia europei" verso i quali sarebbe immigrata non irrisoria cifra di 210 bilioni di dollari. In base a tali stime il citato Rapporto Oxfam stima una perdita di 35.1 bilioni di dollari per Spagna, Francia, Italia e Germania, una cifra che consentirebbe di moltiplicare per 35 l'attuale finanziamento dei servizi sanitari. Per contrastare tale fenomeno, la Commissione ha fatto propri i criteri adottati in altri contesti (OCSE) per arginare la *cattura fiscale* delle imprese. Uno di questi è il citato principio della libera concorrenza<sup>78</sup> utilizzato quale strumento di "aggressione" degli *advance price agreements*. La Commissione si assume, così, la responsabilità di "occupare" la competenza sia degli Stati, che in materia fiscale il TFUE assegna loro in via esclusiva, sia del Consiglio che, in tema di armonizzazione fiscale, deve assumere le sue decisioni all'unanimità. La Commissione ha così stabilizzato un *modus operandi* che ha incorporato il principio di libera concorrenza all'interno dei procedimenti di decisione sulla compatibilità di un aiuto fiscale, nel tentativo di delineare un quadro omogeneo e unitario nel settore degli ordinamenti fiscali. Il principio della libera concorrenza è forse ancora più flessibile e aperto rispetto a quello della selettività e proprio per questo più aggressivo e travolgente. Già noto in ambito OCSE – non formalmente trasposto in sede UE ma impiegato come se fosse fonte del diritto direttamente applicabile – esso prevede che le imprese debbano attribuire i prezzi di mercato nelle transazioni infragruppo e che la mancata attuazione di questa regola implichi la violazione della concorrenza. La comunicazione sulla nozione di aiuti di Stato del 2016 ha indicato il tasso di rendimento interno (TRI) quale metodo per stabilire il rendimento annuo di un investimento. Oppure, si può stimare la decisione d'investimento col metodo del valore attuale netto (VAN)<sup>79</sup>. La Commissione,

<sup>75</sup> International Monetary Fund, *Country Report No. 19/40*, febbraio 2019.

<sup>76</sup> Oxfam, *Off the Hook. How the EU is about to Whitewash the World's Worst Tax Havens*, marzo 2019, reperibile *online*.

<sup>77</sup> Senato della Repubblica, Servizio studi, *Il pacchetto d'inverno del Semestre europeo 2019*, marzo 2019.

<sup>78</sup> M. ORLANDI, *op. cit.*, p. 342 ss.

<sup>79</sup> Comunicazione 2016/C 262/01, punti 102-105.

dunque, utilizza queste metodiche di analisi per verificare se l'operazione oggetto di una determinata misura è conforme alle condizioni di mercato. Nel caso dei rendimenti dell'investimento, allora, dovrà essere commisurato a quello che il mercato considera un "normale rendimento", cioè quello che il mercato si aspetta dall'investimento in base a parametri riconosciuti, considerando il rischio rispetto alla situazione finanziaria della società e delle caratteristiche del settore, della regione o del Paese. Rischio maggiore, maggiore il tasso di rendimento richiesto dai finanziatori.

Inoltre, attraverso il controllo sui *rulings* fiscali (uno strumento con il quale l'amministrazione fiscale "tratta" con la multinazionale, in via anticipata, i prezzi di trasferimento infragruppo), la Commissione si è autoattribuita il potere di indicare agli Stati le modalità di applicazione del diritto interno (in particolare quello non soggetto ad armonizzazione e non armonizzato), in questo caso delle imposte, senza il consenso dello Stato membro, che invece è necessario in questa materia. Anche se, va detto che essa ha ricevuto un formale "mandato politico" dal Consiglio ECOFIN che, sin dal 1997, le aveva chiesto di dare il suo contributo alla lotta all'elusione e all'evasione fiscale. Nel 2015<sup>80</sup> e nel 2016, la Commissione aveva "informato" che stava monitorando casi di aiuti di Stato selettivi alle multinazionali per combattere pratiche fiscali anticoncorrenziali<sup>81</sup>. Nei *rulings* fiscali, lo Stato può essere complice o comunque parte attiva di una pratica anticoncorrenziale e, quindi, quando commette "errori", vanno approntate tutte le misure per porvi rimedio (il recupero dell'indebito non ha natura sanzionatoria ma ripristinatoria)<sup>82</sup>. Con il *ruling* lo Stato, oltre tutto, rinuncia ad una parte consistente delle proprie entrate, stimate, in Europa, intorno ai 70 miliardi di euro.

Il principio del creditore privato<sup>83</sup>, infine, è un altro criterio che viene utilizzato per snidare un aiuto vietato confrontando il comportamento che avrebbe ottenuto un soggetto privato in una situazione analoga. Tale criterio deriva direttamente dal principio dell'investitore privato in un'economia di mercato, con il quale la Commissione verifica se, in circostanze analoghe, un determinato investimento pubblico sarebbe stato effettuato da un investitore privato in condizioni normali di mercato. La Commissione può imporre alle autorità fiscali nazionali norme sulla riscossione di crediti o di imposte di difficile esazione e rigide regole di comportamento soprattutto nei confronti dei contribuenti che hanno debiti nei confronti dello

<sup>80</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 17 giugno 2015, Un regime equo ed efficace per l'imposta societaria nell'Unione europea: i 5 settori principali d'intervento, COM(2015)302 final.

<sup>81</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 5 luglio 2016, Comunicazione su ulteriori misure intese a rafforzare la trasparenza e la lotta contro l'evasione e l'elusione fiscali, COM(2016)451 def. Tra i casi di *rulings* finiti nella rete della Commissione: decisione del 30 agosto 2016, n. C(2016) 5605 final, On State Aids SA 38373 (2014)C) (ex 2014/CP) implemented by Ireland to Apple; decisione del 21 ottobre 2015, n. 2016/2326/UE, relativa all'aiuto di Stato SA38375 (2014/C ex 2014/NN) cui il Lussemburgo ha dato esecuzione a favore di Fiat; decisione 2018/859 del 4 ottobre 2017 relativa all'aiuto di Stato SA.38944 (2014/C) (ex 2014/NN); decisione del 21 ottobre 2015, n. 2017/502, relativa all'aiuto di Stato SA 38374 (2014/C ex 2014/NN) al quale i Paesi Bassi hanno dato esecuzione a favore di Starbucks.

<sup>82</sup> M. MEROLA, *Rimedi per violazione sugli aiuti di Stato: misure repressive o di ripristino. Diritto positivo (post-modernizzazione) e scenari di riforma*, Torino, 2018, p. 16.

<sup>83</sup> Sentenze del: 29 giugno 1999, causa C-256/97, *DM Transport*; 24 gennaio 2013, causa C-73/11 P, *Frucona Košice (Frucona I)*; 21 marzo 2013, causa C-405/11 P, *Buczek*; 20 marzo 2014, causa C-271/13 P, *Rousse Industry AD*; 20 settembre 2017, causa C-300/16 P, *Frucona II*.

Stato. Lo Stato-creditore deve sempre esigere quanto dovutogli a meno che reperi la situazione del debitore come definitivamente compromessa. In ogni caso, l'amministrazione è tenuta a praticare un tasso di interesse proporzionato alla solvibilità del debitore. Se la situazione del debitore è suscettiva di modificazioni in senso positivo, se cioè in base a valutazioni tecniche si repera che l'impresa tornerà ad essere solvente, l'amministrazione non potrà farle fruire di dilazioni o di tassi di interesse incongrui o sproporzionati, cioè al di fuori delle regole del mercato. Si è dinanzi a comportamenti delle amministrazioni che possono tradursi in un aiuto di Stato vietato quando la scelta della dilazione di pagamento non sia una misura di carattere generale ma sia stata adottata sulla base di una valutazione discrezionale tale da integrare una discriminazione fiscale. Lo Stato, cioè, quale creditore avveduto, deve sempre esigere i suoi crediti, a meno che reperi la situazione del debitore come definitivamente compromessa, e praticare un tasso di interesse proporzionato alla solvibilità del debitore. Se, infatti, il debitore è o tornerà ad essere solvente lo Stato non potrà applicare dilazioni o tassi di interesse sproporzionati, cioè non di mercato, distonici rispetto a quelli praticati per i debiti nei confronti del debitore privato<sup>84</sup>.

## Abstract

### New Issues Related to State Aid in EU Law

In recent years, control action on State aid has been stepped up by broadening the Commission's scope. The aim of this work is to examine certain areas affected by this *modus operandi* in order to verify the latitude of the Commission's power in a key area of State economic policy, in close connection with budgetary policies. With particular reference to tax aid, it will be highlighted that the contrast of aggressive practices by certain States is not only in terms of protecting competition but also as an instrument to combat tax evasion and avoidance.

---

<sup>84</sup> M. ORLANDI, *op. cit.*, 267 ss.



Pieralberto Mengozzi\*

# Il parere 1/17 della Corte di giustizia UE sul Trattato CETA e il principio di autonomia del diritto UE

SOMMARIO: 1. L'accordo economico e commerciale globale tra il Canada e l'Unione europea e i suoi Stati membri (CETA) e l'attenzione con cui è stato atteso il parere 1/17 su di esso della Corte. – 2. La centralità data nel parere all'analisi della compatibilità del sistema di risoluzione delle controversie previsto dal CETA con il principio di autonomia dell'ordinamento comunitario. – 3. Il rilievo attribuito a quel principio nel parere 2/13 relativo al progetto di adesione alla CEDU. – 4. Il rilievo che in *Achmea* la Corte ha attribuito allo stesso principio anche con riferimento ad un accordo in materia di investimenti intracomunitari. – 5. La posizione assunta dalla Corte in relazione ad investimenti internazionali previsti dall'Accordo CETA. – 6. Il contrasto tra i paragrafi 1 e 2 dell'attuale art. 8.31 CETA ed il tentativo di superarlo rispettando la giurisprudenza della Corte di cui ai paragrafi precedenti. – 7. *Segue*: il silenzio della Corte a proposito di tale tentativo. – 8. L'inaccettabilità di quanto è stato avanzato per superare la distinzione che pare esistere tra la sentenza *Achmea* ed il parere 1/17. – 9. L'abbandono nel parere 1/17 della qualificazione contenuta in *Achmea* della procedura pregiudiziale come chiave di volta della tutela dell'autonomia dell'ordinamento comunitario. – 10. Il riferimento della Corte al dovere del Tribunale CETA di tenere conto degli interessi pubblici delle parti contraenti.

1. Il 30 aprile 2019 la Corte di giustizia, su richiesta del Belgio, ha reso il parere 1/17<sup>1</sup>, con riferimento all'Accordo economico e commerciale globale tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea ed i suoi Stati membri, dall'altra (CETA: Comprehensive Economic and Trade Agreement), costituente un accordo di libero scambio di nuova generazione, che è stato finalizzato il 29 febbraio 2016. Su questo nuovo tipo di accordo la Corte si era già espressa con il parere 2/15 il 16 maggio 2017<sup>2</sup>. In quel caso essa era richiesta di pronunciarsi su un accordo riguardante gli investimenti diretti in corso di negoziazione tra l'Unione e Singapore solo per stabilire se quell'accordo rientrasse nella competenza esclusiva dell'Unione *ex art.* 207 TFUE<sup>3</sup>. La Corte aveva risposto in maniera negativa, in quanto esso sottrae giuri-

\* Associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Bologna.

<sup>1</sup> Parere 1/17 della Corte del 30 aprile 2019, ECLI:EU:C:2019:341.

<sup>2</sup> Parere 2/15 della Corte del 16 maggio 2017, ECLI:EU:C:2017:376.

<sup>3</sup> Sull'introduzione degli investimenti diretti nella competenza esclusiva dell'Unione europea prevista dall'art. 207 TFUE cfr. R. BARATTA, *La politica commerciale comune dopo il Trattato di Lisbona*, in

sdizione ai giudici degli Stati contraenti e dunque esclude il sistema giurisdizionale che l'art. 19, par. 1, co. 2, TUE impone loro di stabilire nei settori coperti dal diritto dell'Unione. E lo aveva fatto senza riferirsi, neanche indirettamente, al dato che esso prevedeva un sistema di risoluzione delle controversie tra investitori e Stati membri, estraneo all'ordinamento giuridico dell'Unione.

Sull'accettabilità da parte dell'Unione europea di un accordo prevedente un sistema del genere è stato, invece, chiesto alla Corte di pronunciarsi nel nuovo caso.

La risposta della Corte era molto attesa dato che l'Accordo CETA prevede la possibilità per gli investitori di avanzare ricorsi direttamente davanti ad organismi internazionali istituiti *ad hoc* per ottenere il risarcimento dei danni subiti ad opera dello Stato in cui hanno effettuato un investimento, per violazioni del medesimo Accordo.

Contro i negoziati di accordi del genere, che stanno interessando oltre i rapporti con il Canada anche quelli per la conclusione da parte dell'Unione europea di un Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) con gli Stati Uniti e di un Free Trade Agreement con Singapore e Vietnam<sup>4</sup>, sono state raccolte centinaia di migliaia di firme ed è stata lanciata una campagna, "Stop TTIP – Stop CETA", che ora, dopo il parere 1/17, ha portato a criticare la Corte di giustizia accusandola di avere dato via libera ad una serie di accordi "trita norme" grazie ai quali le multinazionali "possono agire in giudizio nei confronti dei governi nazionali e della stessa UE, ogni qualvolta ritengano che una legislazione arrechi disturbo ai loro affari"<sup>5</sup>. E ciò nonostante la Corte costituzionale tedesca, con sentenza del 13 ottobre 2016, abbia negato l'accoglimento di ricorsi d'urgenza concernenti l'emissione di un provvedimento cautelare, permesso dall'ordinamento tedesco, volto, con riferimento alla negoziazione dell'Accordo CETA<sup>6</sup>, a prevenire il consenso del governo nazionale in seno al Consiglio dell'Unione europea<sup>7</sup>.

2. Nel parere 1/17 la Corte di giustizia ha analizzato il sistema di risoluzione delle controversie sottoposto alla sua valutazione sotto diversi, interessanti, profili<sup>8</sup>. Tra questi risulta centrale quello della compatibilità di quel sistema con il principio

---

*Diritto del commercio internazionale*, 2012, p. 403 ss.; F. MUNARI, *L'azione esterna tra complicata novità (gli investimenti) e numerose inesprese potenzialità*, in A. TIZZANO (a cura di), *Verso i 60 anni dai Trattati di Roma. Stato e prospettive dell'Unione europea*, Torino, 2016, p. 306 ss.

<sup>4</sup> G.M. RUOTOLO, *Gli accordi commerciali di ultima generazione dell'Unione europea e i loro rapporti col sistema multilaterale degli scambi*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, p. 339.

<sup>5</sup> D. DONGO, S. BERGAMINI, *CETA, via libera della Corte di Giustizia al "trita-norme" a servizio delle "Corporation"*, in *Greatitalianfoodtrade.it*, 6 maggio 2019, reperibile online.

<sup>6</sup> Accordo successivamente pubblicato in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, L 11 del 14 gennaio 2017, p. 23.

<sup>7</sup> Cfr. 2 BvR 1368/16, 2 BvR 1444/16, 2 BvR 1823/16, 2 BvR 1482/16, 2 BvE 3/16, nonché *Press Release No. 71/2016 of 13 October 2016, Applications for a Preliminary Injunction in the "CETA" Proceedings Unsuccessful*. Su di essa cfr. S. VILLANI, *Riflessioni a distanza sulla pronuncia della Corte Costituzionale Federale in relazione al Trattato CETA*, in *Studi tributari europei*, 2017, p. 260 ss.

<sup>8</sup> Per una loro puntuale indicazione cfr. F. BILTGEN, *The Concept of Autonomy of EU Law: From Opinion 2/13 (Accession to the ECHR) to Achmea and Opinion 1/17 (CETA)*, in *Building Bridges: Central Banking Law in an Interconnected World*, ECB Legal Conference 2019, dicembre 2019, reperibile online, p. 86 ss.; D. SIMON, *Accords internationaux. Accord UE/CETA: Compatibilité avec le droit primaire*, in *Europe. Actualité du Droit de L'Union Européenne*, 2019, n. 6, p. 13 ss.

di autonomia<sup>9</sup>, che la Corte ha generalmente considerato l'architrave dell'ordinamento giuridico dell'Unione<sup>10</sup>, definendolo con contenuto sempre più ampio<sup>11</sup>.

Sin dalle sentenze *van Gend en Loos* e *Costa c. E.N.E.L.*, la Corte di giustizia l'ha utilizzato per indicare che l'ordinamento comunitario risponde a logiche proprie, costituendo un "ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale"<sup>12</sup> distinto da quest'ultimo, "scaturito da una fonte autonoma", la quale, "in ragione della sua specifica natura", non può trovare "un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario" e senza che ne risulti "scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità"<sup>13</sup>. La Corte di giustizia lo ha precisato nella sua dimensione esterna e sotto il profilo giurisdizionale nei pareri 1/91 ed 1/09, resi, rispettivamente, il 14 dicembre 1991 e l'8 marzo 2011, qualificandolo come limite alla capacità della Comunità di concludere accordi internazionali. Lo ha fatto nonostante avesse, nello stesso parere 1/91, affermato che essa ha la facoltà di accedere ad accordi che prevedano un sistema giurisdizionale autonomo per la soluzione di controversie sulla interpretazione e sull'applicazione di loro disposizioni, in quanto la sua competenza in materia di relazioni internazionali implica necessariamente la sua facoltà di assoggettarsi ad un tale sistema<sup>14</sup>.

Con i pareri 1/92 ed 1/09 la Corte ha posto detto limite precisando che tale facoltà può essere esercitata alla condizione che quel sistema non alteri la sua funzione<sup>15</sup>, e non sia pregiudicata l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione nonché la sua competenza esclusiva di adottare interpretazioni definitive del diritto

<sup>9</sup> Cfr. P. IANNUCELLI, *La Corte di giustizia e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: quousque tandem?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2018, p. 302.

<sup>10</sup> Sul punto cfr. le osservazioni svolte, con riferimento alla saga *Taricco*, da A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, in *Consulta online*, 2019, n. 1, p. 113.

<sup>11</sup> Per un'affermazione svolta in tal senso con riferimento agli elementi che connotano tale principio, a partire da quello dell'effetto diretto, cfr. V. SKOURIS, *Allocution*, in A. TIZZANO, J. KOKOTT, A. PRECHAL (dirs.), *50<sup>ème</sup> anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos 1963-2013*, Luxembourg, 2013, ove si trovano gli importanti contributi di J.H.H. WEILER, M. CREMONA, P. GORI, J. ZILLER, C. TOMUSCHAT, I. PERNICE, F. PICOD, B. DE WITTE, M. CLAES, D. HALBERSTAM, C. BARNARD, J.-P. JACQUÉ A. EPINEY, M. CARTABIA, P. EECKHOUT, M. BOBEK, H. RUIZ FABRI, H. LABAYLE, J.-V. LOUIS; con riferimento alla sentenza *Van Gend en Loos* cfr. altresì PA. MENGOZZI, *Quelques réflexions sur les origines de l'arrêt Van Gend en Loos*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 679 ss., U. VILLANI, *Una rilettura della sentenza Van Gend en Loos dopo cinquant'anni*, in *Studi sulla integrazione europea*, 2013, p. 225 ss.; e B. CORTESE, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution de l'ordre juridique interindividuel européen: essai d'une lecture pluraliste 50 ans après Van Gend en Loos et Costa*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, p. 271 ss.

<sup>12</sup> Corte di giustizia, sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, ECLI:EU:C:1963:1.

<sup>13</sup> Corte di giustizia, sentenza del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, ECLI:EU:C:1964:66, punto B, 12.

<sup>14</sup> Corte di giustizia, parere 1/91 del 14 dicembre 1991, relativo alla creazione dello Spazio Economico Europeo, ECLI:EU:C:1991:490, punto 40, ripreso poi nel parere 1/09 dell'8 marzo 2011, relativo alla creazione di un Sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti, ECLI:EU:C:2011:123, punto 74, e, in seguito, ripreso nel parere 2/13 (Seduta plenaria) del 18 dicembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, punto 182.

<sup>15</sup> Cfr. il richiamo fatto dal punto 75 del parere 1/09 al punto 32 del parere 1/92. Per un rilievo secondo cui tale condizione può dare adito ad uno "European Exceptionalism", mal tollerato dalla comunità internazionale nella misura in cui rende l'Unione un partner difficile, cfr. S. VEZZANI, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 96 ss., e P. IANNUCELLI, *op. cit.*, p. 300, i

dell'Unione, anche nel quadro delle pronunce pregiudiziali. Lo ha fatto in linea con il principio sancito ora dall'art. 344 TFUE, secondo cui “gli Stati membri si impegnano a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti dai trattati stessi”.

3. Sul rispetto di dette esigenze e del principio di autonomia la Corte di giustizia si è espressa ulteriormente nel parere 2/13<sup>16</sup>. Nel caso si trattava di stabilire la compatibilità del progetto di accordo di adesione dell'Unione alla CEDU elaborato dalla Commissione assieme al Consiglio d'Europa con l'art. 6, par. 2, TUE che, prevedendo *ex novo* il potere dell'Unione di aderire a tale Convenzione, ne ha subordinato l'esercizio a che questo non incida sulle competenze dell'Unione e sulle attribuzioni delle sue istituzioni.

Su indicazione avanzata dalla Commissione nel corso della procedura, la Corte di giustizia ha dovuto tener presente che: un giudice di uno Stato membro potrebbe constatare che un atto del suo ordinamento viola un diritto fondamentale garantito da una norma di diritto derivato dell'Unione (di cui non può dichiarare l'invalidità) e nel contempo un diritto che appare, pur se in misura più rilevante, garantito anche dalla Convenzione EDU; successivamente davanti ai giudici di Lussemburgo potrebbe essere dedotto che quell'atto concreta una violazione della Convenzione mettendo in discussione la compatibilità con essa della norma di diritto dell'Unione.

Nel caso in cui si presentasse una situazione del genere, i redattori del progetto di accordo hanno ritenuto di poter affidare il rispetto di quanto previsto dall'art. 6, par. 2, TUE ad una procedura di previo coinvolgimento della Corte di giustizia in base alla quale per ogni causa pendente dinanzi alla Corte EDU “venga trasmessa un'informazione completa e sistematica all'Unione, affinché la competente istituzione di quest'ultima sia messa in condizione di valutare se la Corte [di giustizia] si sia già pronunciata sulla questione costituente l'oggetto di tale causa e, in caso negativo, di ottenere l'attivazione di detta procedura”<sup>17</sup>. Essi hanno integrato con la procedura di previo coinvolgimento l'attivazione da parte delle istituzioni comunitarie di un meccanismo grazie al quale la Corte di giustizia è investita del potere di esaminare la compatibilità di un atto dello Stato membro con la normativa UE prima che ciò sia effettuato da una corte esterna. Sono stati certamente incoraggiati a farlo perché hanno considerato ciò in grado di conservare la natura sussidiaria con cui è stato istituito il sistema CEDU ed hanno ritenuto che la procedura speciale da promuov-

quali citano al riguardo T. LOCK, *Taking National Courts More Seriously? Comment on Opinion 1/09*, in *European Law Review*, 2011, p. 588.

<sup>16</sup> Su di esso cfr. L.S. ROSSI, *Il parere 2/13 della Corte di giustizia dell'Unione europea sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: scontro fra Corti?*, in *Quaderni di SIDI-Blog*, 2014, p. 162; E. CANNIZZARO, *Unitarietà e frammentazione delle competenze nei rapporti fra l'ordinamento dell'Unione e il sistema della Convenzione europea: in margine al parere della Corte di giustizia 2/2013*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, p. 623; F. CHERUBINI, *Qualche riflessione in merito alle prospettive di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo alla base del parere 2/13 della Corte di giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 243; T. VON DANWITZ, *L'Union européenne et l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'Homme*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, p. 317 ss.; M. PARODI, *Diritti umani Vs Autonomia? Il parere 2/13 della Corte di giustizia dell'UE sull'adesione dell'UE alla Cedu*, in *Federalismi.it*, 2016, n. 3, p. 2 ss., e S. VEZZANI, *op. cit.*, p. 89 ss.

<sup>17</sup> Parere 2/13, punto 241.

versi davanti alla Corte di giustizia da parte delle istituzioni comunitarie competenti possa operare rapidamente. Restano, però, due dati a cui la Corte ha dovuto attribuire rilievo decisivo: a) il progetto di relazione illustrativa dell'accordo di adesione prevede che nel quadro di detta procedura la Corte di giustizia statuisca sulla validità di una norma del diritto derivato oppure sull'interpretazione di una norma del diritto primario, escludendo così la possibilità di adire la Corte affinché questa si pronunci su una questione di interpretazione del diritto derivato; b) non si può escludere che la Corte EDU, invece di fornire alla Corte di giustizia le informazioni su un caso ad essa pervenuto, ritenga essa stessa che quest'ultima si sia già pronunciata su una questione di diritto identica e ne abbia già fornito la soluzione, con la conseguenza di attribuirsi la competenza ad interpretare la sua giurisprudenza.

Questi due dati, secondo la Corte di giustizia, hanno fatto sì che il testo del progetto di accordo sottoposto alla sua considerazione non sia accettabile in quanto la sua applicazione inciderebbe sulla competenza della stessa Corte a fornire un'interpretazione definitiva del diritto dell'Unione che gli Stati membri hanno accettato di considerare esclusiva in ragione dei valori che hanno in comune e della mutua fiducia che li anima.

Sulla scia di queste valutazioni la Corte non ha solo ulteriormente arricchito il contenuto dell'autonomia del diritto comunitario, ma ha anche puntualmente irrobustito l'affermazione di un'incompatibilità con tale autonomia dell'adesione dell'Unione alla CEDU in ragione della sua potenziale incidenza sulle competenze dell'Unione, sulle attribuzioni della Corte e sull'operare del principio di fiducia reciproca nei rapporti tra gli Stati membri quanto al rispetto dei diritti fondamentali all'interno dei propri ordinamenti. E, con ciò, tramite l'affermazione specifica di una tutela dell'autonomia esterna dell'Unione, ha realizzato una delle più nette affermazioni della sua chiusura rispetto al diritto internazionale<sup>18</sup>

4. Tutte le precisazioni che la Corte ha compiuto nelle prese di posizione di cui sopra si sono fatte sentire non meno rilevantemente anche quando si sono posti problemi di compatibilità con il diritto dell'Unione di accordi conclusi o da concludere in materia di investimenti sul piano intracomunitario e su quello internazionale.

Con riferimento ad accordi del primo tipo la Corte di giustizia si è pronunciata in un caso<sup>19</sup> in cui l'impresa *Achmea*, appartenente ad un gruppo olandese, ha adito un Tribunale arbitrale di investimenti (TBI) istituito da un Trattato tra i Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca – rimasto applicabile dopo la scissione della Cecoslovacchia – che prevede la possibilità di un investitore di una parte contraente di adire quel Tribunale in caso di una controversia con l'altra parte contraente.

---

<sup>18</sup> Cfr. S. VEZZANI, *op. cit.*, p. 70.

<sup>19</sup> Corte di giustizia, sentenza del 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Repubblica Slovacca c. Achmea BV*, ECLI:EU:C:2018:158. Su tale pronuncia cfr. A. BRIGUGLIO, *Achmea and the Day after Achmea*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2018, p. 974; A. CIAMPI, *Postilla. Perché il diritto europeo rimanga com'è, la nozione autonoma di "giurisdizione nazionale" deve cambiare*, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, p. 1977; C. CONSOLO, *La foglia di fico del (negato, ma per gli arbitri ICSID ancor più insostenibilmente) rinvio pregiudiziale. Da Denuit ad Achmea*, *ivi*, p. 1975; L. MELCHIONDA, *The European Court of Justice Ruling in Achmea v. Slovak Republic: More Questions than Answers*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2018, p. 337; M. STELLA, *Cala il sipario sull'arbitrato degli investimenti "intra-UE": la Corte UE esige che le liti tra investitori e Stati membri siano decise da giudici togati*, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, p. 1969.

Nel 2007 la Repubblica slovacca ha vietato la distribuzione degli utili generati dalle attività di assicurazione sanitaria privata che l'*Achmea* svolgeva nel suo territorio. Ritenendo che quel divieto le arrecasse pregiudizio, l'*Achmea* ha avanzato a quel Tribunale una domanda di risarcimento del danno subito. Poiché questo, in quel caso, aveva scelto come propria sede Francoforte sul Meno, al procedimento che ne è seguito è divenuto applicabile il diritto tedesco. Il Tribunale, di fronte ad una eccezione di sua incompetenza, avanzata dalla Slovacchia, e sostenuta dalla Commissione come *amicus curiae*, in ragione di una pretesa incompatibilità della procedura in questione con il diritto UE<sup>20</sup>, ha respinto quella eccezione ed ha condannato la Repubblica slovacca a corrispondere un risarcimento; contro tale decisione la Repubblica slovacca ha fatto ricorso alla Corte federale di giustizia tedesca. Questa ha, a sua volta, fatto rinvio, *ex art. 267 TFUE*, alla Corte di giustizia chiedendole, in sostanza, se gli articoli 267 e 344 TFUE ostassero alla conclusione di un accordo internazionale in materia di investimenti tra due Stati membri stabilente che un operatore di uno di quegli Stati, in caso di controversia riguardante investimenti nell'altro Stato membro, possa avviare, nei confronti di questo, un procedimento dinanzi ad un collegio arbitrale che “decide secondo diritto, tenendo conto in particolare, ma non in via esclusiva: del diritto vigente della parte contraente interessata; delle disposizioni del presente accordo e di qualsiasi altro accordo pertinente tra le parti contraenti; delle disposizioni di accordi speciali relativi all'investimento; dei principi generali del diritto internazionale”.

A questo quesito l'Avvocato generale Wathelet<sup>21</sup>, contrapponendosi alla Commissione, aveva dato risposta negativa indicando che “il compito del Collegio arbitrale non è di accertare se, con il suo comportamento contestato dall'investitore, lo Stato membro abbia violato i suoi obblighi derivanti dai Trattati UE o FUE o, più ingenerale, dal diritto dell'Unione. Al contrario, il suo compito è di constatare violazioni di detto TBI da parte dello Stato che ospita l'investimento”.

La Corte di giustizia non ha seguito il suo Avvocato generale. Ha ritenuto che la conclusione dell'Accordo in questione urti con gli articoli 267 e 344 TFUE assumendo che la mera possibilità per l'organo giudicante di risolvere la contro-

<sup>20</sup> Per un elenco di casi in cui è stata invocata un'identica eccezione cfr. L. MELCHIONDA, *op. cit.*, p. 340.

<sup>21</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet del 19 settembre 2017, causa C-284/16, *Repubblica Slovacca c. Achmea BV*, ECLI:EU:C:2017:699 (sulle quali cfr. G. CILIBERTO, *Intra-EU BIT's Arbitration Clause and EU Law: The Countdown for the CJEU's Final Say*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2018, p. 218 ss.). Per una messa in rilievo di questa indicazione dell'Avvocato generale e della conseguente sua osservazione, secondo cui “il rischio sistemico per l'uniformità e l'efficacia del diritto dell'Unione che per la Commissione deriverebbe dal mantenimento in vigore del BIT's intra-UE” sono a), quanto meno, “decisamente esagerate”, b) filoarbitrali e c) per un periodo assai lungo l'Unione ha considerato i BIT's necessari per preparare l'adesione all'Unione dei Paesi candidati, tanto che gli accordi di associazione con essi comprendevano disposizioni che ne prevedevano la conclusione, cfr., rispettivamente, L. FUMAGALLI, *Meccanismi ISDS negli intra-EU BIT's: la Corte di giustizia pone fine a un lungo dibattito*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, p. 897, A. ANDOLFI, *Il difficile equilibrio tra primauté del diritto dell'Unione e autonomia dell'arbitrato: riflessioni all'indomani della sentenza Achmea*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2019, p. 992, B. CAPIELLO, *Il mantenimento in vigore dei BITs intra europei e la legittimità della clausola compromissoria negli accordi bilaterali e multilaterali di investimento alla luce della sentenza Achmea*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2019, pp. 263 e 259. Per un'analoga osservazione secondo cui l'idea che gli accordi dell'Unione non dovrebbero incidere sul sistema interno di tutela giurisdizionale pare frutto di una preoccupazione eccessiva cfr. S. VEZZANI, *op. cit.*, p. 89.

versia applicando il diritto europeo<sup>22</sup> e la correlata assenza di controllo da parte degli organi giurisdizionali europei sulle decisioni assunte in occasione dei procedimenti arbitrari sono sufficienti a renderle illegittime<sup>23</sup>. Lo ha fatto confermando largamente gli argomenti addotti a motivazione delle pronunce precedentemente analizzate e, in particolare, del parere 2/13<sup>24</sup>, e che quindi non è necessario ulteriormente indicare. È, invece, opportuno, in questa sede, evidenziare i caratteri specifici del Tribunale arbitrale previsto dall'art. 8 del Trattato sugli investimenti bilaterali vigente tra Paesi Bassi e Slovacchia che la Corte di giustizia ha tenuto presenti per dare quella risposta.

---

<sup>22</sup> Per una critica secondo cui la Corte non ha preso posizione con riferimento all'ipotesi in cui la questione sottoposta al Tribunale CETA non implichi di considerare il diritto dell'Unione per decidere se lo Stato che ospita l'investimento abbia agito illegittimamente cfr. L. MELCHIONDA, *op. cit.*, p. 345.

<sup>23</sup> B. CAPIELLO, *op. cit.*, contesta questa posizione della Corte ritenendo che essa avrebbe dovuto affrontare il problema considerato alla luce a) della dipendenza dell'ordinamento giuridico dell'Unione dal diritto internazionale dato che i Trattati istitutivi sono accordi internazionali e l'Unione è vincolata dalle norme di diritto internazionale rilevanti in ciascun caso di specie e b) del fatto che il diritto dell'Unione può esprimere il suo primato sul diritto interno degli Stati membri ma non sul diritto internazionale. A suo giudizio, per quanto riguarda il rapporto tra il diritto dell'Unione ed il Trattato internazionale vigente tra Paesi Bassi e Repubblica slovacca e, più specificamente, il rilievo da attribuire a quest'ultimo da parte della Corte di giustizia, occorre accordare rilievo decisivo all'art. 59 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, a' termini della quale: "1. Si ritiene che un Trattato abbia avuto termine qualora tutte le parti del Trattato abbiano concluso successivamente un Trattato sullo stesso argomento e: a) se risulta dal Trattato successivo od è in altro modo accertato che era intenzione delle parti di regolare la materia in questione con tale trattato b) se le disposizioni del Trattato successivo sono incompatibili con quelle del Trattato precedente in modo tale che non sia possibile applicare due Trattati contemporaneamente. 2. Il Trattato precedente viene considerato semplicemente sospeso quando risulti dal Trattato successivo o sia in altro modo accertato che questa era l'intenzione delle parti". Questo approccio internazionale, anche se sostenuto da autori puntualmente citati, non può essere seguito in quanto contraddetto dal diritto vivente dell'Unione che è concretamente espresso, oltre che nelle sentenze *Kadi* del 3 settembre 2008 (procedimenti riuniti C-402 e 415/05 P ECLI:EU:C:2008:461) e del 18 luglio 2013 (cause riunite C-584, 593 e 595/10 P ECLI:EU:C:2013:518) (su cui, per tutti, S. VEZZANI, *op. cit.*, p. 83 ss.), nella giurisprudenza costituzionale degli Stati membri, di cui sono espressione, oltre alla sentenza *Granital* (su cui mi permetto fare riferimento a PI. MENGOZZI, *La tutela davanti ai giudici nazionali dei diritti riconosciuti ai singoli ed i principi generali del diritto dell'Unione*, in *Quaderni della rivista Il Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2011, p. 16 ss.), anche le recenti pronunce 20, 63 e 117 del 2019 della Corte costituzionale italiana (sulle quali, da ultimo, PA. MENGOZZI, *Corte di giustizia, Corte costituzionale, principio di cooperazione e la saga Taricco*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, p. 16 ss.).

<sup>24</sup> Per una sottolineatura dell'importanza di questa conferma cfr. A. PAJNO, *Antonio Tizzano e il diritto dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2019, p. 609 ss., il quale sottolinea che della pronuncia *Achmea* il vicepresidente Tizzano è stato *rappporteur*. Sul fatto che la Corte non abbia attribuito pari rilievo all'argomento avanzato con l'art. 18 TUE dal Belgio di una incompatibilità con il diritto dell'Unione dell'Accordo Paesi Bassi-Slovacchia cfr. L. FUMAGALLI, *op. cit.*, p. 902. Questo autore, peraltro, esprime perplessità sulla circostanza che la Corte rilevi l'indisponibilità della procedura pregiudiziale nell'ambito di un giudizio interpretativo avviato da un giudice nazionale in un procedimento di impugnazione di una sentenza resa in sede di esecuzione forzata all'esito di un arbitrato sugli investimenti, quando in quella sede le posizioni essenziali di diritto europeo potrebbero trovare eccezionale tutela, se del caso, attraverso un rinvio pregiudiziale. Sulle conseguenze della sentenza *Achmea* e sulle tutele che gli investitori intra-UE trovano nel diritto dell'Unione cfr. Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Tutela degli investimenti intra-UE*, COM (2018) 547 final, p. 3 ss., nonché F. MUNARI, C. CELLERINO, *EU Law is Alive and Healthy: The Achmea Case and an Happy Goodbye to intra-EU Bilateral Investment Treaties*, in *SIDI Blog*, 17 aprile 2018, reperibile online.

Il primo tratto che secondo la Corte di giustizia caratterizza quel Tribunale è costituito dall'art. 8, par. 6, secondo il quale esso, nelle sue pronunce, deve tenere conto del diritto vigente delle parti interessate, il quale ricomprende anche il diritto dell'Unione in ragione della sua diretta applicabilità nel loro territorio<sup>25</sup>. Cosa, questa, che urta contro quell'elemento proprio della autonomia del diritto dell'Unione che è costituito dal monopolio della Corte di giustizia ad interpretare definitivamente il diritto comunitario.

Una seconda caratteristica del Tribunale arbitrale in questione è che esso, sempre secondo la Corte di giustizia, non costituisce un elemento dei sistemi giurisdizionali operanti nei Paesi Bassi ed in Slovacchia, dato che è proprio il carattere derogatorio della sua giurisdizione, rispetto ad essi, a costituire la principale ragione della sua previsione nel Trattato vigente tra i due Paesi. Ciò impedisce di ritenerlo abilitato a promuovere quella procedura pregiudiziale dell'art. 267 TFUE che costituisce l'elemento chiave della garanzia dell'autonomia del sistema comunitario<sup>26</sup>.

Una terza caratteristica del Tribunale arbitrale previsto dall'art. 8, par. 7, del TBI è che una sua decisione finale è definitiva. Quel collegio ha scelto di pronunciarsi in Germania con la conseguenza che il diritto tedesco è applicabile al procedimento disciplinante il controllo giurisdizionale della validità della decisione che pone fine alla controversia dinanzi ad esso pendente. Ma il codice di procedura civile tedesco prevede in materia solo un controllo molto limitato che riguarda, in particolare, la validità, alla luce della legge applicabile, della convenzione arbitrale o il rispetto dell'ordine pubblico per il riconoscimento o l'esecuzione di un lodo adottato sulla base di tale convenzione. Il che, secondo la Corte, sostanzialmente lascia sussistere il carattere definitivo di questo e la sua non impugnabilità di fronte ad organi giudiziari capaci di fare rinvio alla Corte di giustizia<sup>27</sup>.

**5.** Come indicato nel precedente paragrafo, nel caso *Achmea* la Corte ha dato risposta positiva al quesito sottopostole sulla scia delle posizioni precedentemente

<sup>25</sup> Sentenza *Achmea*, punti 39-42.

<sup>26</sup> Per una definizione dell'effetto diretto, del primato e del rinvio pregiudiziale come un "trio inseparabile" dell'autonomia del diritto dell'Unione cfr. J.H.H. WEILER, *Revisiting Van Gend en Loos: Subjectifying and Objectifying the Individual*, in A. TIZZANO, J. KOKOTT, A. PRECHAL (dirs.), *op. cit.*, p. 15, secondo cui quel trio ha fatto di quella procedura un'arma nelle mani dell'individuo per la difesa dei suoi diritti. Per una sottolineatura di questa idea cfr. J.-V. LOUIS, *Conclusions générales*, *ivi*, p. 209.

<sup>27</sup> In senso diverso si era pronunciato l'Avvocato generale il quale, con riferimento al criterio dell'origine legale dell'organo, aveva sottolineato che la clausola compromissoria, oltre ad essere prevista in un trattato internazionale, è entrata a far parte degli ordinamenti del Regno dei Paesi Bassi e della Repubblica federale ceca e della Slovacchia per il tramite delle leggi di ratifica del BIT e quegli Stati hanno prestato il loro preventivo consenso all'arbitrato in sede di stipula del trattato. Con la conseguenza che, a suo avviso, almeno per essi non può negarsi la natura obbligatoria della giurisdizione del collegio arbitrale (punti 100-108 delle conclusioni). Per una parallela di un'interpretazione lata dell'art. 267 TFUE, avanzata però con riferimento generale a collegi arbitrali, cfr. P. BIAVATI, *Pregiudiziale comunitaria e arbitrato*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1995, p. 433 ss.; A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996, p. 789 ss.; E.F. RICCI, C. CONSOLO, *Arbitrato rituale, giurisdizioni statali e art. 234 Trattato CE*, in *Int'l Lis*, 2005, p. 61 ss. Per un rilievo, però, secondo cui, con riferimento solo all'arbitrato in materia di investimenti derivante da un trattato, la sentenza *Achmea* evidenzia, nel percorso motivazionale, che una disciplina processuale nazionale dante rilievo all'errore di diritto unicamente nei casi in cui detto errore si estrinseca in una violazione dell'ordine pubblico non è sufficiente a garantire l'uniforme interpretazione ed applicazione del diritto dell'Unione e la competenza accentrata della Corte di giustizia cfr. A. ANDOLFI, *op. cit.*, p. 1005.

assunte con la sua giurisprudenza sull'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione a partire dalle pronunce *van Gend en Loos* e *Costa c. E.N.E.L.* sopra considerate, delle quali, nei punti 33 e 37, ha fatto un'ampia ricostruzione, ancorché, nel caso sottopostole, questo riguardasse una controversia tra un'impresa privata<sup>28</sup> ed uno Stato e l'applicazione di un trattato che apprezzabilmente volgeva ad intensificare gli scambi intracomunitari tra un tradizionale Paese membro dell'Unione ed un Paese che aveva solo recentemente accettato la liberalizzazione dei mercati.

Il Tribunale arbitrale CETA<sup>29</sup>, con riferimento al quale la Corte di giustizia si è pronunciata nel parere 1/17, si distingue da quello considerato nel caso *Achmea* perché è destinato ad operare, per quanto riguarda investimenti internazionali, nel quadro di un accordo economico e commerciale globale tra uno Stato terzo (il Canada), da una parte, e l'Unione europea ed i suoi Stati membri, dall'altra, ed ha come scopo non secondario di incrementare gli investimenti di operatori di una parte contraente nell'altra. Gli investitori delle due parti non potevano beneficiare del principio della fiducia reciproca che, come visto, nei rapporti tra gli Stati membri la Corte di giustizia ha ritenuto operare in ragione del riconoscimento dell'esistenza tra di essi, compiuto ora dall'art. 2 TUE, di valori comuni. Un investitore di una parte del Trattato, all'insorgere di una controversia tra esso ed una parte contraente diversa dallo Stato di suo stabilimento originario in cui abbia effettuato un investimento, avrebbe dovuto normalmente rivolgersi, anche se con preoccupazioni di essere discriminato, alle autorità giudiziarie di questo. Ed è proprio per superare preoccupazioni di questo tipo ed incentivare gli operatori economici ad investire in un'area diversa da quella di proprio stabilimento, che il meccanismo di risoluzione delle controversie in questione<sup>30</sup> a) è stato previsto come un meccanismo alternativo ma non sostitutivo rispetto al sistema giurisdizionale dello Stato in cui è effettuato un investimento<sup>31</sup>, b) è stato abilitato a ricevere ricorsi con cui un investitore chieda una compensazione rispetto a trattamenti illecitamente subiti<sup>32</sup> e c) è stato imperniato, nel suo funzionamento, sull'operare di un Tribunale denominato CETA (accompagnato da un Tribunale d'appello). A questo Tribunale non è attribuito, come fatto invece dall'art. 8, par. 6, del BIT concluso tra Paesi Bassi e la Repubblica slovacca, il potere di *interpretare ed applicare il diritto vigente della parte contraente interessata*.

Sin dai testi delle prime redazioni che l'hanno previsto, antecedenti all'adozione del parere 1/17, due disposizioni, corrispondenti ai paragrafi 1 e 2 dell'attuale art. 8.31, hanno, rispettivamente, previsto che il Tribunale, statuendo "sulla legittimità di una misura che costituisca una presunta violazione del presente accordo *ai sensi del diritto interno di una parte*"

---

<sup>28</sup> Sulla necessità di una tale interpretazione di quell'articolo fintantoché si rientri nell'ambito di applicazione del principio di autonomia cfr. P. IANNUCELLI, *op. cit.*, pp. 290-291, secondo il quale ne sono esclusi solo i casi in cui si tratti dell'applicazione e dell'interpretazione di un accordo internazionale.

<sup>29</sup> Su tale Tribunale cfr. l'ampia dottrina citata da G.M. RUOTOLO, *op. cit.*, p. 335.

<sup>30</sup> Per un'ampia indicazione della dottrina ad esso relativa cfr. *ibidem*.

<sup>31</sup> Sul punto cfr. il par. 6 dello Strumento interpretativo comune adottato all'atto della firma del CETA.

<sup>32</sup> L'Accordo CETA nulla dice quanto alla possibilità per lo Stato convenuto di avanzare domande riconvenzionali nei confronti dell'investitore per danni prodotti all'ambiente o alla salute. Sull'ammissione di domande del genere da parte di tribunali ICSID cfr. B. CAPIELLO, *Il diritto europeo degli investimenti*, Torino, 2019, p. 237.

- può solo condannare lo Stato convenuto a corrispondere una compensazione per la violazione eventualmente compiuta e
- può esercitare la sua competenza solo con riferimento ad una interpretazione e ad una applicazione del Trattato CETA (che obbliga ciascuna parte contraente a un trattamento degli investitori dell'altra parte giusto ed equo, ad una loro tutela contro l'esproprio e ad una loro libertà di trasferimento di fondi) e
- può tener conto del diritto delle parti contraenti, compreso il diritto dell'Unione, *come un dato di fatto*<sup>33</sup>.

6. Con riferimento a dette due disposizioni, un approfondito studio, realizzato tra il 2016 ed il 2019, ha rilevato che tra esse esiste un non trascurabile contrasto<sup>34</sup>. L'autore di quello studio, ritenuto inverosimile uno scenario nel quale quel Tribunale non sia tenuto a confrontarsi anche con il diritto dell'Unione alla luce della precedente giurisprudenza della Corte di giustizia, ha reputato necessario prendere in considerazione quattro vie alternative, di ciascuna delle quali si è domandata l'idoneità a permettere di tener conto anche del diritto interno delle parti contraenti senza che il testo finale del CETA possa ledere il monopolio della competenza della Corte di giustizia a fornire l'interpretazione definitiva del diritto dell'Unione europea.

Quanto alla prima via ha ritenuto che essa sia rappresentata dall'attribuzione a detti tribunali, quando si ponga loro un problema di diritto UE, di fare rinvio alla Corte di giustizia. Dato, però, che ai sensi dell'art. 267 TFUE sono abilitati a fare un tale rinvio solo gli organi qualificabili come una "giurisdizione di uno degli Stati membri" e che il Tribunale CETA, in quanto Tribunale internazionale, non può essere qualificato in tal senso, ha osservato che occorrerebbe emendare quell'articolo seguendo la strada, non facilmente percorribile, della procedura di revisione disciplinata dall'art. 48 TUE.

La seconda soluzione consisterebbe nell'includere nel testo CETA un meccanismo corrispondente a quello di previo coinvolgimento previsto nel progetto di accordo sull'adesione alla CEDU, il quale, però, dovrebbe essere corretto in modo che possa essere oggetto d'interpretazione da parte dei giudici dell'UE anche il diritto comunitario derivato.

La terza soluzione potrebbe corrispondere al sistema istituito dall'Accordo sullo Spazio economico europeo (SEE), che prevede un continuo scambio di informazioni tra gli organi EFTA, le istituzioni dello SEE e quelle UE utilizzando gli articoli 36 dello Statuto della Corte EFTA e 89 del suo regolamento di procedura, secondo i quali la Commissione europea ha un generalizzato *locus standi in iudicio* dinanzi a questa Corte. Anche questa, però, sempre secondo l'autore in questione, costituirebbe una via non del tutto appropriata dato che a) un conto è il parere della Corte di giustizia, un altro è quello della Commissione e b) l'obiettivo dell'omogeneità giuridica perseguita dall'Accordo EFTA è assente nell'ambito dell'Accordo CETA.

<sup>33</sup> Per un rilievo secondo cui non è chiaro come ciò si concili con le previsioni contenute nell'art. 8.28 CETA, secondo cui è possibile fare ricorso al Tribunale d'appello lamentando "errori manifesti nella valutazione dei fatti compresa la valutazione relativa al diritto interno" cfr. B. CAPPIELLO, *op. ult. cit.*, p. 146. Ma sul punto si veda *infra*, par. 9.

<sup>34</sup> D. GALLO, *Portata, estensione e limiti del nuovo sistema di risoluzione delle controversie in materia di investimenti nei recenti accordi sul libero scambio dell'Unione europea*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2016, p. 827.

Una quarta soluzione potrebbe, infine, essere costituita dalla valorizzazione di una norma secondo la quale il Comitato misto CETA possa adottare decisioni vincolanti per i due tribunali, quello di primo grado e quello di appello, volte ad interpretare gli accordi sulla protezione degli investimenti e la risoluzione delle controversie per fornire un'interpretazione autentica di loro disposizioni la cui interpretazione ed applicazione, da parte dei tribunali, possono confliggere con l'ordinamento UE. Pure questa soluzione, secondo questa impostazione, risulta però non pienamente risolutiva perché porterebbe a determinazioni di portata generale e, *pro futuro*, disancorate dalla controversia specifica sottoposta all'attenzione dei tribunali.

Ritenuto, perciò, che nessuna delle quattro soluzioni considerate sia sufficientemente atta a preservare l'autonomia del diritto dell'Unione, lo studio in questione ha indicato che quella esigenza potrebbe essere soddisfatta attraverso l'introduzione nell'Accordo CETA di una procedura di previo coinvolgimento (seconda soluzione), auspicabilmente associata alla istituzionalizzazione del potere di intervenire della Commissione dinanzi ai tribunali internazionali (terza soluzione) e/o ad un frequente e mirato utilizzo dello strumento dell'interpretazione autentica dell'accordo<sup>35</sup>.

7. Non si può non apprezzare la maniera brillante in cui a questo modo si è tenuto conto del modo in cui, per tradizione, la Corte di giustizia ha identificato gli elementi che caratterizzano l'autonomia dell'ordinamento UE al cui rispetto deve essere subordinata l'adozione di provvedimenti interni dell'Unione e di accordi internazionali che essa si proponga di concludere. È in piena coerenza con quegli elementi, e particolarmente con l'attribuzione di un ruolo essenziale all'esigenza di tutelare il monopolio della Corte di giustizia a fornire un'interpretazione definitiva del diritto UE, che quello studio prospetta con riferimento alla conclusione dell'Accordo CETA l'indicata maniera di soddisfarla: una maniera, se si vuole, non semplice ma, bisogna riconoscerlo, coerente con quella tradizione.

Il caso CETA pone, però, un interrogativo da cui non si può sfuggire. In relazione a controversie concernenti investimenti internazionali, deve trovare applicazione piena quella che, prima di quel caso, appariva come una non trascurabile tradizione di tutela dell'autonomia del diritto comunitario, costituita dalla competenza esclusiva della Corte di giustizia a fornire un'interpretazione definitiva del diritto dell'Unione? Chi ha prospettato l'indicato modo di superare il contrasto che pare intercorrere tra quelli che sono diventati l'art. 8.31, par. 1, e l'art. 8.31, par. 2, del Trattato CETA ha dato al problema risposta positiva. La Corte di giustizia, invece, non si è espressa nello stesso senso.

8. Come visto, nella sentenza *Achmea* la Corte di giustizia ha fortemente accentuato il rilievo accordato per la tutela dell'autonomia dell'Unione all'esercizio della propria competenza esclusiva ad interpretare in via definitiva il diritto dell'Unione europea a fronte dell'attribuzione ad un tribunale internazionale di controversie in materia di investimenti intracomunitari. L'autore di un più recente saggio, da un lato, ha ritenuto che questa posizione costituisca espressione della più ortodossa lettura dell'ortodossia del diritto UE ("a most orthodox reading of the orthodoxy of EU law"); d'altro lato, ha rilevato che la Corte di giustizia se, nell'adottare il parere 1/17,

---

<sup>35</sup> *Ivi*, p. 859.

avesse ritenuto di essere legata ad un intendimento di quella posizione nel senso che, ogni qualvolta una questione di diritto europeo si pone in una controversia davanti ad un tribunale internazionale, la propria competenza esclusiva sarebbe minacciata, avrebbe errato ed avrebbe mostrato di esercitare la propria funzione privilegiando l'obiettivo di rinforzare ("to enhance") i suoi poteri (arrivando ad ipotizzare che la tutela dell'autonomia costituisca uno strumento per rinforzare chi dichiara di volerla garantire)<sup>36</sup>. Secondo quell'autore il parere 1/17 non presenta queste caratteristiche, in quanto ha messo in luce che il Trattato CETA pone limiti di ordine procedurale all'esercizio dei poteri del Tribunale CETA. A questo riguardo egli rileva che in questa sua nuova pronuncia la Corte di giustizia ha constatato che la giurisdizione prevista per il Tribunale CETA: a) può essere esercitata solo con riferimento ad un'interpretazione e ad un'applicazione del Trattato CETA da compiersi in accordo con il diritto internazionale applicabile alle parti contraenti (punto 118, prima frase); b) non può estendersi all'interpretazione ed all'applicazione del diritto UE (come statuito con riferimento all'incompatibilità con l'autonomia dell'ordinamento UE del progetto di accordo sui brevetti), potendo quel Tribunale "considerare il diritto interno di una parte come questione di fatto" seguendo "l'interpretazione prevalente che del diritto interno danno i tribunali o le autorità di tale parte" (punto 130); c) non incide sulla ripartizione delle competenze in materia tra l'Unione ed uno Stato membro (come invece fa l'Accordo sulla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti considerato dal parere 1/09) (punto 125).

A fronte di questi limiti procedurali quell'autore ha, comunque, rilevato che la Corte, al punto 131, seconda frase, ha reputato compatibile con l'autonomia del diritto dell'Unione il fatto che il Trattato CETA, all'art. 8.31, par. 2, riconosca il potere del Tribunale CETA di considerare ("to consider") il diritto interno della parte convenuta ed ha osservato che questo non è in contraddizione con il divieto per quel Tribunale, contenuto nell'art. 8.31, par. 1, prima frase, del Trattato, di interpretare ed applicare il diritto dell'Unione per statuire sulla legittimità di una norma dello stesso diritto che si assuma costituisca una violazione del Trattato CETA. Lo ha escluso rilevando che il potere del Tribunale CETA di "considerare" quel diritto equivale non ad interpretarlo, ma a tenerne conto come una questione di fatto in connessione con un suo dovere di seguire l'interpretazione prevalente che ne danno i tribunali e le autorità dell'Unione.

Questo modo di intendere l'art. 8.31, par. 2, del Trattato CETA lascia, però, sussistere la possibilità per il Tribunale di interpretare il diritto dell'Unione in casi in cui manchi un'interpretazione, o comunque un'interpretazione prevalente, da parte delle sue autorità. La contraddizione di quell'articolo con l'art. 8.31, par. 2, prima frase, allora permane. A giustificarla, anche se essa sussiste solo marginalmente, non si può certo sostenere, come fa sempre quell'autore, che la Corte l'abbia superata grazie ad un intendimento *in senso pragmatico* di quanto previsto dal Trattato CETA che quello stesso autore, *ab externo*, vede legato ad un suo cambiamento

<sup>36</sup> P. KOUTRAKOS, *The Anatomy of Autonomy: Themes and Perspectives on an Elusive Principle*, in *Building Bridges*, cit., pp. 94 e 96 ss. Per una analogica preoccupazione di evitare che la Corte sembri identificare la tutela delle proprie esclusive competenze con la tutela dell'ordinamento stesso dell'UE cfr. L.S. ROSSI, *op. cit.*, p. 162.

di approccio rispetto a quello imperniato a “scettico formalismo” della precedente giurisprudenza<sup>37</sup>.

Questa giustificazione non può essere condivisa in quanto non tiene conto della tradizionale indisponibilità della Corte di giustizia ad effettuare cambiamenti senza motivazioni che siano in grado di renderli agevolmente comprensibili dai larghi ambienti sui quali essi sono destinati ad incidere e della cui collaborazione le posizioni della Corte hanno generalmente bisogno per assumere rilievo. E, peraltro, il cambiamento in questione ha costituito un fatto assai rilevante.

9. Se la Corte, adottando il parere 1/17, avesse dovuto esprimersi alla luce della lettura del Trattato CETA compiuta nei termini sopra riportati, non avrebbe potuto farlo senza porsi su una linea corrispondente con quella indicata nel primo studio a cui sopra (nel par. 6) ho fatto riferimento. Essa, invece, non l’ha fatto. Ha ritenuto che il sistema di risoluzione delle controversie imperniato sul funzionamento del Tribunale CETA sotto il profilo processuale è compatibile con l’autonomia dell’ordinamento dell’Unione abbandonando la rigidità che caratterizzava la sentenza *Achmea*. In quel caso quella sentenza, al punto 37, aveva definito come *chiave di volta* della garanzia del carattere peculiare dell’ordinamento istituito dai Trattati il procedimento pregiudiziale previsto dall’art. 267 TFUE, che, nel contesto di tale pronuncia, aveva configurato come fonte di una sua competenza esclusiva ad interpretare definitivamente il diritto dell’Unione. L’abbandono di questa sintetica espressione è carico di significato. La lettura dell’intero testo del parere lascia, infatti, intendere, in modo inequivoco, che la Corte vi è arrivata partendo dal dato che: tra le due aree interessate dall’Accordo CETA, a differenza che nei rapporti tra gli Stati membri dell’Unione, non può operare la mutua fiducia<sup>38</sup>; e non è verosimile e realistico uno scenario nel quale non sia necessario che il Tribunale CETA si debba confrontare, almeno in qualche misura, con il diritto dell’Unione europea.

Sulla base di questo dato ha considerato che: a) la competenza dell’Unione in materia di relazioni esterne e la sua capacità di concludere accordi internazionali comporta necessariamente la facoltà di assoggettarsi alle decisioni di un organo giurisdizionale istituito o designato in forza di tali accordi (punto 106); b) l’esercizio delle competenze dei giudici dell’Unione deve contribuire, nell’interesse comune, allo sviluppo armonioso del commercio mondiale<sup>39</sup>; c) un meccanismo per la soluzione delle controversie quale il Trattato CETA rappresenta l’impegno per lo sviluppo di investimenti esteri diretti del Canada e dell’Unione e dei suoi Stati membri in una società dinamica che guarda al futuro.

A giudizio della Corte, evidentemente, questi elementi devono essere integrati tra quelli di ordine costituzionale dell’ordinamento dell’Unione alla cui luce deve essere valutata la conformità alla sua autonomia della conclusione di un accordo quale l’Accordo CETA. E non vi è dubbio che essa li abbia considerati come costi-

---

<sup>37</sup> Cfr. *supra*, par. 4

<sup>38</sup> Parere 1/17, punto 129.

<sup>39</sup> Per una corrispondenza di tale dovere all’art. 3, par. 5, TUE, all’art. 207 TFUE ed allo Strumento interpretativo comune adottato all’atto della firma del CETA, richiamati nel parere 1/17 rispettivamente ai punti 200, 213, 84 e 42.

tuenti il fondamento della sua rottura con la tradizione sintetizzata nella sentenza *Achmea*<sup>40</sup>.

Questi due dati non contrastano con la circostanza che, al par. 111 del parere, la Corte confermi l'affermazione contenuta nella sentenza *Achmea*, secondo cui essa detiene una competenza esclusiva ad interpretare definitivamente il diritto dell'Unione; significa solo che per essa il Tribunale CETA può, entro certi margini, interpretarlo incidentalmente<sup>41</sup> o comunque tenerne conto, ma non in modo definitivo. Lo conferma il fatto che a) la Corte mette in evidenza che contro le determinazioni al riguardo di quel Tribunale sono ammessi, entro certi limiti, ricorsi davanti al Tribunale di appello e b) quelle determinazioni non vincolano i tribunali e le autorità dell'Unione, parallelamente a quanto previsto all'art. 14.16 dell'Accordo CETA secondo cui le disposizioni di questo non potranno essere interpretate come direttamente applicabili negli ordinamenti giuridici interni delle parti<sup>42</sup>.

**10.** Pervenuta a questo modo a ritenere compatibile con il diritto comunitario la conclusione da parte dell'Unione e dei suoi Stati membri dell'Accordo economico commerciale globale con il Canada, di cui il Capo 8, Sezione F, fa parte, la Corte ha accompagnato questa conclusione rilevando, al punto 155, che il CETA "preserva la capacità dell'Unione (...) dei suoi Stati membri e del Canada di adottare ed applicare le rispettive disposizioni legislative e regolamentari che disciplinano l'attività economica nell'interesse pubblico"; e, al punto 156, ne ha evinto che il potere di valutazione del Tribunale e del Tribunale di appello del CETA non si spinge fino a consentire loro di rimettere in discussione il livello di tutela di un interesse pubblico, definito dall'Unione in esito ad un processo democratico.

Al riguardo, nel secondo studio sopra richiamato, si sostiene che quanto così rilevato dalla Corte di giustizia in detti punti costituisce una limitazione di ordine sostanziale che si potrebbe aggiungere alle limitazioni di ordine procedurale richiamate al par. 8 di cui sopra. In realtà non è così perché la Corte, lungi dal subordinare al rispetto di detto obbligo la conclusione del Trattato CETA da parte dell'Unione e degli Stati membri, si è limitata ad affermare che il Tribunale CETA, una volta entrato in funzione, deve esercitare le sue funzioni astenendosi dal rimettere in discussione la tutela che le parti contraenti quel trattato abbiano ritenuto di fare

<sup>40</sup> Al riguardo può considerarsi calzante che, commentando il parere 2/13, L.S. Rossi, *op. cit.*, p. 266, a differenza di quanto fatto dalla Corte di giustizia in *Achmea* (ma non nel parere 1/17), abbia osservato che l'apertura ad un controllo esterno (e non la chiusura rispetto ad esso) capace di derivare dall'adesione dell'Unione alla CEDU, avrebbe potuto costituire, essa, la *chiave di volta* del sistema dell'Unione ed avrebbe potuto concretare un segno di sua forza e non di debolezza.

<sup>41</sup> Per un rilievo secondo cui un'interpretazione in via incidentale del diritto interno di una parte ad una controversia si può porre in relazione ad un caso in cui si tratti di determinare se un contratto si debba considerare giuridicamente estinto ai sensi di quel diritto per stabilire la sussistenza di diritti suscettibili di essere espropriati "*under due process of law*" ai sensi dell'art. 8.12 (1)(b) cfr. J. HEPBURN, *CETA's New Domestic Law Clause*, in *EJIL Talk!*, 17 marzo 2016, reperibile *online*. Un esame della compatibilità di un giudizio di una Corte locale con il proprio diritto nazionale costituirebbe, per questo autore, parte dell'analisi necessaria per accertare se quella Corte sia incorsa in una chiara e maliziosa erronea applicazione di quel diritto dante luogo ad un diniego di giustizia ed a una violazione dell'art. 8.10 (2)(a) del CETA.

<sup>42</sup> Sul punto cfr. G.M. RUOTOLO, *op. cit.*, p. 336.

dei propri interessi pubblici<sup>43</sup>. E ciò perché rientra nella sovranità dello Stato in cui viene effettuato un investimento esercitare il suo *right to regulate*<sup>44</sup>. Ha escluso la competenza per il Tribunale ed il Tribunale d'appello CETA a rimettere in discussione le scelte da esso democraticamente operate in materia, segnatamente il livello di tutela dell'ordine pubblico, della pubblica sicurezza, della morale pubblica, della salute e della vita delle persone e degli animali, della sicurezza degli alimenti, delle piante, dell'ambiente, del benessere nel luogo di lavoro, della sicurezza dei prodotti, dei consumatori o ancora dei diritti fondamentali.

Resta però da stabilire in che modo la Corte concilia con ciò il fatto che il Trattato CETA lascia al Tribunale la scelta del luogo in cui svolge la sua funzione in ciascun caso concreto, con la conseguenza che, a questo modo, è devoluta all'ordinamento di tale luogo la determinazione della legge applicabile per l'esecuzione delle sue pronunce ed esso la può fare dipendere dalla loro conformità all'ordine pubblico (come fa l'ordinamento tedesco, visto all'inizio). È vero che, come richiamato, la Corte ha indicato che le parti hanno avuto cura di escludere qualsiasi competenza, per questi tribunali, a "rimettere in discussione" le scelte operate in seno ad una parte in materia, escludendo, tra l'altro, all'art. 30.6 di detto Trattato l'efficacia diretta delle sue disposizioni, ma *quid iuris* se le loro pronunce sono semplicemente contrarie a tali scelte? Non si può escludere che i giudici dell'esecuzione di una sentenza CETA potranno essere indotti ad intendere il *dictum* della Corte anche in questo secondo senso, con l'effetto che potrebbe risultare contenuta l'efficacia della tutela degli investitori apparentemente risultante dal CETA e dell'intero sistema di risoluzione delle controversie previsto da tale Accordo. È certo, però, che nel quadro CETA un tale effetto potrà essere contenuto dato che, in tale quadro, gli interessi pubblici delle due parti tendono ad essere non diversi in ragione dei valori che hanno in comune<sup>45</sup>. E, peraltro, non vi è dubbio che l'obbligo del Tribunale di tener conto di detti interessi previsto dal Trattato CETA volge soprattutto a prevenire le preoccupazioni che avrebbero potuto insorgere da una sua rottura con la tradizione di chiusura ad organi giurisdizionali diversi da quelli dell'Unione espressa dalla precedente giurisprudenza della Corte.

Questi due dati non implicano che non si debba prestare attenzione a quanto la Corte osserva al punto 150 del parere, in cui afferma: "qualora l'Unione concludesse un accordo internazionale in grado di produrre l'effetto che l'Unione – o uno Stato membro in sede di esecuzione del diritto dell'Unione – dovesse modificare o ritirare una normativa a causa di una valutazione, effettuata da un giudice esterno al suo sistema giurisdizionale, del livello di tutela dell'interesse pubblico stabilito, conformemente al quadro costituzionale dell'Unione, dalle Istituzioni di quest'ultima, sarebbe giocoforza concludere che un siffatto accordo compromette la capacità

---

<sup>43</sup> Questa specifica affermazione della Corte non può considerarsi in conflitto con la generale osservazione (formulata senza alcun riferimento all'Accordo CETA) di A. MAZZONI, M.C. MALAGUTI, *Diritto del commercio internazionale*, Torino, 2019, p. 237, secondo cui in accordi di arbitrato si riconosce che lo Stato in cui è effettuato un investimento ha il diritto di adottare misure generali a tutela di suoi interessi pubblici e che quindi un investitore straniero non può iniziare nei suoi confronti un procedimento ove quello Stato abbia agito entro tale suo potere.

<sup>44</sup> Sul punto cfr. M. BUNGENBERG, C. TITI, *CETA Opinion – Setting Conditions for the Future of ISDS*, in *EJIL Talk!*, 5 giugno 2019, reperibile online.

<sup>45</sup> Per un analogo rilievo, sia pure formulato con riferimento alla fiducia che ciascuna parte contraente può avere nei confronti delle autorità giudiziarie dell'altra, cfr. J. HEPBURN, *op. cit.*

dell'Unione di funzionare autonomamente nell'ambito del suo specifico quadro costituzionale”.

Ma questo, come rileva la Corte, non è quanto previsto dal Trattato CETA<sup>46</sup>.

## Abstract

### The Court of Justice Opinion 1/17 on the CETA Agreement and the Autonomy of the European Union Law

The essay deals with the relevance given in the CETA opinion 1/17 by the Court of Justice to the principle of autonomy of EU law with reference to the attribution to an arbitral body, external to the EU juridical order, *the competence* to express itself on EU law. The analysis starts by recalling the importance given by the Court to that principle until the *Achmea* ruling, in function of its monopoly to give a definitive interpretation to EU law. The CETA agreement appears inconsistent with that position because, contradictorily, it gives its international tribunal, in one hand, only a power to apply CETA rules and international law principles and, on the other hand, the power to consider the law of the contracting parties as a matter of fact. Two studies have tried to overcome this contradiction: a first one assumes the necessity to attribute to the CETA tribunal the power to promote a previous involvement of the Court of Justice, a second opts for neglecting that contradiction in a pragmatic way. The author highlights that opinion 1/17 is characterized by a very different stand: the Court has abandoned the idea according to which, with reference to cases concerning international relations disputes, it has a monopoly in the interpretation of EU law.

<sup>46</sup> Per una sottolineatura di questa conclusione della Corte cfr. D. SIMON, *op. cit.*, p. 4.



# Note e Commenti



Angela Maria Romito\*

# La direttiva (UE) 1/2019: l'evoluzione del *public enforcement* del diritto europeo della concorrenza

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La direttiva (UE) 1/2019: i lavori preparatori e la sua genesi. – 3. Uno sguardo di insieme. – 4. I tratti salienti. – 5. L'indipendenza delle ANC tra *governance* e sistema costituzionale. – 6. Note conclusive.

1. Costituisce dato acquisito il rilievo per il quale il diritto della concorrenza, per sua natura, si colloca all'intersezione tra l'interesse pubblico al corretto funzionamento del mercato e quello privato alla tutela della libertà dell'iniziativa economica. Inutile dire che questi profili costituiscono semplicemente due facce della medesima medaglia, così come si può dare per noto il dibattito intorno alla prevalenza o strumentalità di ciascuno dei due interessi sopra menzionati rispetto all'altro. Certo è che la migliore espressione di questa doppia anima del diritto della concorrenza si rinviene nella fase della tutela, giacché al corretto funzionamento della disciplina *antitrust* sovrintende un doppio binario di apparati di controllo e sanzionatori, che si muovono, per l'appunto, da un lato, sul piano pubblicistico, con strumenti coercitivi e sanzioni di natura amministrativa e penale, che colpiscono l'attività; dall'altro lato, sul piano propriamente privatistico, con sanzioni di tipo invalidante e risarcitorio, che colpiscono i singoli atti<sup>1</sup>.

\* Ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

<sup>1</sup> Sebbene i due aspetti siano connessi, perché sotto molti profili si rafforzano reciprocamente, quelli più strettamente legati al *private antitrust enforcement* non sono oggetto di trattazione in questa sede. Con l'approvazione della direttiva (UE) 104/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014 (trasposta in Italia con d.lsg. 19 gennaio 2017, n. 3), l'UE si è dotata di un corpo di norme comuni, di carattere sostanziale e procedurale, volto a disciplinare le azioni di risarcimento promosse ai sensi del diritto nazionale per la violazione delle disposizioni in materia *antitrust*. La direttiva, che si inserisce in un sistema strutturalmente incentrato sul *public enforcement*, ha disciplinato solo alcuni aspetti delle azioni risarcitorie, senza pregiudicare l'efficace applicazione del diritto *antitrust* dell'UE da parte della Commissione e delle Autorità nazionali. Ne consegue che benché in linea teorica un efficace sistema repressivo dei comportamenti anticoncorrenziali delle imprese dovrebbe avvalersi in modo più equilibrato di strumenti sia pubblicistici che privatistici, di fatto nel quadro generale della politica europea di tutela della concorrenza l'efficacia dissuasiva dei rimedi civili ha ancora un ruolo complementare. Sul tema la bibliografia è copiosa. Per tutti si rinvia a C. FRATEA, *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, 2015, e a F. MUNARI, C. CELLERINO

La produzione normativa dell'Unione europea in materia antitrust ha privilegiato l'attenzione al profilo pubblicistico, soprattutto in ragione del fatto che, almeno in questa materia, il punto di osservazione del legislatore europeo storicamente è quello del corretto funzionamento del mercato unico<sup>2</sup>. In questo, la normativa anticoncorrenziale si muove attraverso modalità diverse rispetto a quanto non accada, ad esempio, per le discipline di tutela del consumatore, nelle quali lo stesso legislatore europeo si preoccupa di predeterminare il ruolo e lo spazio degli strumenti invalidanti e risarcitori accessibili dai singoli individui.

Orbene, l'osservazione della evoluzione della disciplina europea in materia *anti-trust* consente di individuare diverse fasi: in un primo momento, fissati i dati normativi oggi riportati negli attuali articoli 101 e 102 TFUE, vi è stato un lavoro – svolto soprattutto dalla Commissione –, tramite la pubblicazione di comunicazioni, linee guida, e orientamenti, – e dalla Corte di giustizia, tramite sentenze pregiudiziali e di annullamento – di precisazione e interpretazione dei contorni delle fattispecie anticoncorrenziali rilevanti.

Più di recente, invece, il problema si è spostato sulla creazione di uno strumentario operativo che consentisse di assicurare l'effettività degli strumenti di controllo e di intervento da parte delle istituzioni europee. In questa logica, è emersa con chiarezza sempre maggiore la necessità che i soggetti preposti al controllo del rispetto della disciplina della concorrenza dispongano di adeguati poteri d'indagine e di intervento, nonché che l'azione di indirizzo e di controllo non rimanga esclusivamente a livello centrale, ma coinvolga anche le strutture periferiche e, quindi, le Autorità nazionali della concorrenza (di séguito ANC)<sup>3</sup>.

Non c'è dubbio che, da questo punto di vista, un primo fondamentale passaggio si è avuto con il regolamento (CE) n. 1/2003<sup>4</sup>, che ha segnato un importante

---

(a cura di), *L'impatto della nuova direttiva 104/2014 sul Private Antitrust Enforcement*, Ariccia, 2016; per riflessioni di sistema circa il rapporto tra *public* e *private enforcement*, v. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 455 ss.

<sup>2</sup> Seppur con recenti aperture ai profili sociali, così come indicato dall'art. 3, par. 2, TUE.

<sup>3</sup> Discorre di "convergence in substance, but less convergence in procedure" A. ITALIANER, *Completing Convergence*, in *Italian Antitrust Review*, 2015, p. 6 ss. In tema di omogeneità nell'interpretazione degli articoli 101 e 102 TFUE v. K. CSERES, *Comparing Laws in the Enforcement of EU and National Competition Law*, in *European Journal of Legal Studies*, 2010, pp. 12-15, nonché, per una dettagliata analisi in termini statistici e comparatistici, B.M. CHIRTOIU, *Convergence Within the European Competition Network: Legislative Harmonization and Enforcement Priorities*, in A. ALMASAN, P. WHELAN, *The Consistent Application of EU Competition Law – Substantive and Procedural Challenges*, Cham, 2017, p. 3 ss.

<sup>4</sup> Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato. La letteratura è sterminata e non si può dar conto di tutti: solo indicando alcuni tra i primi lavori monografici nel panorama nazionale si rinvia a A. CALAMIA, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, 2004; G. L. TOSATO, L. BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, Milano, 2004; A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, *La concorrenza*, Torino, 2006; A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIMBENE, S. AMADEO, (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza - Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007; L.F. PACE, *Diritto europeo della concorrenza: divieti antitrust, controllo delle concentrazioni e procedimenti applicativi*, Padova, 2007. Ulteriori commenti generali sulla direttiva sono: E. GENTILE, *La svolta di inizio millennio del diritto comunitario della concorrenza: il nuovo approccio economico, la semplificazione delle norme, la cooperazione internazionale e la modifica del regolamento 17/62*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2000, p. 557 ss.; H. NYSSSENS, N. PECCHIOLI, *Il regolamento n. 1/2003 CE: verso una decentralizzazione ed una privatizzazione del diritto della concorrenza*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2003, p. 357 ss.; L. PIGNATARO, *La riforma*

momento di svolta. Un ulteriore significativo passaggio è segnato in tempi recenti dalla direttiva (UE) 1/2019<sup>5</sup>, di cui si dirà nel prosieguo.

In estrema sintesi, come ben noto, la riforma del 2003 ha istituito un sistema di applicazione decentrata delle norme di concorrenza sicché, capovolgendo la logica previgente, si è passati da un sistema incentrato sulle notifiche preventive alla Commissione delle intese suscettibili di violare l'attuale art. 101 TFUE ad un sistema di controlli "a posteriori" affidato sia alla Commissione che alle ANC; di conseguenza, la discrezionalità della Commissione ed il potere di deroga riservatole in via esclusiva sono stati soppiantati da un meccanismo di c.d. eccezione legale direttamente applicabile, in base al quale le ANC e le giurisdizioni dei Paesi UE sono competenti ad applicare gli articoli 101 e 102 TFUE<sup>6</sup>. Si è così compiuta una "rivoluzione copernicana" in virtù della quale la Commissione ha condiviso il proprio potere di controllo con le ANC e con le giurisdizioni nazionali. In applicazione del sistema ivi descritto, quando una intesa o un abuso di posizione dominante possano pregiudicare il commercio tra Stati membri, tali condotte sono esaminate, dalla Commissione o dalle ANC, ai sensi delle medesime disposizioni sostanziali (gli articoli 101 e 102 TFUE); le Autorità nazionali possono continuare ad applicare a queste condotte anche il diritto statale, ma il vincolo di conformità<sup>7</sup> garantisce che tale applicazione non possa stravolgere la valutazione sostanziale effettuata ai sensi delle disposizioni europee, salvaguardandone così il primato<sup>8</sup>.

---

*del diritto comunitario della concorrenza: il regolamento n. 1/2003 sull'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2003, pp. 233-265; A. FRIGNANI, *La messa in opera delle nuove norme antitrust comunitarie (il Regolamento 1/2003 e suoi riflessi nel diritto italiano)*, in *Il Diritto industriale*, 2004, p. 457 ss.; L.F. PACE, *La politica di decentramento del diritto antitrust CE come principio organizzatore del regolamento 1/2003: luci ed ombre del nuovo regolamento di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, p. 147 ss.; M. SCUFFI, *I riflessi ordinamentali ed organizzativi del regolamento n. 1/2003 sulla concorrenza*, in *Corriere giuridico*, 2004, p. 123; M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *L'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE in seguito all'introduzione delle nuove norme antitrust comunitarie*, in *Il Diritto industriale*, 2004, n. 4, p. 358; M. TAVASSI, *Il regolamento CE n. 1/2003: verso una devoluzione di competenze in materia di concorrenza dalla Commissione Europea alle autorità garanti ed ai giudici nazionali*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2004, p. 315; F. MUNARI, *L'applicazione decentrata delle norme antitrust UE. Primi bilanci, problemi irrisolti e parziali soluzioni*, in *Mercato concorrenza regole*, 2010, p. 147 ss.

<sup>5</sup> È nota come "direttiva ECN+", atteso l'obiettivo di implementare gli strumenti di azione della Rete europea delle Autorità di concorrenza.

<sup>6</sup> Come noto, l'art. 1, par. 2 ha introdotto il regime di eccezione legale in base al quale gli accordi che soddisfano le condizioni contenute nell'allora art. 81, par. 3, TCE (oggi 101, par. 3, TFUE) non devono essere notificate preventivamente alla Commissione per ottenere una decisione di eccezione; in tal modo le imprese sono esonerate dall'obbligo di effettuare macchinosi adempimenti amministrativi, ma sono responsabili di procedere alla autovalutazione della conformità dell'accordo che intendono porre in essere alle condizioni contenute nella norma del Trattato. Di conseguenza, a decorrere dal 1° maggio 2004, i comportamenti delle imprese che presentano caratteristiche tali da essere esentate sono automaticamente protetti, senza bisogno di una decisione dell'Autorità della concorrenza, esattamente al contrario di quanto si era verificato nei quarant'anni precedenti la riforma.

<sup>7</sup> Ai sensi dell'art. 3, par. 2, del regolamento 1/2003.

<sup>8</sup> L'esigenza di assicurare nel mercato europeo un unico quadro giuridico nell'applicazione delle regole *antitrust* è avvertita come fondamentale e a tal fine è riconosciuto espressamente alle decisioni adottate dalla Commissione un ruolo preminente rispetto alle pronunce assunte dalle giurisdizioni nazionali e alle deliberazioni delle Autorità di concorrenza. Così art. 16, par. 1, del regolamento 1/2003, che codifica il principio affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza del 14 dicembre 2000, causa C-344/98, *Masterfoods*, punto 52.

2. Non c'è dubbio che il regolamento 1/2003 abbia sensibilmente migliorato l'applicazione delle norme dell'UE in materia di concorrenza da parte delle ANC e delle giurisdizioni nazionali: le norme convenzionali di concorrenza sono diventate in ampia misura la disciplina in uso in tutta l'UE e le ANC sono progressivamente divenute un pilastro cruciale per la loro applicazione<sup>9</sup>. Inoltre, la modernizzazione del diritto *antitrust* europeo ha introdotto obblighi e strumenti di cooperazione idonei a garantire una divisione del lavoro efficiente e una cooperazione efficace nella gestione dei casi. Il lavoro svolto nell'*European competition network* (di seguito ECN, o Rete europea delle autorità garanti di concorrenza, REC, o semplicemente Rete), trasformata in una sede di carattere multidimensionale per lo scambio di esperienze sull'applicazione delle norme sostanziali della concorrenza e sulla convergenza delle sanzioni e delle procedure, ha rivestito un'importanza sempre maggiore nel garantire un'applicazione coerente e nel permettere alle parti interessate di trarre vantaggio da condizioni di maggiore parità.

Peraltro, dopo il primo decennio di applicazione del regolamento di modernizzazione, quando si è avvertita l'opportunità di fare un bilancio e si è proceduto a redigere un documento di riflessione, è emerso che se, per un verso, la riforma ha comportato, in termini positivi, un significativo aumento “dell'efficacia quantitativa dell'*enforcement* delle regole della concorrenza” comunitarie, per altro verso, inevitabilmente, si sono verificate disarmonie evidenti “nell'intensità e nei risultati dell'*enforcement*”<sup>10</sup>, sia per le differenti procedure nazionali, sia per i diversi assetti istituzionali, per le diverse risorse e per i diversi poteri dei quali le varie Autorità *antitrust* sono dotate<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> A fronte delle decisioni assunte dalla Commissione prima del maggio 2004, il cui numero variava da 10 a 20 l'anno, l'incremento apportato dalle Autorità nazionali ha fatto registrare una media di 150 casi all'anno. Ulteriori utili elementi di valutazione circa la crescita esponenziale del fenomeno sono forniti dall'allora commissaria M. VESTAGER, *Concurrences' New Frontiers of Antitrust*, 15 giugno 2015 (reperibile *online*): la presenza di numerose Autorità preposte all'applicazione delle norme dell'UE in materia di concorrenza aveva fatto registrare, nel periodo compreso tra il 1° maggio 2004 e il 31 dicembre 2013, un aumento considerevole di applicazioni delle norme dell'UE in materia di concorrenza con circa 780 casi oggetto d'indagine da parte della Commissione (122) e delle ANC (665). Più in particolare, secondo la Commissione dal 2004 al 2014 le Autorità garanti appartenenti all'ECN avevano adottato più dell'85% delle loro decisioni sulla base della normativa *antitrust* comunitaria; inoltre si è registrato che nel periodo 2005-2016 la Commissione ha avviato, ai sensi degli articoli 101 e 102 TFUE, un numero di istruttorie variabili tra le 10 e le 20 ogni anno; nel medesimo periodo le Autorità nazionali hanno avviato circa 1700 casi, ossia in media 141,6 casi all'anno.

Dai dati accessibili sul sito dell'Unione europea ([ec.europa.eu/competition](http://ec.europa.eu/competition)), si rileva che nel 2018 su un totale di 165 casi, di cui la Rete è stata informata, 31 siano stati trattati dalla Commissione e i restanti 134 dalle Autorità nazionali. Uno spaccato significativo circa il differente coinvolgimento delle Autorità nazionali della concorrenza in Europa è nel rapporto della Camera dei Deputati, XVII legislatura, del 5 giugno 2017, n. 87, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che conferisce alle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e assicura il corretto funzionamento del mercato interno (COM(2017)142)*, reperibile *online*.

<sup>10</sup> F. GHEZZI, *L'efficacia dei poteri di enforcement delle Autorità antitrust nazionali nella proposta di Direttiva europea e le possibili conseguenze sul sistema sanzionatorio italiano*, in *Rivista delle Società*, 2017, p. 965 ss., spec. p. 968.

<sup>11</sup> Comunicazione della Commissione, del 9 luglio 2014, Dieci anni di applicazione delle norme *antitrust* ai sensi del regolamento (CE) n. 1/2003: risultati e prospettive future, COM(2014)453 def. Le riflessioni ivi contenute sono maturate nel tempo, giacché il documento del 2014 è stato preceduto dalla “Relazione del 2009” riguardante i cinque anni di funzionamento del regolamento (CE) n. 1/2003, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Relazione sul funzionamen-

Di conseguenza, la marcata difformità applicativa, determinata dall'assenza di basi minime comuni e da talune lacune in termini di disegno istituzionale delle Autorità, ha condotto "ad una tutela della concorrenza sub-ottimale da parte delle Autorità meno 'attrezzate' e, più in generale, distorsioni e squilibri nell'applicazione del diritto antitrust all'interno del mercato unico"<sup>12</sup>. Ed infatti, il regolamento 1/2003, pur soggetto ai principi di effettività e di equivalenza, ha trascurato tali profili, ponendosi il primario obiettivo di ridurre il carico di lavoro della Commissione<sup>13</sup>.

Il documento di riflessione del 2014 individuava quindi tre linee di azione, segnatamente volte a garantire: l'indipendenza delle ANC nell'esercizio dei loro compiti assicurandosi che disponessero di risorse sufficienti; che le ANC disponessero di un insieme completo di poteri d'indagine e decisionali efficaci; che in tutti gli Stati membri fossero introdotti un sistema sanzionatorio armonizzato, efficace e proporzionato nonché programmi di trattamento favorevole coordinati e che si prendessero in considerazione misure per evitare di disincentivare le domande di trattamento favorevole da parte delle aziende.

Alla "Relazione 2014" ha fatto seguito l'avvio di una consultazione pubblica<sup>14</sup>, con la quale la Commissione ha sondato il terreno per individuare eventuali possibili interventi confrontandosi sia con le ANC sia con i Ministeri degli Stati membri<sup>15</sup>; il

---

to del regolamento n. 1/2003, COM(2009)206 def., e dal relativo documento di lavoro dei servizi: SEC(2009)574 def. Nella comunicazione del 2014, pur riconoscendosi che il nuovo sistema aveva contribuito positivamente a un'applicazione più rigorosa delle norme dell'UE in materia di concorrenza, si rilevava che alcuni aspetti, quali ad esempio le divergenze a livello delle procedure e dei poteri in materia di imposizione delle ammende, meritassero una valutazione più approfondita. Invero, la Commissione e i suoi servizi sono intervenuti sul tema a più riprese: v. European Commission Staff Document, 9 luglio 2014, Enhancing Competition Enforcement by the Member States' Competition Authorities: Institutional and Procedural Issues, SWD(2014)231 final; ma soprattutto sono state fondamentali le osservazioni pervenute tra il 2012 e il 2013 dalle varie Autorità nazionali nell'ambito della REC e pubblicate in due rapporti generali su "Decision-making powers" e "Investigative powers" (ec.europa.eu/competition).

<sup>12</sup> *Ibidem*. Per una analisi circa le riforme che negli ultimi anni hanno modificato l'assetto istituzionale delle ANC, v. M. AINIS, *Nuovi assetti istituzionali delle Autorità di concorrenza in Europa*, in G.A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *Assetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione Europea*, Napoli, 2018, p. 149 ss. Si rinvia anche alla comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 2 giugno 2014, Semestre europeo 2014: raccomandazioni specifiche per Paese, COM(2014)400 final.

<sup>13</sup> Oltre ad un'obbligazione generale contenuta nell'art. 35 del regolamento 1/2003, nessuna norma del regolamento disciplina i poteri istruttori e sanzionatori delle Autorità, né il loro grado di indipendenza dal potere politico o economico, né, con riguardo alla natura istituzionale delle ANC, né fornisce indicazioni circa i requisiti giuridici specifici che tali Autorità debbano avere. Tali lacune hanno fatto sì che molte ANC, soprattutto nei Paesi di più recente adesione, non dispongano di tutti i mezzi e gli strumenti necessari per applicare efficacemente gli articoli 101 e 102 TFUE. Valutazioni alla luce dei dati empirici raccolti nei Paesi membri in Europa centro-orientale sono in M. BOTTA, A. SVETLICINII, M. BERNATT, *The Assessment of the Effect on Trade by the National Competition Authorities of the "New" Member States: Another Legal Partition of the Internal Market?*, in *Common Market Law Review*, 2015, pp. 1247-1276.

<sup>14</sup> Dal 4 novembre 2015 al 12 febbraio 2016 (ec.europa.eu/competition).

<sup>15</sup> La proposta è il prodotto di vari studi, comunicazioni, documenti delle istituzioni comunitarie e nazionali volti a verificare le capacità, modalità, ed efficacia dell'intervento delle Autorità *antitrust* nazionali, nonché il grado di convergenza delle loro procedure. In questo senso, rilevanti sono state le osservazioni formulate nell'ambito del gruppo "Co-operation Issues and Due Process", istituito in seno alla Rete europea della concorrenza. Per approfondimenti sugli interessanti esiti della consultazione v.

22 marzo 2017 la Commissione europea ha annunciato di aver elaborato una proposta di direttiva volta ad accrescere i poteri istruttori delle ANC<sup>16</sup>. Nella sua struttura, essa risponde in modo analitico e puntuale alle esigenze di riforma evidenziate in passato<sup>17</sup>.

All'esito dell'*iter* di consultazione interistituzionale, l'11 dicembre 2018 è stata approvata, senza mutamenti troppo significativi rispetto allo schema normativo della proposta, la direttiva (UE) 1/2019 del Parlamento europeo e del Consiglio "che conferisce alle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno" (c.d. direttiva ECN+).

**3.** In vigore dal 4 febbraio 2019, questa direttiva dovrà essere recepita da tutti gli Stati membri entro il 4 febbraio 2021<sup>18</sup>. Essa ha la espressa finalità di migliorare sul piano dell'*enforcement* il sistema creato dal regolamento del 2003 e rendere ancor più efficiente il versante pubblicistico della tutela della concorrenza<sup>19</sup>, anche alla

---

W.P.J. WILS, *Competition Authorities: Towards More Independence and Prioritisation? The European Commission's 'ECN+' Proposal for a Directive to Empower the Competition Authorities of the Member States to Be More Effective Enforcers*, in *Concurrences*, 2017, n. 4, pp. 60-80, reperibile anche *online*.

<sup>16</sup> Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 marzo 2017, che conferisce alle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e assicura il corretto funzionamento del mercato interno, COM(2017)142 final, pubblicata insieme a Commission Staff Working Document, Impact Assessment Accompanying the document proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market, SWD(2017)114 final. Per alcune osservazioni sulla proposta, cfr. H. ANDERSSON, *ECN Plus – Should the New EU Directive Empowering National Competition Authorities be all about Effectiveness?*, Faculty of Law, Stockholm University Research Paper n. 12, giugno 2017; M. BOTTA, *The Draft Directive on the Powers of National Competition Authorities: The Glass Half Empty and Half Full*, in *European Competition Law Review*, 2017, p. 470 ss.; F. GHEZZI, B. MARCHETTI, *La proposta di direttiva in materia di Rete europea della concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2017, p. 1431 ss.; C.S. RUSU, *The Commission's 2017 EU Antitrust Draft Directive: Addressing the Public Enforcement Fragmentation*, 2017, reperibile *online*; A. SINCLAIR, *Proposal for a Directive to Empower National Competition Authorities to be More Effective Enforcers (ECN+)*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, pp. 625-633; W.P.J. WILS, *op. cit.*, spec. p. 68 s.

<sup>17</sup> Attesa la partecipazione dei soggetti interessati nella lunga fase di gestazione, non a torto F. GHEZZI, *L'efficacia dei poteri di enforcement*, cit., p. 966 ss., osserva che la proposta di direttiva non può essere intesa come una imposizione dall'alto quanto piuttosto come un processo di collaborazione orizzontale.

<sup>18</sup> *Ex art.* 35 della direttiva 1/2019. Come di consueto, sarà oggetto nel prossimo quinquennio di un riesame da parte della Commissione per valutarne le possibili ulteriori modifiche. Inoltre, atteso che essa incide in un settore in costante e rapida evoluzione, a garanzia dell'intento di implementare l'efficacia degli interventi repressivi delle Autorità di concorrenza è stato previsto, nella dichiarazione della Commissione europea che accompagna la sua pubblicazione, che entro due anni dalla data del suo recepimento (entro il 12 dicembre 2024) sarà svolta un'analisi all'interno della REC, per verificare se vi sia il modo di semplificare l'adozione delle misure provvisorie; i risultati dell'analisi saranno presentati al Parlamento europeo e al Consiglio. Per quanto riguarda la disciplina vigente in Italia, si segnala che la l. 287/1990 sotto diversi profili appare, in gran parte, già conforme alle previsioni della direttiva.

<sup>19</sup> L'esigenza di rispettare le tradizioni giuridiche e le specificità istituzionali degli Stati membri ha fatto sì che la scelta legislativa ricadesse sullo strumento normativo della direttiva, piuttosto che su quello del regolamento, sicché evidentemente il risultato atteso non è l'uniforme applicazione delle regole di concorrenza da parte delle ANC, ma la progressiva convergenza tra i rispettivi sistemi nazio-

luce del fatto che le aspettative riposte nella direttiva 104/2014 sono state in parte disattese<sup>20</sup>.

A fronte di prassi e legislazioni nazionali molto diverse, che possono tradursi in garanzie più o meno effettive per le imprese soggette ad indagini per presunti comportamenti anticoncorrenziali, si vuole che, nell'ambito del mercato geografico europeo, il livello complessivo di capacità dissuasiva e repressiva della violazione delle regole di concorrenza esercitata a livello statale, per mezzo dell'opera dalle Autorità amministrative, sia il più possibile armonico e che gli interventi e le indagini, da queste condotte, così come le decisioni assunte e le sanzioni comminate, non creino situazioni differenti per casi analoghi<sup>21</sup>.

La direttiva non contiene una disciplina di dettaglio, ma garantisce un "comune terreno di gioco" per le imprese ed i consumatori, prevedendo, a beneficio delle Autorità nazionali, un insieme minimo di caratteristiche comuni in termini di autonomia, mezzi, poteri investigativi e sanzionatori, nonché meccanismi di cooperazione reciproca. Nella specifica materia dei programmi di clemenza, invece, sono indicate norme di armonizzazione piena. Per migliorare il funzionamento della Rete, infine, non solo vengono fissati alcuni principi generali di cooperazione, ma sono anche stabilite delle modalità per la prestazione dell'assistenza reciproca tra Autorità in sede di accertamenti ispettivi e audizioni, notifiche degli addebiti e della documentazione pertinente, esecuzione delle decisioni che impongono ammende e penalità di mora.

Alla luce di quanto illustrato, ben si comprende la ragione per la quale la direttiva, nel suo complesso, è molto articolata: essa da un lato mira a conferire maggiori poteri investigativi alle Autorità garanti della concorrenza istituite nei singoli Stati membri; dall'altro intende ottenere una effettiva armonizzazione dei poteri istruttori all'interno del *network* europeo. Essa inoltre contiene non solo la previsione di un complesso di poteri minimi comuni per le ANC, derogabili *in melius* da parte dei Paesi membri, ma anche precise indicazioni sui *lenency programs*, norme sulla cooperazione all'interno della Rete, e norme in tema di prescrizione.

La direttiva consta di 37 articoli, suddivisi in 10 capi, e ben 77 'considerando', che ne illustrano ampiamente le ragioni e gli obiettivi; diversamente da (quasi) tutte le norme in tema *antitrust*, è stata approvata con una procedura legislativa ordinaria e la base giuridica è costituita dagli articoli 103 e 114 TFUE.

---

nali nell'applicazione delle norme convenzionali attraverso il rafforzamento dei poteri di *enforcement* esercitato a livello periferico.

<sup>20</sup> Occorre specificare che l'impatto della direttiva sul risarcimento dei danni quale pilastro complementare a quello pubblico nella repressione di comportamenti anticompetitivi appare essere più modesto delle aspettative. Nell'attesa di un primo riesame della norma, fissato a dicembre prossimo, le lacune e i limiti della direttiva erano già state segnalate: dalla scelta di non introdurre i c.d. danni punitivi, alla assenza di previsioni specifiche per le azioni *stand alone*, alla materia della divulgazione delle prove. *Ex multis*, ne danno conto in termini critici G. BRUZZONE, A. SAJJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento al margine?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2017, p. 9 ss., e, con un particolare riferimento alla giurisprudenza nazionale E.A. RAFFAELLI, *Il private antitrust enforcement dopo la Direttiva Danni: troppi problemi ancora irrisolti*, in *Federalismi*, editoriale del 17 luglio 2019, reperibile *online*.

<sup>21</sup> Sottolinea M. BOTTA, *op. cit.*, p. 470 ss., che l'intervento legislativo deriva dall'esigenza di intervenire sui poteri delle Autorità degli Stati membri di più recente adesione, meno avvezze alla tutela della concorrenza e con assetti insufficienti, in quanto inadeguati a garantire indipendenza, risorse e poteri adeguati al fine di un efficace intervento sui mercati.

Ovviamente i tempi non sono ancora maturi per formulare giudizi ponderati circa i suoi effetti nell'*enforcement* da parte delle ANC, dovendosi attendere il completo recepimento negli Stati membri e tuttavia una succinta analisi d'insieme appare utile per coglierne lo spirito complessivo, per individuare le norme più significative e i possibili nodi problematici in sede di sua attuazione.

4. Come si è illustrato, la direttiva del 2019 mira a far sì che le ANC dispongano delle garanzie di indipendenza, delle risorse e dei poteri di indagine e sanzionatori necessari per applicare efficacemente gli articoli 101 e 102 TFUE. Onde evitare che l'applicazione, da parte delle ANC, del diritto nazionale conduca ad un risultato diverso da quello raggiunto conformemente al diritto dell'Unione, è essenziale che esse abbiano le stesse garanzie di indipendenza e dispongano delle stesse risorse e degli stessi poteri di indagine e sanzionatori<sup>22</sup>; infatti, a norma dell'art. 1 la direttiva riguarda l'applicazione, sia delle norme del Trattato dell'Unione, sia del diritto nazionale della concorrenza allo stesso caso<sup>23</sup>.

Il capo I concerne l'oggetto e l'ambito di applicazione della direttiva e le principali definizioni utilizzate nel documento di legge<sup>24</sup>. Il capo II, relativo ai diritti fondamentali, si compone del solo art. 3 e prescrive agli Stati membri di fornire alle ANC garanzie adeguate per l'esercizio dei loro poteri che soddisfino almeno le norme della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e siano in linea con i principi generali del diritto dell'UE<sup>25</sup>. La collocazione sistematica non è casuale

<sup>22</sup> Non sono rari i casi in cui è la legislazione nazionale a limitare le garanzie di indipendenza delle ANC, o le loro risorse ed i loro poteri. Ad esempio, per carenza del diritto statale, molte ANC non dispongono di strumenti efficaci per rinvenire le prove delle infrazioni degli articoli 101 e 102 TFUE o per irrogare ammende adeguate alle imprese che violano la legge, oppure non dispongono di risorse umane e finanziarie adeguate, né dell'indipendenza operativa necessaria. Ciò può far sì che le ANC rinuncino in pratica ad intervenire o limitino innaturalmente il proprio ambito di intervento, oppure ancora, che le imprese che adottano pratiche anticoncorrenziali in più Stati membri siano esposte a esiti differenti a seconda del Paese dove si svolge il procedimento di accertamento.

<sup>23</sup> Come illustrato nel 6° 'considerando', l'applicazione disomogenea degli articoli 101 e 102 TFUE in tutta l'Unione, compromette le possibilità di eliminare gli ostacoli all'ingresso sul mercato europeo e di creare mercati concorrenziali più equi e finisce per determinare distorsioni della concorrenza nel mercato interno minandone il corretto funzionamento. Le conseguenze in termini negativi sono duplici: da un lato, le imprese e i consumatori sono penalizzati soprattutto in quegli Stati membri nei quali le ANC sono meno attrezzate per applicare le norme in modo efficace, e dall'altro in termini più generali, le imprese sono disincentivate a esercitare il diritto di stabilimento e a fornire beni e servizi in quei mercati nei quali l'applicazione delle norme in materia di concorrenza è meno intensa, con l'ulteriore inevitabile danno per i consumatori. Vedi anche il 4°, 5° e 6° 'considerando' della direttiva.

<sup>24</sup> Essa ha lo stesso ambito di applicazione della direttiva 104/2014 sul risarcimento del danno per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza: l'art. 1 chiarisce che la normativa si applica nel caso di applicazione parallela delle norme convenzionali e nazionali da parte delle ANC; non si applica invece al diritto nazionale della concorrenza, con l'unica eccezione dell'art. 31, par. 2. Parimenti le definizioni indicate all'art. 2 rispecchiano quelle utilizzate nel regolamento 1/2003 e nella direttiva 2014/104/UE.

<sup>25</sup> In particolare, ma non esclusivamente, il diritto alla libertà d'impresa, il diritto di proprietà, il diritto ad una buona amministrazione, il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice (articoli 16, 17, 41 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE), nonché il rispetto dei diritti di natura processuale a favore delle imprese sottoposte ad accertamenti quali la presunzione di innocenza, la proporzionalità della pena, la non retroattività della pena, il *ne bis in idem*, l'uguaglianza davanti alla legge e la non discriminazione (articoli 48, 49 paragrafi 2 e 3, 50 della Carta), nonché ancora il diritto di essere ascoltati, il diritto di notifica formale degli addebiti delle ANC conformemente al diritto di concorrenza dell'UE e il diritto di accesso al fascicolo istruttorio.

e sta ad indicare che tutta la disciplina successivamente descritta dovrà essere non semplicemente ispirata, bensì conforme alle statuizioni normative di ordine superiore<sup>26</sup>.

Il capo III contiene norme minime tese, da un lato, ad assicurare in termini generici l'autonomia politica delle ANC, dall'altro, specificamente a incidere sulla loro composizione e a garantire sia che i dirigenti e i componenti degli organi decisionali siano nominati per merito e non per scelte politiche, sia che svolgano il proprio incarico in piena indipendenza<sup>27</sup> – fermi restando, ai sensi del diritto nazionale, l'esercizio del sindacato giurisdizionale<sup>28</sup> e la vigilanza parlamentare circa il loro operato –, nell'osservanza di apposite norme interne sui conflitti d'interesse e sulle incompatibilità. L'art. 5, in particolare, impone l'esplicito obbligo per gli Stati membri di garantire che le ANC dispongano delle risorse umane, finanziarie e tecniche necessarie per svolgere efficacemente i compiti loro assegnati, senza escludere che le risorse economiche possano provenire da fonti diverse dal bilancio dello Stato, così come indicato nel 26° 'considerando'<sup>29</sup>.

---

Anche i principi consolidati a livello giurisprudenziale con riferimento ai procedimenti *antitrust* della Commissione, dovranno essere trasfusi nell'attività delle ANC: vengono in rilievo i principi del legittimo affidamento e di buona amministrazione (imprescindibilmente fondato sulla imparzialità, ragionevolezza, equità, obiettività e coerenza dell'azione amministrativa), nonché le garanzie difensive vere e proprie (l'esigenza che il procedimento si concluda entro un termine ragionevole, la possibilità di disporre di un termine congruo per rispondere alle richieste di informazioni, l'esigenza che le richieste di informazioni siano sufficientemente circoscritte e mirate).

<sup>26</sup> In questo senso milita anche la scelta redazionale compiuta: la norma segna una rilevante novità nella legislazione di settore, considerato che finora i principi sanciti dalla Carta erano stati in modo più limitato semplicemente richiamati nei 'considerando'. Non si tratta di una pura questione "stilistica", atteso che la funzione dei 'considerando' è quella di motivare in modo conciso le norme essenziali dell'articolato, senza contenere enunciati di carattere normativo o dichiarazioni di natura politica. Di riflesso il semplice richiamo nella parte introduttiva dell'atto normativo ai diritti fondamentali ne assicura la conformità ai principi della Carta e rappresenta una chiara indicazione per la Corte di giustizia circa l'interpretazione e l'applicazione della normativa. La precisa prescrizione del rispetto dei diritti fondamentali in una norma ha, invece, un inequivocabile valore precettivo per gli Stati destinatari che subordina il concreto esercizio di tutti i poteri attribuiti alle Autorità nazionali al rispetto di garanzie adeguate e conseguente possibilità di ricorso per inadempimento in caso di non adeguato recepimento.

<sup>27</sup> Per una più ampia trattazione del tema si rinvia a W.P.J. WILS, *Independence of Competition Authorities: The Example of the EU and its Member States*, in *World Competition*, 2019, pp. 149-170. Riflessioni sull'indissolubile legame tra indipendenza e *accountability* sono in A. MATEUS, *Why Should National Competition Authorities Be Independent and How Should They Be Accountable*, in *European Competition Journal*, 2007, p. 17 ss.; M. CHOLTEN, *Independent, Hence Unaccountable? The Need for a Broader Debate on Accountability of the Executive*, in *Review of European Administrative Law*, 2011, p. 5 ss.; G. MONTI, *Independence, Interdependence and Legitimacy: The EU Commission, National Competition Authorities and the European Competition Network*, EUI Working Paper 2014, p. 4 ss.; A. OTTOW, *Market Competition Authorities: Good Agency Principle*, Oxford, 2015, p. 85 ss.; S. PEERS, M. COSTA, *Reassessing the Accountability of European Union Decentralized Agencies: Mind the Independence Gap*, in *European Public Law*, 2016, p. 645 ss.

<sup>28</sup> Il controllo previsto dalla legge, non intacca né sminuisce l'indipendenza delle ANC, ma al contrario la rafforza; *contra* v. W.E. KOVACIC, *Competition Agencies, Independence and the Political Process*, in J. DREXL, W. KERBER, R. PODSZUN (eds.), *Competition Policy and the Economic Approach: Foundations and Limitations*, Cheltenham, 2011, spec. p. 296.

<sup>29</sup> La natura generalista delle funzioni svolte dalle Autorità di concorrenza (funzioni di garanzia, dirette a produrre benefici non solo per i soggetti vigilati ma per l'intera collettività) ne giustificherebbe il finanziamento a carico dei bilanci degli Stati. Di contro, andrebbero evitate forme di finanziamento che gravino prevalentemente sulle imprese vigilate o possano alterare gli incentivi rispetto alle attività istituzionali (*i.e.* attraverso le sanzioni). Sul tema v. A. MATONTI, *Nuovi assetti istituzionali dell'Autori-*

Il capo IV (articoli 6-12) è nel segno di una considerevole espansione dei poteri a disposizione delle ANC che gli Stati membri sono tenuti a garantire: sulla falsariga di quelli già previsti nel capitolo V del regolamento 1/2003<sup>30</sup>, la direttiva ne definisce meglio la portata, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>31</sup>. In linea con i tempi correnti, la direttiva espressamente conferisce alle ANC tutti i poteri necessari per raccogliere qualunque prova pertinente, quali i diritti di richiedere e acquisire tutte le informazioni relative all'impresa oggetto dell'indagine, anche in formato digitale e su qualsiasi supporto, ad esempio, da computer portatili, telefoni cellulari, altri dispositivi mobili od archiviazione sul *cloud*.

A completamento e consolidamento degli strumenti investigativi, alle ANC sono attribuiti poteri repressivi e sanzionatori. Analogamente ai poteri attribuiti alla Commissione<sup>32</sup>, anche le ANC, per ottenere la cessazione dell'infrazione contestata, potranno imporre dei rimedi strutturali o comportamentali. Sennonché, mentre nel regolamento del 2003 è espressamente indicato un ordine di priorità fra i due tipi di rimedi – in virtù del quale i rimedi strutturali si possono imporre solo in assenza di rimedi comportamentali parimenti efficaci, o quando in caso di pari efficacia questi ultimi risultassero più onerosi per l'impresa interessata –, nella direttiva la scelta tra tali tipi di misure sarà fatta solo alla luce del principio di proporzionalità, avendo a mente di dover optare, in caso di rimedi ugualmente efficaci, per quello meno oneroso.

Il successivo capo V, dedicato alle ammende e alle penalità di mora, segna il netto potenziamento dell'intero impianto sanzionatorio *antitrust*, attribuendo alle ANC il potere di irrogare sanzioni dotate di una più intensa efficacia deterrente. Due sono i dati innovativi di maggior rilievo. Il primo riguarda la responsabilità ai fini del pagamento della ammenda<sup>33</sup>: attualmente un fattore che in concreto ha determinato divergenze importanti sotto il profilo della deterrenza sostanziale attiene alla interpretazione del concetto di "impresa". Al fine di evitare che le imprese si sottraggano alla responsabilità operando cambiamenti di natura giuridica o organizzativa attraverso fusioni con altre imprese o ristrutturazioni aziendali, l'art. 13, facendo proprio l'orientamento ormai consolidato della Corte di giustizia<sup>34</sup>, cristallizza che la nozione di impresa deve essere applicata facendo riferimento ad

*tà di concorrenza in Europa: la prospettiva del mercato*, in G.A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *op. cit.*, p. 155 ss., spec. p. 161.

<sup>30</sup> I poteri di indagine di cui dispone la Commissione per valutare le infrazioni degli articoli 101 e 102 TFUE sono descritti nel capitolo V del regolamento 1/2003, articoli 17-22. La copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia sul tema deve intendersi recepita nella norma in commento.

<sup>31</sup> I poteri sono in effetti molto ampi: compiere accertamenti ispettivi sia nei locali dell'impresa e delle associazioni di imprese, sia in altri locali, richiedere informazioni, effettuare audizioni, adottare decisioni volte a far cessare le infrazioni, imporre misure cautelari, rendere obbligatori gli impegni offerti dalle imprese.

<sup>32</sup> Ai sensi dell'art. 7 del regolamento 1/2003.

<sup>33</sup> Fino ad oggi, malgrado la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, è regnata una certa incertezza nella applicazione delle sanzioni a causa del fatto che alcune ANC, in applicazione del diritto interno, non hanno riconosciuto le società madre responsabili per le infrazioni commesse dalle controllate, né hanno potuto ritenere responsabili ai fini dell'ammenda i successori legali o economici dell'autore dell'infrazione.

<sup>34</sup> *Ex multis*, v. le sentenze della Corte di giustizia del 13 luglio 1966, causa 32/65, *Italia c. Consiglio*; del 24 ottobre 1996, causa C-73/95 P, *Viho c. Commissione*; e del 20 gennaio 2011, causa C-90/09, *General Química SA*; nonché quelle del Tribunale del 12 gennaio 1995, causa T-102/92, *Viho Europe Bv*; e del 15 settembre 2005, T- 325/01, *Daimler Chrysler*.

“un’unità economica”, anche qualora essa sia costituita da più persone fisiche o giuridiche. Diretta conseguenza è che le diverse entità giuridiche appartenenti ad un’unica “impresa” dovranno essere ritenute responsabili in solido per il pagamento di eventuali ammende inflitte all’impresa in questione<sup>35</sup> e che una società madre dovrà sempre essere considerata responsabile e passibile di ammenda per sanzionare il comportamento di una delle sue controllate<sup>36</sup>, così come i successori legali ed economici delle imprese stesse.

Il secondo fattore che attesta il significativo potenziamento del potere sanzionatorio è riferito alla soglia legale massima dell’ammenda fissato, dall’art. 15, a un livello comune non inferiore al 10% del fatturato mondiale totale dell’impresa, realizzato durante l’esercizio sociale precedente<sup>37</sup>, ovvero, in caso di associazione di imprese, della somma dei fatturati mondiali totali di ciascun membro operante sul mercato interessato dall’infrazione commessa dall’associazione. In ogni caso è lasciata aperta la possibilità per gli Stati membri di mantenere o introdurre un massimo edittale dell’ammenda più elevato.

La nuova disciplina sui programmi di trattamento favorevole è senza dubbio quella che ha destato maggiori critiche da parte delle ANC; ritenendo insoddisfacente il livello di convergenza dei programmi di clemenza nazionali, la direttiva impone una codificazione quasi integrale del modello di programma ECN (*Model leniency programme*), che vincoli gli Stati membri ad applicare regole uniformi<sup>38</sup>. Ragioni di sintesi non consentono in questa sede l’analisi dettagliata delle disposizioni sul tema, tuttavia vale qui solo indicare che l’effetto combinato delle norme del capo VI sottrae alle ANC la gestione delle domande di accesso al trattamento favorevole e le priva della competenza a conoscere della fattispecie, fintanto che la Commissione non decida di rinunciare al caso.

Inevitabilmente, come palesato dalle ANC in sede di valutazione della proposta di direttiva, il nuovo sistema altera *in primis* il principio di reciproca autonomia dei

---

<sup>35</sup> Secondo la consolidata giurisprudenza europea occorre dimostrare che la società madre esercita un’influenza determinante sulla controllata che ha commesso l’infrazione, v. per tutte sentenza della Corte di giustizia del 10 settembre 2009, causa C-97/08 P, *AkzoNobel NV c. Commissione*.

<sup>36</sup> In questo modo l’ammenda sarà commisurata alla forza globale del gruppo aziendale e non solo a quella della filiale, diventando così più significativa e dissuasiva e all’intero gruppo aziendale si trasmette chiaramente il messaggio che l’assenza di una buona *governance* e l’inadempienza del diritto della concorrenza non resteranno impuniti.

<sup>37</sup> L’assoluta inadeguatezza del limite massimo non superiore al 10% del fatturato annuo complessivo dell’impresa, indicato nel regolamento, è emersa con tutta evidenza a seguito della crescita esponenziale nel mercato digitale in cui le sanzioni irrogate, sebbene enfaticamente ritenute strabilianti da una certa informazione, sono davvero irrisorie rispetto ai profitti derivanti dai comportamenti anticompetitivi.

<sup>38</sup> Si segnala che sia il Governo italiano, sia l’AGCM, in sede di valutazione dell’impatto della proposta di direttiva nel nostro ordinamento hanno espresso perplessità per l’indebita compressione dell’autonomia degli Stati membri, nonché per le possibili ripercussioni sotto i profili di flessibilità dell’istituto e di adattabilità alle specificità nazionali, auspicando, invece, che le ANC restino libere di modulare alcuni aspetti del programma, in particolare per quanto riguarda le soglie di accesso ai benefici. V. il citato rapporto della Camera dei Deputati, XVII legislatura, del 5 giugno 2017, n. 87. Ulteriore elemento di critica nasce in relazione al fatto che eventuali successive modifiche dei programmi di clemenza comporterebbero un’onerosa procedura di revisione del testo della direttiva risultando in ogni caso intempestiva.

programmi di clemenza<sup>39</sup>, in seconda istanza il principio di leale collaborazione tra Commissione europea e ANC<sup>40</sup>.

In termini senz'altro positivi si deve segnalare che la direttiva pone fine all'incertezza giuridica circa la tutela da apprestare a favore dei direttori, degli amministratori e degli altri membri del personale (attuali e passati) delle imprese che presentano richiesta di immunità. L'art. 23 impone agli Stati membri che, in presenza di talune condizioni ivi indicate<sup>41</sup>, tali soggetti, la cui collaborazione è evidentemente preziosa, siano tenuti indenni ("pienamente protetti") dalle conseguenze dell'illecito sul piano amministrativo e penale<sup>42</sup>.

Infine, colmando una vistosa lacuna del regolamento 1/2003<sup>43</sup>, la disciplina contenuta nel capo VII (articoli 24-28) pone alcune norme in materia di assistenza reciproca a tutela del sistema di stretta cooperazione nell'ambito della REC: attraverso varie misure che spaziano dalla collaborazione nello svolgimento degli accertamenti, all'assistenza nell'esecuzione di decisioni che impongano sanzioni pecuniarie, si vuole rendere più coeso il rapporto di collaborazione e assistenza reciproca. È, infatti, previsto che quando un'ANC chieda a un'altra di svolgere misure di indagine per suo conto al fine di raccogliere prove che si trovano in un'altra giurisdizione, i funzionari dell'ANC richiedente abbiano il diritto di partecipare a tale accertamento e di contribuirvi attivamente.

Una importante novità, che segna un significativo passo in avanti nel solco di una più solida collaborazione tra le ANC e che consente di instaurare correttamente il contraddittorio con una impresa che si trovi in uno Stato diverso da quello della Autorità procedente, è indicata nell'art. 25. Sono qui introdotti dei meccanismi per consentire alle ANC di chiedere e di fornire assistenza reciproca per la notifica degli addebiti, degli atti procedurali del giudizio istruttorio e di tutta la documentazione pertinente<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> Vedi sentenza della Corte di giustizia del 20 gennaio 2016, causa C-428/14, *DHL Express (Italy) Srl e DHL Global Forwarding (Italy) SpA c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*. Per un primo commento sia consentito il rinvio al nostro *I rapporti tra Commissione, Autorità nazionali e ECN: ulteriori chiarimenti della giurisprudenza*, in *Sud in Europa*, 2016, p. 7.

<sup>40</sup> Infatti, se l'Autorità nazionale non ha il potere di richiedere il completamento della domanda di clemenza fin quando la Commissione non rinunci alla trattazione del caso, il programma nazionale risulta di fatto subordinato a quello comunitario.

<sup>41</sup> Una di queste è che la domanda di immunità sia presentata anteriormente al momento in cui tali persone sono state informate dalle Autorità nazionali competenti in merito al procedimento che potrebbe determinare l'imposizione delle sanzioni.

<sup>42</sup> Va indicato che per tutelare da ritorsioni le persone che denunciano o divulgano informazioni su violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione, la Commissione dal marzo 2017 ha introdotto uno strumento di informazione anonima per i casi di concorrenza ([ec.europa.eu/competition](http://ec.europa.eu/competition)). Di rimando, ci si aspetta che le ANC istituiscano ulteriori azioni settoriali a livello nazionale.

<sup>43</sup> L'art. 22 del regolamento 1/2003 limita la capacità delle ANC di prestarsi reciproca assistenza alle sole ipotesi in cui l'amministrazione adita formuli richieste di informazioni o svolga accertamenti ispettivi sul territorio del proprio Stato membro per conto dell'Autorità richiedente.

<sup>44</sup> Esclusa esplicitamente dall'ambito di applicazione del regolamento (CE) n. 1393/2007 del 13 novembre 2007, sulla notificazione o comunicazione degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale, tale materia non è oggetto di disciplina neanche nel regolamento 1/2003. Pertanto, per individuare gli strumenti procedurali che consentano di instaurare validamente il contraddittorio con il soggetto sottoposto all'esercizio del potere pubblico diverso da quello dello Stato dove l'impresa ha sede, si deve far riferimento ad un quadro giuridico estremamente frammentato (e ostativo dell'applicazione efficace del diritto *antitrust*): il principale strumento pattizio impiegato è la Convenzione di Strasburgo del 24 novembre 1977 sulla notifica all'estero dei documenti in materia amministrativa,

Parimenti è da considerare con favore la successiva norma relativa all'assistenza reciproca nell'esecuzione delle decisioni sanzionatorie *antitrust*<sup>45</sup>. In particolare, in assenza di norme dell'Unione europea *ad hoc* e di convenzioni bilaterali o multilaterali che garantiscano esecuzione diretta, numerose ANC sono di fatto impossibilitate a dare concreta attuazione ai propri provvedimenti quando l'impresa che ne sia destinataria non disponga di beni sufficienti per il soddisfo delle sanzioni pecuniarie sul territorio nazionale dell'Autorità procedente. Per ovviare ad una situazione di ingiustificata disparità di trattamento tra gli operatori economici in funzione del rispettivo Paese di stabilimento all'interno dell'Unione<sup>46</sup>, l'art. 26, par. 1, dispone che i membri delle Autorità devono essere preparati a dare attuazione alle decisioni che impongono ammende (o penalità di mora) emesse da garanti straniere qualora, “dopo aver compiuto ragionevoli sforzi, l'Autorità straniera accerti che l'impresa o l'associazione di imprese, nei cui confronti l'ammenda o la penalità di mora è esecutiva, non disponga di beni sufficienti nello Stato membro dell'Autorità richiedente per consentirne il recupero”<sup>47</sup>.

5. Premessa la complessiva illustrazione della direttiva, e ben consapevoli dei numerosi spunti di interesse, occorre soffermarsi su un aspetto che rischia di creare criticità in sede di recepimento e che attiene all'autonoma gestione del lavoro internamente alle Autorità. Il quadro generale di riferimento è il capo III della novella comunitaria che, come innanzi indicato, contiene le innovazioni più significative circa l'indipendenza e le risorse a disposizione delle ANC.

È un dato di palese evidenza che dal miglioramento degli aspetti organizzativi può dipendere un più efficace funzionamento della procedura di *enforcement* in ogni sua fase (dalla scelta del caso, all'istruttoria, alla decisione). Orbene, atteso che la *governance* dell'Autorità di concorrenza ha inevitabilmente conseguenze sulla capacità complessiva dell'Autorità *antitrust*, l'art. 4 par. 5, nello specifico, incide sulla organizzazione interna del lavoro della Autorità nazionali: per garantire l'uso efficace delle proprie risorse e per consentire di potersi concentrare sulla prevenzione e sulla cessazione delle condotte anticoncorrenziali, è loro attribuito il

---

ratificata soltanto da Austria, Belgio, Estonia, Francia, Germania Lussemburgo, Spagna e Italia (con legge 21 marzo 1985, n. 149).

<sup>45</sup> Tale assistenza reciproca è concepita in modo da ridurre al minimo l'ingerenza nel diritto nazionale e dovrebbe includere garanzie fondamentali: i) la notifica e l'esecuzione saranno effettuate in conformità della legislazione dello Stato membro adito; ii) le decisioni di imposizione delle ammende potranno essere eseguite solo quando sono definitive e non possano più essere impugnate con mezzi ordinari; iii) la prescrizione sarà disciplinata dalla legge dello Stato membro richiedente; iv) l'Autorità adita non sarà tenuta ad applicare le decisioni in materia di ammende se ciò è manifestamente contrario all'ordine pubblico di tale Stato membro; v) le controversie riguardanti la legittimità di una misura saranno di competenza dello Stato membro richiedente, mentre le controversie concernenti la notifica o le misure esecutive adottate nello Stato membro adito saranno di competenza di quest'ultimo.

<sup>46</sup> Situazione che, di riflesso, può condizionare le scelte di intervento delle Autorità nazionali che potrebbero astenersi dall'avviare istruttorie che rischiano di concludersi con l'imposizione di sanzioni inesigibili.

<sup>47</sup> Correttamente fa notare E. LATORRE, *La direttiva n. 1/2019 e il suo impatto sulla disciplina antitrust dell'Unione europea*, in *Eurojus*, 2019, p. 253, reperibile *online* che una simile disposizione, se recepita correttamente, doterà di efficacia diretta in tutto il territorio dell'Unione i provvedimenti delle ANC estere e renderà non più necessario il procedimento di riconoscimento e di esecuzione.

diritto di fissare un ordine di priorità di accoglimento dei procedimenti istruttori<sup>48</sup>. A tal fine, le ANC dovrebbero poter respingere le denunce a motivo del fatto che non costituiscono una priorità, con l'eccezione, se del caso, di quelle presentate dalle Autorità pubbliche che hanno competenza concorrente a un'Autorità nazionale garante della concorrenza per l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE e del diritto nazionale della concorrenza. Ciò non pregiudica la loro facoltà di respingere le denunce per altri motivi, come per esempio l'incompetenza, o di decidere che non hanno motivo di intervenire. Nei casi di denunce depositate formalmente, le decisioni di rigetto devono poter essere impugnate ai sensi del diritto nazionale; tuttavia, il potere delle ANC di organizzare l'ordine di priorità dei loro procedimenti istruttori non pregiudica il diritto di un governo di uno Stato membro di comunicare loro norme di indirizzo generale o orientamenti sulle priorità che non riguardino indagini settoriali o procedimenti specifici di applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE<sup>49</sup>.

La disciplina in esame ha suscitato non poche perplessità nei commentatori, in quanto essa, se per un verso consente di gestire meglio le risorse interne delle ANC, dall'altro può creare le premesse per una tutela della concorrenza selettiva<sup>50</sup>, interessata a considerare solo casi di particolare rilievo<sup>51</sup>. A ben vedere, peraltro, il profilo in questione chiama in causa il fondamento ultimo del sistema anticoncorrenziale, sicché pare utile svolgere qualche notazione ulteriore. Infatti, la formalizzazione della possibilità delle ANC di non dare séguito ad una denuncia di comportamento anticoncorrenziale, lascia emergere con una certa chiarezza quella contrapposizione, alla quale si faceva riferimento in apertura di queste pagine, tra l'interesse pubblico al corretto funzionamento del mercato e l'interesse individuale alla tutela dell'iniziativa economica privata, così come lascia emergere il fatto che l'ordinamento europeo – considerata la sua genesi – si preoccupi del primo ben più che del secondo. Sennonché, la questione dovrebbe spostarsi sull'individuazione del fine ultimo della disciplina concorrenziale europea, se cioè l'interesse e il valore di riferimento debba essere rappresentato dal funzionamento corretto del mercato in sé, oppure se il corretto funzionamento del mercato non debba essere considerato in chiave e in funzione strumentale alla tutela della libertà dell'iniziativa economica privata. Il che spinge a doversi confrontare necessariamente con una impostazione del sistema giuridico sovranazionale che, per quanto sia condivisa, non necessa-

<sup>48</sup> Nel citato Commission Staff Working Document del 9 luglio 2014, par. 59, si indica il “priority setting” quale “key component of the toolbox that authorities should have at their disposal”. Sul tema è importante considerare anche i suggerimenti, assolutamente non vincolanti, elaborati in seno alla Rete, ECN Recommendation on the power to set priorities, dicembre 2013 ([ec.europa.eu/competition](http://ec.europa.eu/competition)): “Where applicable, the framework of judicial review of decisions by the Authorities to reject non-priority complaints should, to the greatest extent possible, be designed in a way that preserves the prerogative of the Authorities to set and pursue enforcement priorities. The Authorities should have discretion as to whether or not they publish the priorities they have set, their prioritisation principles, as well as their decisions based on priority grounds, with a view to maximise the efficiency of their action” (punti 4 e 5 delle raccomandazioni, p. 6).

<sup>49</sup> V. il 23° ‘considerando’ della direttiva.

<sup>50</sup> In argomento v. W.P.J. WILS, *Competition Authorities*, cit., p. 36, che distingue tra fissazione di priorità positive (scelta proattiva) e priorità negative (rigetto delle denunce). V. anche ID., *Discretion and Prioritisation in Public Antitrust Enforcement, in Particular EU Antitrust Enforcement*, in *World Competition*, 2011, p. 353, reperibile [online](#).

<sup>51</sup> Valutati tali alla luce di vari criteri quali, ad esempio, impatto sul mercato, costi dell'attività, significato strategico.

riamente è la stessa dei singoli ordinamenti statali e, per quello che ci riguarda più da vicino, dell'ordinamento italiano<sup>52</sup>. Nel nostro sistema giuridico, infatti, per quelli che sono gli assetti e la gerarchia assiologica dettati dalla Costituzione, non può dubitarsi del fatto che il controllo del corretto funzionamento del mercato sia strumentale alla tutela della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), la quale a sua volta costituisce un valore servente (e recessivo) rispetto a quello del pieno e libero sviluppo della persona<sup>53</sup>.

Questo, ad esempio, induce a sottolineare come l'ambito di applicazione della disciplina *antitrust* non possa conoscere limitazioni verso il basso, nel senso di non poterne escludere la rilevanza e l'operatività di fronte a comportamenti anticoncorrenziali che, tuttavia, riguardando contesti locali o economicamente marginali, non abbiano un impatto significativo sulle dinamiche del mercato, ma incidano soltanto su posizioni individuali<sup>54</sup>. Affermare il contrario significherebbe porre un fondamentale problema di eguaglianza, che soltanto in parte potrebbe dirsi temperato dalla presenza di strumenti di *private enforcement* a disposizione del singolo. Non vi è dubbio che si tratta di una connotazione che, presente nel nostro ordinamento, non necessariamente è condivisa con i sistemi interni di tutti gli altri ordinamenti degli altri Stati membri e, soprattutto, non rispecchia l'assetto della gerarchia assiologica dell'Unione medesima.

Operativamente, sembrerebbe che il fatto che il sistema europeo imponga di formalizzare il potere delle ANC di trattare le denunce di comportamenti anticoncorrenziali estraneo ad una propria linea politica, in sede di recepimento nell'ordinamento italiano, rischia di suscitare dei problemi di legittimità se lasciato del tutto privo di adeguati controlli e contrappesi che riequilibrino secondo ragionevolezza i livelli di tutela accordati a tutti i consociati.

In senso opposto, potrebbe valere il rilievo che l'indicazione delle priorità non deve significare necessariamente rinuncia all'intervento in determinati ambiti, ed anzi, al contrario, se la fissazione delle priorità è trasparente, potrebbe rafforzare la responsabilità nella rendicontazione (c.d. *accountability*) e attirare denunce nei settori di attenzione.

La questione è ancora aperta<sup>55</sup>: non a caso in fase di discussione a livello nazionale della proposta di direttiva, nelle osservazioni formulate dalle Commissioni parlamentari incaricate si ravvisava "l'opportunità di un approfondimento dell'impatto discrezionale della disposizione di cui all'articolo 4, comma 2, lettera e), circa l'attribuzione alle ANC del potere di respingere denunce formalmente depositate in

---

<sup>52</sup> Il problema è noto: per la sua impostazione v. M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, spec. p. 95 ss., p. 141 ss.

<sup>53</sup> Sul profilo finalistico della tutela della concorrenza e sul dibattito e sulla evoluzione in Italia, per tutti si rinvia a M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001*, in *Moneta e credito*, 2015, p. 365 ss., il quale nel ricostruire in chiave storica il problema, denuncia una permanente incertezza contenutistica.

<sup>54</sup> Nel questionario di consultazione prodromico all'adozione della direttiva, da più parti si erano manifestati timori di perdita di tutela a causa della "priorizzazione"; in particolare, l'Associazione europea delle piccole e medie imprese (UEAPME) osservava che "due also to national laws regarding the prioritization of NCA's action, it might happen that some cases remain uninspected if the volume of the activity is limited" (ec.europa.eu/competition/consultations).

<sup>55</sup> Ne dà conto G. BRUZZONE, *Indipendenza e fissazione delle priorità: quale ruolo per il public enforcement?*, in *Workshop Assonime - AAI I poteri delle Autorità e le garanzie: verso la direttiva ECN+*, 20 novembre 2017, reperibile online.

quanto da esse non ritenute prioritarie, fermo restando, ai sensi del *considerando* 17, il diritto di un Governo di uno Stato membro di comunicare alle ANC orientamenti sulle priorità che non riguardino procedimenti specifici di applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE<sup>56</sup>.

Invero, per limitare la discrezionalità della ANC nel rigettare le denunce e assicurare un adeguato grado la tutela, si dovrebbe, a nostro parere, adottare un modello ispirato a quello delineato dal giudice di Lussemburgo per la Commissione europea, secondo il quale la decisione di rigetto, sempre soggetta al controllo del giudice, va adeguatamente motivata. Secondo costante giurisprudenza<sup>57</sup>, infatti, la Commissione deve tenere conto di tutte le circostanze giuridiche ed economiche del caso e, in particolare, della disponibilità di canali alternativi per la tutela del denunciante (*i.e.* il *private enforcement*), della rilevanza *prima facie* della presunta violazione per il funzionamento del mercato interno, nonché della complessità, probabilità e costi di accertamento della violazione.

La motivazione del rifiuto della denuncia, come reiteratamente indicato dai giudici di Lussemburgo, deve essere adeguata alla natura dell'atto in esame e deve fare apparire, in forma chiara e inequivocabile, l'*iter* logico seguito dall'istituzione da cui essa promana, deve menzionare i dati di fatto dai quali dipende la giustificazione della decisione e le considerazioni giuridiche che l'hanno indotta ad adottarla, in modo da consentire agli interessati di conoscere le ragioni del provvedimento adottato e da permettere al giudice competente di esercitare un effettivo controllo sull'esercizio da parte della Commissione del suo potere discrezionale di definire determinate priorità.

Nel delicato e solidale rapporto tra Commissione e Corte di giustizia, il controllo da quest'ultima esercitato, lungi dal minare l'indipendenza e l'autorevolezza della prima, è la migliore garanzia affinché le scelte compiute non comportino derive in direzione di obiettivi diversi dalla tutela del processo concorrenziale.

Analogamente, a livello statale è il giudice amministrativo affidatario del compito di sindacare le decisioni (anche di rigetto) adottate dalle ANC e dunque garante del fatto che le "strategie di lavoro", da parte delle Autorità di concorrenza, non si discostino da quelli che sono gli obiettivi della tutela concorrenziale secondo il diritto interno<sup>58</sup>. Nel suo ruolo (anche determinante ai fini delle azioni risarcitorie

<sup>56</sup> Doc. XVII n. 92, Commissioni riunite II e X, Documento finale, a norma dell'articolo 127 del regolamento sulla: Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che conferisce alle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e assicura il corretto funzionamento del mercato interno (COM(2017)142 final), 12 ottobre 2017 (www.camera.it).

<sup>57</sup> *Ex multis* si vedano sentenze del Tribunale del 18 settembre 1992, causa T-24/90, *Automec c. Commissione*, punto 86; del 15 dicembre 2010, causa T-427/08, *Confédération européenne des associations d'horlogers-réparateurs (CEAHR) c. Commissione*; del 9 marzo 2012, causa T 192/07, *Comité de défense de la viticulture charentaise c. Commissione*; del 26 settembre 2018, causa T-574/14, *European Association of Euro-Pharmaceutical Companies (EAEP) c. Commissione*; del marzo 2012, causa T-192/07, *Comité de défense de la viticulture charentaise c. Commissione*; dell'11 luglio 2013, cause riunite T-108/07 e 354/08, *Spira c. Commissione*; del 21 gennaio 2015, causa T-355/13, *EasyJet Airline c. Commissione* dell'11 gennaio 2017, causa T-699/14, *Toppis Europe c. Commissione*; e del 26 settembre 2018, causa T-574/14, *European Association of Euro-Pharmaceutical Companies (EAEP) c. Commissione*; nonché sentenza della Corte del 4 marzo 1999, causa C-119/97 P, *Union française de l'express (Ufex), DHL international*.

<sup>58</sup> Sul percorso della nostra giurisprudenza amministrativa si veda R. CHIEPPA, *La cooperazione tra giudice italiano, l'Autorità garante e la Commissione europea*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza*

di *follow-on*) dovrà necessariamente operare un bilanciamento costituzionale tra l'applicazione decentrata delle regole europee in tema di concorrenza e la tutela dei diritti fondamentali<sup>59</sup>. Il che naturalmente potrebbe porre un problema circa quale prospettiva debba prevalere nella ricognizione degli interessi dei quali la disciplina *antitrust* possa considerarsi presidio.

6. Nell'attesa di poter verificare sul campo gli effetti che il recepimento della direttiva comporterà, nonché i limiti e le migliorie da apportare in séguito al sistema ivi descritto, appare possibile formulare un primo giudizio sull'intero assetto normativo teso al potenziamento del *public enforcement*.

Sono senza dubbio condivisibili gli obiettivi perseguiti: in questa ottica l'asserita indipendenza, il consolidamento e l'implementazione dei poteri istruttori e decisorii, il rafforzamento di quelli sanzionatori e degli strumenti di assistenza reciproca delle ANC sono tutti da valutare positivamente.

Sul piano più generale delle ammende e delle penalità di mora, la nuova direttiva esprime un messaggio preciso nella direzione del rafforzamento dell'apparato sanzionatorio del diritto europeo della concorrenza, anche con la possibilità di aumentare i massimi edittali oltre il limite tradizionale del 10% del fatturato.

In termini critici va osservato che tale scelta legislativa, sebbene sicuramente più incisiva, tradisce, tuttavia, una visione della politica della concorrenza ancora condizionata dall'idea della centralità delle ammende come reazione alle disfunzioni dei mercati; tale approccio – legato ad una concezione di mercato concorrenziale inteso come uno strumento in grado di creare un equilibrio ottimale, la eventuale alterazione del quale può trovare adeguata risposta in misure repressive atte a costituire efficace deterrente – appare oggi superato, giacché non tiene conto dell'evoluzione che ha caratterizzato il funzionamento dei mercati (si consideri ad esempio il mercato digitale) e che ne ha accentuato l'instabilità<sup>60</sup>.

Qualche dubbio sussiste circa la scelta di codificare il modello di programma di clemenza ECN, perché, come innanzi indicato, lo strumento premiale, per sua natura adattabile alle diverse realtà giuridiche degli Stati membri, potrebbe risultare troppo rigido e quindi meno efficiente. Inoltre, alla luce della futura esperienza, dovranno rivalutarsi gli effetti della *stand still clause* nei confronti delle ANC ed i riflessi sugli equilibri tra queste e la Commissione; in particolare, si dovrà verificare il maggiore o minore coinvolgimento parallelo delle ANC nei casi di domanda di trattamento favorevole presentata in forma semplificata.

Nel complesso, al netto delle perplessità appena evidenziate, è da considerarsi favorevolmente l'approccio adottato dalla direttiva che, nel pieno rispetto del principio di proporzionalità, massimizza l'aumento di efficacia delle ANC con limitate interferenze nelle specifiche realtà giuridiche statali. Sembra indubbio che le misure ivi indicate siano strumenti idonei per realizzare i vantaggi derivanti da una mag-

---

*ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, p. 310 ss., spec. p. 313.

<sup>59</sup> Per una chiarissima disamina si rinvia alle conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano del 25 maggio 2004, causa C-12/03 P, *Commissione c. Tetra Laval*, punti 85-87.

<sup>60</sup> Sicché, come correttamente osservato da G. LIBERTINI, *Intervento*, in *Workshop Assonime*, op. cit., obsoleta risulta essere l'idea stessa che possano determinarsi situazioni ottimali di equilibrio concorrenziale e che possano essere individuate con facilità le condotte imprenditoriali distorsive della concorrenza.

giore armonizzazione del mercato interno: le imprese ed i consumatori potranno, infatti, fruire di una accresciuta omogeneità ed efficacia operativa e di maggiore parità di condizioni. In particolare, le imprese potranno confidare su un più agevole e sicuro accesso ai mercati degli altri Stati membri, mentre i consumatori potranno avvalersi di una più efficace tutela per le proprie transazioni transfrontaliere, incluse quelle effettuate *online*.

## Abstract

### Directive (EU) 2019/1: The Evolution of Public Enforcement in the EU Antitrust System

This article aims to illustrate the evolution of the EU public antitrust enforcement after Directive (EU) 2019/1 to empower the national competition authorities to be more effective enforcers (also called ECN+) and focuses on some critical aspects related to the Italian legal system. In the first part it illustrates the preparatory work and the framework of the Directive. The purpose of the new law is to ensure that when applying the same legal basis – the EU antitrust rules – national competition authorities (NCAs) have the appropriate enforcement tools in order to bring about a genuine common competition enforcement area. To that end, the directive provides for minimum guarantees and standards to empower NCAs to reach their full potential. The second part of the research focuses on the provision concerning independence, prioritization and resources contained in Chapter III of the directive. The research sets out an analysis on the issue of prioritization by national authorities highlighting the specific risk of a selective protection of the interests of the parties. According to the new rules, the NCAs have the power to set positive priorities (in that they can initiate investigations and proceedings) and negative priorities (they can reject complaints on the ground that are not a priority). Referring to the latter, the article questions about the hypothetical contrast between the EU priorities and the national priorities set out in the national constitutions. In order to guarantee the judicial review of decision rejecting complaints, a Commission-style system should be applied.

Federica Falconi\*

# Alcune considerazioni sull'abuso della libertà di espressione nella giurisprudenza di Strasburgo

SOMMARIO: 1. La garanzia della libertà di espressione di cui all'art. 10 CEDU alla prova dell'*hate speech*. – 2. L'abuso della libertà di espressione: la graduale emersione dell'art. 17 CEDU nelle tecniche argomentative della Corte EDU. – 3. Il consolidamento della modalità c.d. "ghigliottina" come modello decisorio tipico in relazione alla negazione della Shoah e le criticità correlate alla sua applicazione. – 4. Il contrasto all'*hate speech* attraverso la lente dell'art. 10, par. 2, CEDU. – 5. L'estensione variabile del margine di apprezzamento statale e la perdurante rilevanza dell'art. 17 CEDU nella prassi recente. – 6. Osservazioni conclusive.

1. Nel solco di una linea interpretativa tracciata sin dalla fine degli anni Settanta del secolo scorso, la Corte europea dei diritti dell'uomo è giunta progressivamente ad individuare in relazione ad una gamma eterogenea di forme di espressione – dalle idee di stampo razzista e xenofobo, alle tesi che negano la veridicità storica della Shoah, sino alla propaganda nazionalista aggressiva e all'incitamento alla violenza – un disvalore particolarmente accentuato, affermando a più riprese il principio secondo il quale siffatte esternazioni non possono ritenersi ammesse a beneficiare della garanzia apprestata dall'art. 10 CEDU alla libertà di espressione in ragione del contenuto che le stesse veicolano in aperto contrasto con i valori e i principi che sorreggono l'impianto convenzionale<sup>1</sup>.

La netta posizione di condanna espressa dalla Corte di Strasburgo in relazione al discorso dell'odio nelle sue multiformi e sovente ambigue manifestazioni ("*hate speech*", secondo l'espressione anglosassone ormai di uso corrente) ha condotto sul piano applicativo a soluzioni variamente modulate, suscitando interrogativi e riserve da diverse angolazioni: oltre ad alcune criticità che, come sarà meglio illustrato, attengono alle tecniche di argomentazione giudiziale utilizzate, è fortemente avvertito il timore che la libertà di espressione si veda svuotata del suo contenuto essen-

\* Ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Pavia.

<sup>1</sup> Nei diversi frangenti, i valori del sistema minacciati dall'*hate speech* sono stati individuati dalla Corte di Strasburgo nella pace e nella giustizia, nell'uguaglianza e nella pari dignità degli individui, senza discriminazioni di sorta, nella tolleranza e, più in generale, nei principi della democrazia, richiamati nella costante giurisprudenza della Corte EDU come una componente essenziale dell'ordine pubblico europeo.

ziale, in nome dell'esigenza, pur in astratto legittima e condivisibile, di contrastarne l'esercizio distorto ovvero irresponsabile<sup>2</sup>.

Negli esiti applicativi maturati su tale versante può scorgersi, d'altro canto, uno scostamento rispetto alle direttrici garantiste lungo le quali l'elaborazione giurisprudenziale di Strasburgo si è sviluppata, individuando nella libertà di espressione, nelle sue articolazioni molteplici e strettamente connesse l'una all'altra<sup>3</sup>, la pietra angolare della democrazia e sottolineando, correlativamente, l'esigenza di vagliare con estremo rigore ogni interferenza nel suo esercizio da parte delle autorità nazionali<sup>4</sup>. Più precisamente, nella parte in cui la Corte esclude in termini categorici dal perimetro della protezione tracciato dall'art. 10 CEDU tutte le forme di espressione che costituiscono un incitamento all'odio e alla discriminazione, indipendentemente dalla concreta attitudine delle stesse a istigare la commissione di atti violenti o altri crimini<sup>5</sup>, verrebbe messa in dubbio la perdurante tenuta del principio, affermato a suo tempo nella celebre sentenza *Handyside* e da allora oggetto di pressoché invariabile richiamo, secondo il quale il rispetto dei valori del pluralismo, della tolleranza e dello spirito di apertura sui cui si fonda la società democratica esige che *tutte* le idee e le informazioni – a prescindere, quindi, da ogni valutazione circa il contenuto – possano contare sulla garanzia convenzionale per “circolare” liberamente e contribuire al dibattito pubblico, in special modo quelle che maggiormente si discostino dalla visione dominante<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> In tal senso, v. A. BUYSE, *Contested Contours: The Limits of Freedom of Expression from an Abuse Right Perspective – Articles 10 and 17 ECHR*, in E. BREMS, J. GERARDS (eds.), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights*, New York, 2015, p. 183 ss., spec. p. 192. Per alcune riflessioni più ampie sviluppate contro la repressione giuridica dell'*hate speech*, v. E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, Oxford, 2016.

<sup>3</sup> Sulle diverse prerogative ricomprese nella libertà di espressione e sul percorso che, a partire dal Secondo dopoguerra, ha fatto emergere la libertà di espressione come oggetto di particolare attenzione a livello internazionale, v. G. STROZZI, *La libertà di informazione nel diritto internazionale*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 1990, p. 670 ss.

<sup>4</sup> Come noto, la portata del margine di apprezzamento nazionale si riduce in senso inversamente proporzionale al grado di afferenza delle idee e delle informazioni di cui si tratta al dibattito pubblico e politico. Di qui, le prerogative rafforzate costantemente riconosciute a favore, da un lato, dei rappresentanti parlamentari, e, dall'altro, della stampa e di tutti i soggetti che, in varia misura, assumono un ruolo attivo nel promuovere l'informazione su temi di rilevanza pubblica, quali “watchdogs” della democrazia: per una compiuta ricostruzione della tematica, v. M. CASTELLANETA, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, Bari, 2012. Quanto sinteticamente riferito non intende, naturalmente, occultare la complessità e le sfaccettature dell'orientamento della Corte EDU in materia di libertà di espressione, del resto comprovate dalle opinioni dissenzienti dei giudici della Corte, qui allegate con cadenza significativamente più frequente rispetto ad altri settori. Tra i commenti di più recente pubblicazione che offrono un quadro esauriente e aggiornato del contenzioso avente ad oggetto l'art. 10 CEDU, cfr. W. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, New York, 2015, p. 444 ss.; A. VAN RIJN, *Freedom of Expression*, in P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN, L. ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, Antwerpen, 2018, V ed., p. 765 ss.; V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019, II ed., p. 345 ss.

<sup>5</sup> Sulla nozione ampia di *hate speech* accolta dalla Corte EDU, v. *infra*, par. 2.

<sup>6</sup> Corte EDU, sentenza del 7 dicembre 1976, ricorso n. 5493/72, *Handyside c. Regno Unito*, par. 49. Riserve e dubbi sono avanzati in particolare da I. HARE, *Extreme Speech under International and Regional Human Rights Standards*, in I. HARE, J. WEINSTEIN (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, New York, 2009, p. 62 ss., spec. p. 78 s. Sul punto, v. anche C. CARUSO, *L'hate speech a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, p. 963 ss., spec. p. 966, il quale rileva l'incoerenza della elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo rispetto al fondamentale ruolo di integrazione politica che le libertà fondamentali svolgono nell'ambito dell'ordinamento costituzionale italiano.

Se e in quale misura possa legittimamente configurarsi una compressione in via generale ed astratta dello spazio di esercizio della libertà di espressione per ragioni correlate (esclusivamente) al contenuto del messaggio veicolato è un tema complesso, che riflette – sullo sfondo della contrapposizione dialettica tra concezioni teoriche divergenti – la difficoltà di ricomporre in modo equilibrato diritti e interessi confliggenti<sup>7</sup>. Nell'arco temporale più recente la questione ha assunto rinnovata attualità nel dibattito giuridico a causa del dilagare tangibile in tutti gli Stati del Consiglio d'Europa di manifestazioni di odio e di intolleranza nei confronti di singoli individui o gruppi identificati sulla base di specifiche caratteristiche legate alla razza, all'origine etnica o nazionale, al credo religioso, all'orientamento sessuale e ad ogni altra condizione<sup>8</sup>, e della conseguente tendenza manifestata dai legislatori nazionali ad adottare norme incriminatrici, di eterogenea formulazione, dirette a contrastare tale allarmante fenomeno<sup>9</sup>.

Nel complesso scenario sin qui tratteggiato, indipendentemente da ogni considerazione riguardo all'opportunità dell'intervento del legislatore penale in materia<sup>10</sup>, il presente contributo si propone di ricostruire l'orientamento sviluppato dalla Corte di Strasburgo in tema di *hate speech*, per cercare di coglierne con uno sguardo di insieme gli elementi salienti, incentrando la riflessione sui nodi problematici correlati *inter alia* alla coesistenza nella materia considerata di modelli decisori differenziati. Speciale attenzione sarà prestata ad alcune recenti pronunce che, in parte discostandosi dai precedenti approdi interpretativi, e pur lasciando sussistere alcune zone d'ombra, si inquadrano in una linea evolutiva che testimonia la propensione della Corte a definire un approccio maggiormente coerente e razionale in questo delicato segmento della prassi e a reperire una base argomentativa più solida per conferire legittimazione ai provvedimenti nazionali che comprimono la libertà di espressione con l'intento di contrastare gli "harmful effects" derivanti dalla diffusione di contenuti odiosi<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Oltre ai valori fondanti del sistema, sopra richiamati, l'esercizio della libertà di espressione è suscettibile di ledere "i diritti altrui", tra cui la reputazione dei singoli individui e dei gruppi che costituiscono il bersaglio dell'*hate speech*, nonché di entrare in conflitto con interessi pubblici quali la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale, l'ordine pubblico e la prevenzione dei reati: la clausola di limitazione di cui all'art. 10, par. 2, CEDU, appare formulata in modo da consentire agli Stati contraenti, nell'esercizio del margine di apprezzamento loro spettante, di bilanciare la libertà di espressione con tale articolato ventaglio di diritti e interessi. Operano, invece, su piani distinti l'art. 15 CEDU ("deroga in caso di stato di urgenza") e l'art. 17 CEDU ("divieto di abuso del diritto"): in merito a quest'ultima disposizione, v. *infra*, par. 2.

<sup>8</sup> Cfr. in particolare l'art. 14 CEDU ("divieto di discriminazione") e il Protocollo n. 12 sul divieto di discriminazione e, sul versante dell'ordinamento dell'Unione europea, l'art. 2 TFUE e l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

<sup>9</sup> Si vedano in proposito il rapporto annuale della Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza (ECRI), dell'11 giugno 2019, reperibile *online*, e, sul divampare dell'odio anche nell'arena politica, la risoluzione n. 2275/2019 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, *The role of political leaders in combating hate speech and intolerance*, del 10 aprile 2019.

<sup>10</sup> Come noto, peraltro, in non pochi casi gli interventi del legislatore penale sono motivati dall'esigenza di adempiere a puntuali obblighi internazionali o sovranazionali: si veda, in particolare, la decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio dell'Unione europea, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale.

<sup>11</sup> Per un quadro delle diverse teorie prospettate riguardo all'*hate speech* come forma di espressione suscettibile di produrre effetti lesivi ovvero come azione in sé lesiva, secondo la teoria degli enunciati

2. Prima di ripercorrere gli snodi fondamentali dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU, due osservazioni preliminari sembrano opportune. Giova ricordare innanzitutto che, a differenza di altri strumenti pattizi adottati nel campo della protezione internazionale dei diritti dell'uomo, non è dato rinvenire nella Convenzione europea alcuna disposizione che ponga in capo ai legislatori nazionali l'obbligo di sanzionare normativamente tali forme di espressione<sup>12</sup>. Ciò non ha impedito agli organi di controllo di Strasburgo di sviluppare, attraverso un'interpretazione sistematica dell'art. 10 CEDU, condotta alla luce dei principi e dei valori posti alla base dell'edificio convenzionale, un indirizzo improntato a particolare rigore<sup>13</sup>.

Una seconda osservazione concerne, invece, l'incerta nozione di *hate speech*: si tratta di una formula espressiva ormai di uso corrente anche nel linguaggio giuridico, i cui contorni non si prestano tuttavia ad essere determinati attraverso una definizione normativa analitica<sup>14</sup>. La prospettiva in cui si muove la Corte di Strasburgo si caratterizza per ampi margini di flessibilità: il concetto di *hate speech* è inteso, infatti, come idoneo a ricomprendere varie e molteplici forme di manifestazione del pensiero che rinvergono la propria caratteristica unificante nell'attitudine a

---

performativi, si rinvia a E. BARENDT, *What Is the Harm of Hate Speech?*, in *Ethical Theory and Moral Practice*, 2019, p. 539 ss.

<sup>12</sup> Oltre a quanto previsto dall'art. III della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine genocidio, del 9 dicembre 1948, cfr. le disposizioni contenute nel Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, del 16 dicembre 1966 (art. 20), nella Convenzione delle Nazioni Unite per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, del 21 novembre 1965 (art. 4) e, sul piano regionale, nella Convenzione americana sui diritti umani, del 22 novembre 1969 (art. 13, par. 5). Si veda anche il Protocollo addizionale alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, relativo all'incriminazione di atti di natura razzista e xenofobica commessi a mezzo di sistemi informatici, del 28 gennaio 2003, in vigore sul piano internazionale dal 1° marzo 2006. Per una ricostruzione accurata degli *standards* internazionali in materia di contrasto all'*hate speech*, cfr. M. CASTELLANETA, *L'hate speech: da limite alla libertà di espressione a crimine contro l'umanità*, in S. BARIATTI, G. VENTURINI (a cura di), *Liber Fausto Pocar. Diritti individuali e giustizia internazionale*, I, Milano, 2009, p. 157 ss.; V. PEJCHAL, K. BRAYSON, *How We Should Legislate against Hate Speech? Finding an International Model in a Globalized World*, in J. SCHWEPPE, M.A. WALTERS (eds.), *The Globalization of Hate: Internationalising Hate Crime? Finding an International Model in a Globalised World*, Oxford, 2016, p. 247 ss. In argomento, si rimanda inoltre al contributo di P. DE SENA, M. CASTELLANETA, *La libertà di espressione e le norme internazionali ed europee prese sul serio: sempre su Casapound c. Facebook*, in *SIDI Blog*, 20 gennaio 2020, reperibile online.

<sup>13</sup> Parallelamente, il contrasto all'*hate speech* si fonda sugli obblighi positivi individuati dalla Corte in capo agli Stati contraenti sulla base dell'art. 8 CEDU ("diritto al rispetto della vita privata e familiare") e dell'art. 14 ("divieto di discriminazione"): sul punto, v. *infra*, par. 5.

<sup>14</sup> Rileva l'inopportunità di imbrigliare il concetto di *hate speech* in una rigida definizione normativa, sottolineando le differenze epistemologiche che emergono in tale materia tra l'approccio seguito dalla Corte EDU, profondamente influenzato dalla tragica esperienza della Seconda guerra mondiale, e il modello nordamericano, orientato a preservare nella misura più ampia il "free marketplace of ideas": F. TULKENS, *When to Say is To Do. Freedom of Expression and Hate Speech in the Case-law of the European Convention of Human Rights*, in *Freedom of Expression: Essays in Honour of Nicolas Bratza*, Oisterwijk, 2013, p. 279 ss., spec. p. 281. Per alcune riflessioni più generali intorno alla problematica nozione di *hate speech*, cfr. R. POST, *Hate Speech*, in I. HARE, J. WEINSTEIN (eds.), *op. cit.*, p. 123 ss.; A. BROWN, *What is Hate Speech? Part 1: The Myth of Hate, Law and Philosophy*, 2017, p. 419 ss. In particolare, sulla mancanza di uno *standard* uniforme a livello internazionale, v. R. COHEN, *Regulating Hate Speech: Nothing Customary About It*, in *Chicago Journal of International Law*, 2014, p. 229 ss.

diffondere, fomentare, promuovere o giustificare l'odio basato sull'intolleranza<sup>15</sup>, senza che sia necessario un incitamento diretto alla commissione di atti violenti o di altri atti criminosi<sup>16</sup>, per poi assumere concretezza di volta in volta in funzione delle specificità del singolo contenuto espressivo e del contesto.

Ciò posto in linea generale, il punto di partenza dell'analisi qui proposta è dato dalla costante valorizzazione da parte degli organi di controllo di Strasburgo dei "doveri" e delle "responsabilità" connaturati alla libertà di espressione, cui significativamente lo stesso art. 10, par. 2, CEDU, conferisce testuale risalto nel definire le condizioni che devono essere soddisfatte affinché qualsiasi interferenza statale possa superare positivamente il vaglio di legittimità convenzionale<sup>17</sup>. Il puntuale riferimento normativo così operato, infatti, evidenzia l'attitudine intrinseca della libertà di espressione ad entrare in conflitto con altri diritti e interessi – tra cui, segnatamente, la reputazione e i diritti altrui – evocando al contempo l'esigenza di scongiurarne un esercizio irresponsabile, quando non addirittura socialmente pericoloso<sup>18</sup>.

In tale cornice, la risalente decisione della Commissione europea dei diritti dell'uomo nel caso *Glimmerveen e Hagenbeek c. Paesi Bassi* ha esercitato una forte influenza sull'elaborazione giurisprudenziale successiva sia per la netta condanna espressa in merito alle esternazioni di stampo razzista e discriminatorio, sia per il particolare schema decisorio adottato nel caso di specie<sup>19</sup>. Nel dichiarare irricevibili le istanze avanzate dai ricorrenti, condannati dalle corti interne per istigazione all'odio razziale in ragione del contenuto degli opuscoli predisposti nel contesto di una

---

<sup>15</sup> Cfr. Corte EDU, sentenze del 4 dicembre 2003, ricorso n. 35071/97, *Gündüz c. Turchia*, par. 40, e del 6 luglio 2006, ricorso n. 59405/00, *Erbakan c. Turkey*, par. 56. Riguardo alla nozione di *hate speech*, utili spunti ricostruttivi possono attingersi da strumenti di *soft law*, tra cui in particolare la raccomandazione n. R(97)20 sul discorso dell'odio, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 30 ottobre 1997, secondo la quale: "[f]or the purposes of the application of these principles, the term 'hate speech' shall be understood as covering all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin". Cfr. anche la più recente raccomandazione di politica generale n. 15, relativa alla lotta contro il discorso dell'odio, adottata dalla Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza in data 8 dicembre 2015, CRI(2016)15.

<sup>16</sup> Per una chiara affermazione in tal senso, cfr. Corte EDU, sentenza del 16 luglio 2009, ricorso n. 15615/07, *Féret c. Belgio*, par. 73, concernente la libertà di espressione di un *leader* politico nel corso della campagna elettorale, e, con specifico riguardo alla diffusione di contenuti omofobici, Corte EDU, sentenza del 9 febbraio 2012, ricorso n. 1813/07, *Vejdeland e al. c. Svezia*, par. 55.

<sup>17</sup> Tra i numerosi commenti, cfr. G. COHEN-JONATHAN, *Article 10*, in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dirs.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, 1995, p. 365 ss.; P. CARETTI, *Art. 10*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 337 ss.; A. CARDONE, M. OETHEIMER, *Art. 10*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, pp. 397 ss.

<sup>18</sup> Sul punto cfr. J.A. FROWEIN, *Incitement against Democracy as a Limitation of Freedom of Speech*, in D. KRETZMER, F. KERSHMAN HAZAN (eds.), *Freedom of Speech and Incitement against Democracy*, The Hague, 2000, p. 33 ss.; C. PDKOZDY, *Les effets de la deuxième guerre mondiale dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur la liberté d'expression*, in P. KOVÁCS (éd.), *L'Histoire en droit international*, Budapest, 2004, p. 365 ss.

<sup>19</sup> Commissione EDU, decisione dell'11 ottobre 1979, ricorsi n. 8348/78 e n. 8406/78, *Glimmerveen e Hagenbeek c. Paesi Bassi*.

propaganda nazional-socialista, la Commissione EDU ha infatti incentrato il proprio *iter* argomentativo sulla stretta correlazione intercorrente sul piano sistematico tra l'art. 10, par. 2, CEDU, e il divieto di abuso del diritto formulato all'art. 17 CEDU<sup>20</sup>. I doveri e le responsabilità inerenti alla libertà di espressione trovano, secondo la ricostruzione fornita in quest'occasione, “an even stronger expression” nella più generale previsione normativa dell'art. 17 CEDU, che, nella parte che qui specificamente rileva, mira ad impedire a individui o gruppi di individui di avvalersi in modo distorto delle garanzie convenzionali al fine di intraprendere attività contrarie al testo e allo spirito della Convenzione, che, ove consentite, avrebbero l'effetto di “distruggere” i diritti e le libertà ivi consacrati<sup>21</sup>.

La clausola anti-abuso prevista dall'art. 17 CEDU si avvia così, in combinazione con l'art. 10 CEDU<sup>22</sup>, ad acquisire una nuova rilevanza applicativa, consentendo alle autorità nazionali di opporre all'esercizio della libertà di espressione limitazioni ulteriori, e potenzialmente più gravose, rispetto a quelle prefigurate dall'art. 10, par. 2, CEDU, fondate sull'esigenza di contrastare il perseguimento di finalità antidemocratiche da parte degli individui. Correlativamente, attraverso l'art. 17 CEDU, la tutela convenzionale viene negata ogniquale volta la libertà di espressione sia invocata dal ricorrente in modo strumentale – come nel caso di specie – per propagandare o comunque diffondere idee e informazioni dal contenuto palesemente inconciliabile con i valori sottesi al sistema convenzionale.

<sup>20</sup> Secondo quanto stabilito dall'art. 17 CEDU, “[n]essuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno *Stato*, un *gruppo* o un *individuo* di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione” (cors. agg.). Nella parte in cui si rivolge agli individui, il divieto di abuso del diritto costituirebbe un indicatore particolarmente significativo dell'idoneità delle norme convenzionali attributive di diritti a spiegare effetti nei rapporti orizzontali (“Drittwirkung”), ossia nei rapporti interindividuali. Si tratta, peraltro, di effetti suscettibili di prodursi in via meramente indiretta: come si ricava dall'art. 34 CEDU (“ricorsi individuali”), deve infatti essere possibile muovere alle autorità statali un rimprovero per non essersi attivate attraverso misure tempestive e adeguate per prevenire o reprimere la violazione dei diritti previsti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli da parte di soggetti privati. Sulla genesi e sulla *ratio* di tale disposizione, cfr. P. LE MIRE, *Article 17*, in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dirs.), *op. cit.*, p. 509 ss., spec. p. 510 ss.; P. DE MORREE, *Rights and Wrongs under the ECHR. The Prohibition of Abuse of the Right in Article 17 ECHR*, Cambridge, 2016, p. 15 ss.

<sup>21</sup> Secondo l'accezione accolta nella giurisprudenza di Strasburgo, la condotta “abusiva” posta in essere da gruppi e individui si sostanzia nello sviamento della norma convenzionale attributiva di prerogative sostanziali “from its real purpose” per la realizzazione di finalità incompatibili con i valori convenzionali: sul punto, v. M. OETHEIMER, *La Cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2007, p. 63 ss. Cfr. anche A. SAJÓ, *Abuse of Fundamental Rights or the Difficulties of Purposiveness*, in A. SAJÓ (ed.), *Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights*, Utrecht, 2006, p. 29 ss. Si tratta pertanto di una fattispecie distinta da quella dell'abuso del diritto di ricorso, che trova parimenti riconoscimento normativo nell'art. 35, par. 3, lett. a), CEDU. In una prospettiva teorica più ampia, sulla pluralità di significati che l'abuso del diritto assume nel quadro dell'ordinamento internazionale e sulla sua rilevanza giuridica, cfr. A. KISS, *Abuse of Rights*, in R. WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, I, Oxford, 2012, p. 20 ss.; R. KOLB, *Good Faith and International Law*, London, 2017, p. 133 ss.

<sup>22</sup> Occorre precisare che l'art. 17 CEDU non si presta ad essere invocato in via autonoma, ma solo in combinazione con le pertinenti norme convenzionali attributive di diritti. Tra queste, soltanto alcune si prestano ad essere piegate allo scopo di intraprendere attività anti-convenzionali: sul punto, v. Corte EDU, sentenza del 1° luglio 1961, ricorso n. 332/57, *Lawless c. Irlanda* (n. 3).

La ricostruzione nei termini riferiti della portata precettiva del divieto di abuso del diritto, ossia il disconoscimento della tutela giuridica apprestata dall'art. 10 CEDU a seguito di un'analisi succinta incentrata esclusivamente sul contenuto e sul tono delle esternazioni del ricorrente, determina l'emersione di un modello decisorio categorico che, lasciando trasparire in filigrana l'opzione degli organi di Strasburgo a favore del modello concettuale della democrazia che si autodifende armandosi contro i propri nemici ("wehrhafte Demokratie" o anche "streitbare Demokratie")<sup>23</sup>, trova il proprio epilogo in una dichiarazione di irricevibilità del ricorso per incompatibilità *ratione materiae* con le disposizioni convenzionali<sup>24</sup>.

Come eloquentemente attesta la metafora della "guillotina" coniata dalla dottrina<sup>25</sup>, lo schema decisorio varato in questa prima occasione, imperniato sull'applicazione "diretta" dell'art. 17 CEDU, presta il fianco a obiezioni non facilmente superabili in rapporto al rischio che la legittima aspirazione a difendere i valori minacciati dall'esercizio abusivo della libertà di espressione conduca, nei fatti, a conferire acriticamente legittimazione all'adozione da parte degli Stati contraenti di misure, a loro volta, liberticide<sup>26</sup>.

Lo sviluppo della giurisprudenza successiva, pur contrassegnato da un andamento a tratti incerto, attesta due principali linee di tendenza. Da un lato, gli organi di controllo di Strasburgo si sono mostrati propensi a valorizzare le potenzialità applicative dell'art. 17 CEDU, secondo la modalità ora descritta, conferendo a tale disposizione uno spazio di operatività non limitato a condotte in senso proprio, più direttamente intese a sovvertire l'ordine democratico<sup>27</sup>, ma suscettibile di estendersi sino a ricomprendere tutte le forme di espressione che rivelino una direzione finalistica in aperto contrasto con i valori convenzionali<sup>28</sup>. In questa direzione, la chiara

---

<sup>23</sup> Su come l'art. 17 CEDU si iscriva coerentemente in tale concezione, v. G. COHEN-JONATHAN, *L'apologie de Pétain devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1999, p. 366 ss., p. 370. Già emerso in sede di lavori preparatori, il modello della democrazia che si autodifende non viene espressamente invocato in questa sede, ma riceverà l'avallo della giurisprudenza di Strasburgo in diverse occasioni: cfr. Corte EDU (GC), sentenze del 2 settembre 1996, ricorso n. 17851/91, *Vogt c. Germania*, e del 16 marzo 2006, ricorso n. 58278/00, *Ždanoka c. Lettonia*. D'altro canto, la democrazia è assunta nel sistema convenzionale come l'unica forma di organizzazione politica compatibile con il rispetto dei diritti dell'uomo: oltre alle indicazioni univoche rinvenibili nel Preambolo, v. Corte EDU, sentenza del 30 gennaio 1998, ricorso n. 19392/92, *Partito comunista unificato di Turchia e al. c. Turchia*, par. 45.

<sup>24</sup> Ciò in applicazione di quanto allora previsto dall'art. 27, par. 2, CEDU, cui corrisponde l'attuale art. 35, par. 3, lett. a), CEDU.

<sup>25</sup> Per tale espressione, v. J.-F. FLAUSS, *L'abus de droit dans le cadre de la C.E.D.H.*, in *Revue universelle des droits de l'homme*, 1992, p. 461 ss., spec. p. 464, che rileva criticamente come l'ingerenza statale si veda con ciò rilasciato un "brevet de conventionnalité sans examen au fond, circonstancié et offrant toutes les garanties de la procédure du rapport".

<sup>26</sup> Sul punto cfr. C. TOMUSCHAT, *Democratic Pluralism: The Right to Political Opposition*, in A. ROSAS, J. HELGESENS, (eds.), *The Strength of Diversity. Human Rights and Pluralist Democracy*, Dordrecht, 1992; G. HAARSCHER, *Les périls de la démocratie militante*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2010, p. 445 ss. Più ampiamente, sulle criticità insite in tale approccio v. *infra*, par. 3.

<sup>27</sup> In quest'orizzonte, si colloca la più risalente decisione del 20 luglio 1957, ricorso n. 250/07, *Partito comunista tedesco c. Germania*, con la quale la Commissione EDU aveva respinto il ricorso presentato dal disciolto partito comunista tedesco, giudicando incompatibile con la salvaguardia delle istituzioni democratiche la finalità di instaurare la dittatura del proletariato dallo stesso perseguita.

<sup>28</sup> Sul punto, v. A. TERRASI, *Art. 17*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *op. cit.*, p. 570 ss., p. 583, che rileva che "[i]l baricentro applicativo della norma va individuato, piuttosto che nell'atto o attività in sé considerati, nelle finalità liberticide che, attraverso di essi, gruppi o individui perseguono". Sulla difficoltà di qualificare come abusiva una semplice manifestazione del pensiero, che

enunciazione nella sentenza *Jersild c. Danimarca* del principio secondo il quale le esternazioni razziste e xenofobe devono ritenersi escluse in ragione del contenuto che le stesse veicolano – qui significativamente rimarcato come “more than insulting” per gli individui appartenenti alle minoranze prese di mira – dal perimetro di protezione tracciato dall’art. 10 CEDU, prelude ad un consolidamento della rilevanza applicativa dell’art. 17 CEDU<sup>29</sup>, e ad una correlativa compressione della portata della garanzia convenzionale offerta dall’art. 10 CEDU<sup>30</sup>.

Al tempo stesso, salvo quanto sarà precisato tra breve con riferimento alla negazione della Shoah, l’elaborazione giurisprudenziale non ha tralasciato di mettere in evidenza la particolare vocazione dell’art. 17 CEDU, che può essere attivato soltanto in via di *extrema ratio* in relazione a talune selezionate esternazioni caratterizzate da un’attitudine lesiva qualificata, data dalla incompatibilità delle stesse con i valori e i principi fondanti del sistema<sup>31</sup>. Di qui, il delinearci nella materia in esame di due modelli argomentativi differenziati: l’opzione della ghigliottina trova conferma soltanto in circostanze eccezionali, ove siano immediatamente rilevabili i caratteri dell’incitamento all’odio, lasciando spazio, nella larga maggioranza dei casi, al modello argomentativo ordinario che, secondo lo schema tripartito delineato dall’art. 10, par. 2, CEDU, postula un bilanciamento tra la libertà di espressione invocata dal ricorrente e i diversi diritti e interessi di volta in volta rilevanti.

3. Le soluzioni elaborate con specifico riguardo alle esternazioni volte a contestare la veridicità storica della Shoah costituiscono il punto più avanzato dell’itinerario interpretativo seguito dalla Corte di Strasburgo nel campo dell’*hate speech*. Questo particolare segmento della prassi si è già visto riservare grande attenzione in dottrina, tuttavia la valenza paradigmatica che lo contraddistingue impone anche nello spazio di questo contributo di illustrarne le linee essenziali<sup>32</sup>.

non sia accompagnata da atti o attività che anticipano l’azione intesa a distruggere i diritti convenzionali, v. T. BUERGENTHAL, *To Respect and Ensure: State Obligations and Permissible Derogations*, in L. HENKIN (ed.), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, New York, 1981, p. 72 ss., spec. p. 89.

<sup>29</sup> Corte EDU, sentenza del 23 settembre 1994, ricorso n. 15890/89, *Jersild c. Danimarca*, paragrafi 31 e 35. La particolarità dell’approdo qui raggiunto è data dal fatto che le doglianze del ricorrente hanno trovato accoglimento in ragione della professione di giornalista da questi svolta: dando spazio in un documentario televisivo ai commenti razzisti e discriminatori rilasciati nel corso di un’intervista dai giovani esponenti di un gruppo razzista, il ricorrente aveva inteso non già aderirvi e promuoverne la diffusione, ma sensibilizzare l’opinione pubblica su un tema di grande attualità e rilevanza sociale. Tuttavia, le opinioni dissenzienti allegare alla sentenza mostrano la delicatezza della questione, a partire dal rilievo secondo il quale la gravità dei commenti razzisti espressi dagli intervistati avrebbe imposto al giornalista il dovere di controbilanciarli, prendendone le distanze con maggior forza.

<sup>30</sup> La Corte EDU mostrerebbe con ciò di accogliere in materia di libertà di espressione un “content based approach”: così espressamente D. KEANE, *Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2007, p. 641 ss. In una prospettiva analoga, v. anche C. CARUSO, *Ai confini dell’abuso del diritto: l’hate speech nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in L. MEZZETTI, A. MORRONE (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell’ordine pubblico europeo*, Torino, 2011, p. 339 ss., spec. p. 344 s.; ID., *L’hate speech a Strasburgo*, cit., p. 963 ss.

<sup>31</sup> Già rilevato dalla Commissione EDU nel rapporto relativo al caso *De Becker c. Belgio*, dell’8 gennaio 1969, il carattere eccezionale dell’art. 17 CEDU è stato affermato a più riprese dalla giurisprudenza successiva: sul punto, v. *infra*, par. 4.

<sup>32</sup> Senza pretesa di esaustività, si segnalano in particolare i seguenti contributi: M. CASTELLANETA, *La repressione del negazionismo e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani*

Il tema della compatibilità convenzionale delle tesi negazioniste ha ricevuto sin dalle pronunce più risalenti un'attenzione particolare<sup>33</sup>. L'art. 17 CEDU trova spazio nelle argomentazioni della Commissione EDU e, dopo l'entrata in vigore del Protocollo n. 11, della nuova Corte, inizialmente come mero ausilio interpretativo, atto a corroborare, sulla base di quanto richiesto dall'art. 10, par. 2, CEDU, l'accertamento del carattere necessario della condanna inflitta dalle corti interne<sup>34</sup>, per poi imporsi, nei primi anni Duemila, come il perno argomentativo sulla base del quale le tesi negazioniste vengono radicalmente escluse dalla sfera protetta dalla libertà di espressione. Lo snodo cruciale di questo percorso evolutivo è segnato nel 2003 dalla decisione che ha negato la tutela dell'art. 10 CEDU invocata da Roger Garaudy, condannato dinanzi alle corti francesi sulla base della *loi Gayssot*, per aver negato in uno scritto l'esistenza delle camere a gas nei campi di sterminio<sup>35</sup>. La Corte ha stigmatizzato la negazione di crimini contro l'umanità come "one of the most serious forms of racial defamation of Jews and of incitement to hatred of them", suscettibile di mettere a repentaglio i valori fondanti della lotta al razzismo e all'antisemitismo, per poi ricondurre senza esitazione la condotta del ricorrente ad un'attività vietata dall'art. 17 CEDU in quanto contraria alla democrazia e al rispetto dei diritti umani, rimarcando come questi mirasse, dietro lo schermo della libertà di espressione e della libertà di ricerca storica, a diffondere sentimenti antisemiti e a riabilitare il regime nazionalsocialista<sup>36</sup>.

---

*e diritto internazionale*, 2011, p. 65 ss.; M. SPATTI, *Hate speech e negazionismo tra restrizioni alla libertà d'espressione e abuso del diritto*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 341 ss.; P. LOBBA, *Holocaust Denial before the European Court of Human Rights: Evolution of an Exceptional Regime*, in *The European Journal of International Law*, 2015, p. 237 ss. Con riguardo alla specifica circostanza aggravante di cui all'art. 3, co. 3-bis, della legge 13 ottobre 1975, n. 654 ("Ratifica ed esecuzione della Convenzione di New York del 1965 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale"), introdotta nell'ordinamento italiano dalla legge 15 giugno 2016, n. 115 (e successivamente modificata dalla legge 25 ottobre 2017, n. 163), cfr. G. DELLA MORTE, *Le problematiche giuridiche emergenti nella punizione delle condotte di negazionismo*, in *Notizie di Politeia*, 2017, p. 17 ss.; M. SPATTI, *Il reato di negazionismo recentemente introdotto in Italia. Una lettura alla luce del diritto internazionale e dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2017, p. 231 ss.

<sup>33</sup> Sul carattere plurioffensivo insito in tali affermazioni, cfr. Commissione EDU, decisioni del 16 luglio 1982, ricorso n. 9235/81, *X c. Repubblica federale di Germania*, e del 14 luglio 1983, ricorso n. 9777/82, *T. c. Belgio*, che, pur senza operare alcun cenno alla categoria concettuale dell'abuso del diritto, hanno dichiarato i ricorsi manifestamente infondati.

<sup>34</sup> Tra le diverse, cfr. *ex multis* le decisioni della Commissione EDU del: 12 ottobre 1989, ricorso n. 12774/87, *B.H., M.W., H.P. e G.K. c. Austria*; del 6 settembre 1995, ricorso n. 25096/94, *Remer c. Germania*; 18 ottobre 1995, ricorso n. 25062/94, *Honsik c. Austria*. Secondo la classificazione proposta in dottrina, si manifesta in questi casi un'applicazione "indiretta" dell'art. 17 CEDU: A. BUYSE, *op. cit.*, p. 198 ss.

<sup>35</sup> Corte EDU, decisione del 24 giugno 2003, *Garaudy c. Francia*, ricorso n. 65831/01. Per un commento in chiave critica, v. A. BURATTI, *L'affaire Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo. Verità storica, principio di neutralità etica e protezione dei "miti fondatori" del regime democratico*, in *Giurisprudenza italiana*, 2005, p. 2243 ss. In senso contrario, v. M. LEVINET, *La fermeté bienvenue de la Cour européenne des droits de l'homme face au négationnisme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, p. 653 ss. Pochi anni addietro, la Corte aveva affermato in un *obiter dictum* che la Shoah appartiene alla categoria dei fatti storici chiaramente stabiliti, la cui negazione deve ritenersi esclusa dall'art. 10 CEDU in applicazione dell'art. 17 CEDU: Corte EDU (GC), sentenza del 23 settembre 1998, ricorso n. 24662/94, *Lehideux e Isorni c. Francia*.

<sup>36</sup> Analogamente, nell'ambito della prassi relativa al Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, il Comitato dei diritti dell'uomo aveva individuato nel negazionismo "the principal vehicle for anti-semitism": 8 novembre 1996, *Robert Faurisson c. Francia*, comunicazione n. 550/1993, UN Doc.

Da qui in avanti, salvo alcuni sviluppi più recenti di cui si dirà oltre, le pronunce successive hanno convalidato la “ghigliottina” come schema decisorio tipico in relazione alla negazione della Shoah, pervenendo sistematicamente a dichiarare irricevibili le doglianze formulate dai ricorrenti in quanto incompatibili *ratione materiae* con le disposizioni della Convenzione – e, di conseguenza, ad avallare l’ingerenza statale nel diritto alla libertà di espressione, a prescindere da ogni valutazione del contesto specifico e senza avere riguardo alla natura e all’entità della sanzione inflitta – sul presupposto che siffatte forme di espressione, pur conformi in astratto al parametro normativo di cui all’art. 10 CEDU, integrino *in re ipsa* un abuso della libertà di espressione, di fronte al quale, per effetto del divieto formulato dall’art. 17 CEDU, la garanzia dell’art. 10 CEDU non può che ritrarsi<sup>37</sup>.

L’adozione di un modello decisorio categorico rispetto alle tesi che negano, minimizzano o giustificano la Shoah viene motivata adducendo una serie combinata di argomenti – l’intrinseca componente antisemita; il legame indissociabile con ideologie nazionaliste e le connesse minacce per l’ordine democratico; la negazione di un fatto storico chiaramente stabilito e la conseguente infamante accusa rivolta contro le vittime di aver falsificato la storia – che, secondo il giudizio della Corte, impediscono di considerare tali esternazioni come opinioni genericamente offensive e concorrono, invece, ad evidenziarne l’attitudine intrinseca ad incitare all’odio nei confronti della comunità ebraica<sup>38</sup>.

In tale ordine di idee, l’art. 17 CEDU ha trovato applicazione *a fortiori* per escludere dalla tutela dell’art. 10 CEDU la diffusione di contenuti apertamente antisemiti<sup>39</sup>. Per contro, in relazione ad esternazioni razziste di altra natura – pur condannate dalla Corte di Strasburgo in modo costante, in linea con gli obblighi di diritto internazionale generale e pattizio, quale negazione della pari dignità di tutti gli individui e veicolo di discriminazione<sup>40</sup> – il meccanismo della ghigliottina

---

CCPR/C/58/D/550/1993 (1996), par. 9.7. Nondimeno, la legittimità dei provvedimenti nazionali adottati in base all’art. 20, par. 2, del Patto per reprimere l’incitamento all’odio deve essere contestualmente vagliata alla luce delle condizioni di liceità fissate dall’art. 19, par. 2, con riguardo specifico alla libertà di espressione: sul punto, si veda il *General Comment No 34*, “Article 19: Freedom of opinion and freedom of expression”, pubblicato il 12 settembre 2011. Per un raffronto tra le due diverse impostazioni, v. M. SPATTI, *Hate speech e negazionismo*, cit., p. 341 ss.

<sup>37</sup> Tale approccio è stato convalidato anche in un caso in cui la contestazione della responsabilità del regime nazionalsocialista rispetto allo sterminio degli ebrei è stata operata non già pubblicamente, ma in una lettera privata: Corte EDU, decisione del 13 dicembre 2005, ricorso n. 7485/03, *Witzsch c. Germania* (n. 2). Per il rilievo secondo il quale l’approdo così raggiunto costituirebbe una “pericolosa degenerazione applicativa”, v. G. BORGNA, *Il genocidio armeno (non) passa in giudicato: in margine al caso Perinçek*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 697 ss., spec. p. 702.

<sup>38</sup> Su come l’incitamento all’odio nei confronti degli ebrei sia pertanto assunto dalla Corte EDU come elemento intrinseco della condotta negazionista, v. P. LOBBA, *A European Halt to Laws Against Genocide Denial? In Perinçek v. Switzerland, the European Court of Human Rights Finds that a Conviction for Denial of Armenian “Genocide” violates Freedom of Expression*, in *European Criminal Law Review*, 2014, p. 59 ss., p. 75. Sugli elementi che denotano la contrarietà del negazionismo rispetto alla Convenzione, cfr. G. COHEN-JONATHAN, *L’apologie de Pétain devant la Court*, cit., p. 589.

<sup>39</sup> Corte EDU, decisione del 20 febbraio 2007, ricorso n. 35222/04, *Pavel Ivanov c. Russia*. Cfr. anche Corte EDU, decisione del 2 settembre 2004, ricorso n. 42264/98, *W.P. e al. c. Polonia*, in cui la Corte ha riscontrato un abuso dell’art. 11 CEDU (“libertà di associazione”), rilevando come i fini statutari dell’associazione costituita dai ricorrenti fossero diretti a fomentare l’antisemitismo.

<sup>40</sup> Si veda in particolare il *General Comment No 35*, *Combating Hate Speech*, adottato dal Comitato per l’eliminazione della discriminazione razziale, il 26 settembre 2013, CERD/C/GC/35.

è stato attivato solo in un ristretto novero di ipotesi: ad esempio, nel caso *Norwood c. Regno Unito*, l'art. 17 CEDU è stato applicato per escludere dalla garanzia convenzionale una forma di incitamento all'odio religioso – nella specie, l'affissione di un poster che istituiva un collegamento tra l'intera comunità islamica e il terrorismo – che, contribuendo ad alimentare un'immagine negativa e infamante dell'intero gruppo *target*, è stata giudicata incompatibile con i valori della tolleranza e della pace sociale nonché con il divieto di discriminazione<sup>41</sup>.

Di regola, quindi, il controllo sulla compatibilità convenzionale delle restrizioni imposte all'esercizio della libertà di espressione in relazione alla diffusione di idee di stampo razzista e discriminatorio è stato condotto dalla Corte secondo l'itinerario argomentativo ordinario, orientato a verificare puntualmente, secondo quanto previsto dall'art. 10, par. 2, CEDU, il rispetto cumulativo delle condizioni della legalità, della legittimità dell'obiettivo perseguito – tra quelli ivi tassativamente enumerati – e della necessità in una società democratica, con particolare riguardo alla proporzione del provvedimento sanzionatorio inflitto al ricorrente.

Così, nella sentenza *Féret c. Belgio*<sup>42</sup>, con riferimento alla propaganda elettorale condotta da un esponente di punta di un partito di estrema destra incentrata sull'opposizione all'islamizzazione del Belgio e sul rimpatrio forzato degli immigrati, la Corte ha riconosciuto come preminente, in linea con la prospettazione delle corti nazionali, l'esigenza di proteggere la pace sociale e i diritti della comunità degli immigrati, mettendo in guardia contro i pericoli per la democrazia correlati alla diffusione nei dibattiti pubblici di idee preconcepite e stereotipate suscettibili di alimentare sentimenti di odio e di intolleranza contro un gruppo e sottolineando, contestualmente, il dovere dei *leaders* politici di astenersi da ogni forma di incitamento all'odio e alla discriminazione, anche disgiuntamente da un appello diretto alla violenza<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Corte EDU, decisione del 16 novembre 2004, ricorso n. 23131/03, *Norwood c. Regno Unito*, par. 33. Cfr. in senso analogo, Corte EDU, decisione del 23 ottobre 2012, ricorso n. 16637/06, *Molnar c. Romania*, par. 23, concernente una fattispecie di incitamento all'odio nei confronti della minoranza rom e della comunità omosessuale.

<sup>42</sup> Corte EDU, *Féret c. Belgio*, par. 76 s. In senso analogo, si veda la decisione Corte EDU del 20 aprile 2010, *Le Pen c. Francia*, ricorso n. 18788/09, che, senza operare alcun cenno all'art. 17 CEDU, ha dichiarato il ricorso manifestamente infondato, rimarcando come “les propos du requérant étaient assurément susceptibles de donner une image négative, et même inquiétante, de la ‘communauté musulmane’ dans son ensemble”.

<sup>43</sup> La motivazione risulta, in parte, contraddittoria: la Corte, infatti, non ritiene soddisfatti i presupposti per l'applicazione dell'art. 17 CEDU, ma, al contempo, afferma che il contenuto dei materiali elettorali “incitait clairement à la discrimination et à la haine raciale, ce qui ne peut être camouflé par le processus électoral”. La cautela della Corte può tuttavia spiegarsi con il ruolo di parlamentare e di uomo politico rivestito dal ricorrente. Su un altro versante, si veda l'opinione dissenziente dei giudici Sajó, Zagrebelsky e Tsotsoria, che, pur condividendo le preoccupazioni della Corte sull'impatto a lungo termine della propaganda xenofoba come uno dei maggiori problemi della società democratica odierna, mette in guardia contro il rischio di punire penalmente condotte pericolose solo in astratto, senza essere concretamente idonee ad istigare alla violenza. Tra i contributi che affrontano tale controverso profilo, in raffronto all'approccio nordamericano basato sul parametro del “clear and present danger”, cfr. G. BONELLO, *Freedom of Expression and Incitement to Violence*, in *Freedom of Expression: Essays in Honour of Nicolas Bratza*, cit., p. 349 ss.; S. SCOTTIAUX, *Bad Tendencies' in the ECtHR's "Hate Speech" Jurisprudence*, in *European Constitutional Law Review*, 2011, p. 40 ss.; A. BUYSE, “Fear Speech”, or *How Violent Conflict Escalation Relates to the Freedom of Expression*, in *Human Rights Quarterly*, 2014, p. 779 ss.

L'evoluzione della prassi in questa direzione rispecchia le criticità correlate all'applicazione dell'art. 17 CEDU come filtro all'ammissibilità dei ricorsi individuali e la correlativa esigenza di circoscriverne lo spazio di operatività alle sole ipotesi in cui i caratteri dell'incitamento all'odio – ovvero, in un'ottica più generale, il carattere abusivo – siano immediatamente rilevabili nella condotta del ricorrente.

Il nucleo centrale delle obiezioni rivolte dalla dottrina che si è occupata della tematica investe la sostanziale elusione del bilanciamento tra i diversi diritti e interessi coinvolti nella fattispecie concreta e la drastica riduzione del potere della Corte di verificare la pertinenza e la persuasività degli argomenti addotti dallo Stato convenuto<sup>44</sup>. Le note critiche, inoltre, convergono nel porre in rilievo come l'applicazione dell'art. 17 CEDU secondo questa modalità non lasci spazio alle opportune valutazioni in merito alla congruità della misura concretamente adottata rispetto allo scopo perseguito, in contrasto con il peso determinante che il *test* di proporzionalità si vede normalmente assegnato ai fini dell'accertamento avente ad oggetto il carattere necessario dell'interferenza statale<sup>45</sup>.

L'attivazione del meccanismo della ghigliottina rischia in ultima analisi di sortire effetti collaterali ben più seri di quelli che si vorrebbero scongiurare, fornendo agli Stati contraenti un alibi per sottrarsi impunemente all'obbligo convenzionale di garantire a tutti gli individui la libertà di esprimere il proprio pensiero ed operare una sistematica repressione delle voci di minoranza<sup>46</sup>.

4. In tale scenario frammentato, si innesta la pronuncia resa dalla Grande camera nel caso *Perinçek c. Svizzera*, da cui è possibile trarre alcune rilevanti coordinate ricostruttive, a prescindere dalle conclusioni raggiunte a proposito della specifica *quaestio* esaminata, che hanno suscitato invece ampie riflessioni critiche anche all'interno dello stesso collegio giudicante<sup>47</sup>. Limitandoci qui solo a un rapido cenno nel merito, la Grande camera ha ritenuto di non poter ravvisare nelle affermazioni del ricorrente, un noto esponente politico nazionalista turco, che aveva contestato pubblicamente la qualificazione giuridica del massacro degli armeni come “genocidio”, i caratteri di un incitamento all'odio nei confronti della comunità armena. Quindi, incentrando la propria analisi sull'art. 10, par. 2, CEDU, la Grande camera ha escluso che la condanna inflitta al ricorrente dalle autorità svizzere corrispondesse ad un bisogno sociale imperioso, individuando come preminenti le esigenze connesse alla salvaguardia dello spazio di libera discussione su temi che afferiscono al dibattito politico<sup>48</sup>, rispetto alla contrapposta esigenza di tutelare i “diritti altrui”

<sup>44</sup> Cfr. S. VAN DROOGHENBROECK, *L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable?*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, p. 531 ss.; D. KEANE, *op. cit.*, p. 643; H. CANNIE, D. VOORHOOF, *The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2011, p. 54 ss., p. 67; M.E. VILLIGER, *Article 17 ECHR and Freedom of Speech in Strasbourg Practice*, in *Freedom of expression: Essays in Honour of Nicolas Bratza*, cit., p. 321 ss.

<sup>45</sup> Sul punto, cfr. A. BUYSE, *Prohibition of the Abuse of Rights*, in P. VAN DIJK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN, L. ZWAAK (eds.), *op. cit.*, p. 1085 ss., spec. p. 1088.

<sup>46</sup> Riguardo a tale aspetto, v. I. HARE, *op. cit.*, p. 78.

<sup>47</sup> Corte EDU (GC), sentenza del 15 ottobre 2015, ricorso n. 27510/08, *Perinçek c. Svizzera*.

<sup>48</sup> In senso contrario, per il rilievo secondo il quale le affermazioni del ricorrente avevano oltrepassato chiaramente i limiti della libertà di espressione, costituendo una grave forma di incitamento all'odio e alla discriminazione contro una minoranza vulnerabile, si veda l'opinione dissenziente congiunta dei

facenti capo alla comunità armena, assunti, quanto meno nominalmente, come l'altro polo del giudizio di bilanciamento<sup>49</sup>.

Su un piano più generale, la Grande camera ha confermato innanzitutto la perdurante utilità dell'opzione della ghigliottina in relazione ai casi di abuso della libertà di espressione, salvo ribadire la necessità di circoscriverne l'operatività "on an exceptional basis and in extreme cases", ove risulti in modo manifesto che l'esercizio della libertà di espressione da parte del ricorrente sia diretto a sviare la norma convenzionale "from its real purpose" per il perseguimento di finalità incompatibili con i valori convenzionali e, in particolare, ove sia possibile rilevare inequivocabilmente nei commenti o nei contenuti di cui si tratta i caratteri dell'incitamento all'odio<sup>50</sup>. Sotto questo profilo, un raffronto tra le esternazioni svolte dal ricorrente in relazione al massacro degli armeni con quelle dirette a contestare la Shoah conduce il collegio giudicante ad affermare che soltanto in relazione a queste ultime sia rinvenibile invariabilmente un incitamento all'odio<sup>51</sup>.

La pronuncia della Grande camera si segnala, inoltre, per la precisazione che essa aggiunge riguardo alla rilevanza applicativa che l'art. 17 CEDU può eventualmente assumere come criterio interpretativo suscettibile di guidare lo scrutinio della Corte durante l'esame del merito del ricorso, orientando – in senso sfavorevole al ricorrente – l'accertamento relativo alla necessità dei provvedimenti restrittivi adottati dalla autorità nazionali per contrastare esternazioni incompatibili con il rispetto dei diritti umani e i principi della democrazia<sup>52</sup>.

Per quanto concerne, invece, l'inquadramento di una data forma di espressione nella categoria dell'*hate speech*, con sua conseguente esclusione dalla garanzia convenzionale, la Grande camera esclude possa individuarsi un criterio decisivo: a tale

---

giudici Spielmann, Casadevall, Berro, De Gaetano, Sicilianos, Silvis e Kūris. Su come, invece, si giustificasse nella fattispecie l'applicazione dell'art. 17 CEDU, v. l'opinione dissidente del giudice Silvis.

<sup>49</sup> In merito alle criticità rinvenibili nell'impianto motivazionale della sentenza, v. in particolare G. DELLA MORTE, *Bilanciamento tra libertà di espressione e tutela della dignità del popolo armeno nella sentenza Perinçek c. Svizzera della Corte europea dei diritti umani*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 183 ss., p. 189, che sottolinea come il bilanciamento sia stato in realtà operato dalla Grande camera rispetto alla tutela dell'ordine pubblico, inteso come pacifica convivenza tra i consociati, anziché, come dichiarato, rispetto alla dignità del gruppo-vittima. Tra i numerosi commenti, cfr. G. BORGNA, *op. cit.*, p. 697 ss.; C.D. LEOTTA, *Limiti penalistici alla libertà di espressione: il caso del negazionismo del genocidio armeno*, in *Archivio penale*, 2016, p. 221 ss.; P. LOBBA, *Testing the "Uniqueness": Denial of the Holocaust vs Denial of Other Crimes before the European Court of Human Rights*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2 novembre 2016, reperibile online, p. 1 ss.

<sup>50</sup> Già in precedenza, in ambiti diversi da quello in esame, alcune pronunce avevano evidenziato il carattere di eccezionalità che contraddistingue l'art. 17 CEDU in relazione all'art. 11 CEDU ("libertà di associazione") e all'art. 3 del Protocollo n. 1 ("diritto a libere elezioni"): Corte EDU (GC), sentenza del 6 gennaio 2011, ricorso n. 34932/04, *Paksas c. Lituania*, par. 87 s. Cfr. anche Corte EDU, decisione del 12 giugno 2012, ricorso n. 31098/08, *Hizb ut-Tahrir e al. c. Germania*, par. 72; sentenza del 14 marzo 2013, ricorsi n. 26261/05 e n. 26377/06, *Kasymakhunov e Saybatalov c. Russia*. Sul punto, si vedano infine le osservazioni formulate dal giudice Jambrek nell'opinione concorrente allegata alla sentenza *Lehideux e Isorni c. Francia*.

<sup>51</sup> Sul punto, si vedano le riflessioni critiche sviluppate da G. DELLA MORTE, *Bilanciamento tra libertà di espressione*, cit., p. 190, che avverte contro il rischio che a tale stregua possano fondarsi "le basi per una differenziazione tra i gruppi-vittima, e quindi per una gerarchizzazione del dolore potenzialmente generatrice di nuovi antagonismi". Cfr. anche A. MACAYA, *Focus sur Perinçek c Suisse. La question de la limitation à la liberté d'expression nécessaire dans une société démocratique*, in *Questions of International Law*, 2016, p. 5 ss., spec. p. 28.

<sup>52</sup> Sentenza *Perinçek c. Svizzera*, par. 114 s.

fine, è necessario procedere, caso per caso, ad una valutazione combinata di diversi fattori, che non si limitano al contenuto materiale e ai toni del messaggio, ma si estendono alle specificità del contesto politico e sociale nel quale certe affermazioni sono rilasciate, alla concreta attitudine – diretta o indiretta – delle stesse a fomentare l’odio, la discriminazione e la violenza, dovendosi prestare particolare attenzione a quelle affermazioni generalizzate che ritraggono un intero gruppo sotto una luce negativa, senza tralasciare, infine, l’impatto diffusivo del mezzo di comunicazione impiegato<sup>53</sup>.

In coerenza con le linee d’indirizzo così tracciate, gli sviluppi più recenti sembrano in effetti indicare il graduale attestarsi dell’orientamento della Corte di Strasburgo su una posizione di maggior cautela, secondo la quale i margini di operatività dell’art. 17 CEDU si comprimono, lasciando spazio nella generalità dei casi all’esame del ricorso attraverso la lente dell’art. 10, par. 2, CEDU, in una direzione chiaramente orientata a valorizzare le particolarità del singolo contesto concreto prima che si giunga a formulare un giudizio di compatibilità convenzionale sulle misure attuate dallo Stato convenuto in relazione a contenuti espressivi potenzialmente inconciliabili con gli “underlying values” del sistema<sup>54</sup>.

Un parziale mutamento di prospettiva sembra emergere persino nel campo delle esternazioni volte a negare la Shoah, in cui, come si è detto, il meccanismo della ghigliottina aveva attecchito affermandosi come schema decisorio tipico.

Le prime avvisaglie in tal senso possono scorgersi già nella decisione *Dieudonné M’Bala M’Bala c. Francia*, relativa alla condanna per ingiuria pubblica aggravata dalla componente razzista riportata dal ricorrente non già per aver esternato personalmente tesi negazioniste, ma per aver costruito una rappresentazione teatrale intorno all’elogio di uno dei più noti esponenti del filone negazionista francese. Il percorso argomentativo è incentrato, come di consueto, sull’art. 17 CEDU, ma un elemento di novità non trascurabile è dato dal fatto che in questo caso l’attitudine della condotta del ricorrente a fomentare l’odio per il perseguimento di finalità contrarie alla Convenzione non è assunta in via presuntiva, ma forma oggetto di un accertamento in concreto. Soltanto dopo aver compiuto tale accertamento, la Corte si persuade che l’evento organizzato dal ricorrente, dietro l’apparenza di una rappresentazione artistica, celasse in realtà “the blatant display of a hateful and anti-Semitic position”, non meno pericoloso di un attacco frontale, che dunque non ha titolo per vedersi accordare la protezione dell’art. 10 CEDU<sup>55</sup>.

Elementi di discontinuità ancor più marcati sono rinvenibili in due decisioni più recenti che, pur con riferimento a fattispecie non perfettamente sovrapponibili,

<sup>53</sup> *Ivi*, par. 204 ss. Analogamente, in dottrina, v. A. WEBER, *Manual on Hate Speech*, Strasbourg, 2008, p. 33.

<sup>54</sup> In tal senso, come già rilevato, è nettamente orientata la prassi del Comitato dei diritti dell’uomo. Cfr. anche il Rapporto annuale dell’Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani dell’11 gennaio 2013, sugli incontri di esperti sulla proibizione dell’incitamento all’odio nazionale, razziale o religioso, A/HRC/22/17/Add.4, par. 10, secondo il quale “the question of distinguishing those forms of expression that should be defined as incitement to hatred and thus prohibited is contextual and the individual circumstances of each case, such as local conditions, history, cultural and political tensions, must be taken into account”.

<sup>55</sup> Come rilevato, quando viene seguito questo particolare *iter* decisionale, la Corte non procede a valutare la congruità della condanna inflitta al ricorrente.

sembrano prospettare un nuovo schema decisorio rispetto alle tesi che negano o minimizzano la Shoah<sup>56</sup>.

In entrambi i casi, l'itinerario interpretativo si sviluppa, nell'ambito del vaglio sulla ricevibilità del ricorso, secondo lo schema tracciato dall'art. 10, par. 2, CEDU, mentre l'art. 17 CEDU rimane relegato sullo sfondo alla stregua di un criterio ermeneutico di supporto che la Corte si limita ad accennare per corroborare la propria valutazione in merito alla necessità della misura sanzionatoria inflitta al ricorrente<sup>57</sup>. I ricorsi, inoltre, sono dichiarati irricevibili non già perché incompatibili *ratione materiae*, ma perché manifestamenti infondati.

Si tratta di un esito applicativo che non si discosta nella sostanza da quelli raggiunti in precedenza: nel giudizio di *ad hoc balancing*, infatti, l'esigenza di garantire il rispetto dei "diritti altrui" facenti capo alla comunità ebraica, denigrata dalle tesi negazioniste – accanto all'esigenza di preservare la pace sociale all'interno della Germania – si vede infatti riconoscere un valore preminente, tale da sopravanzare la libertà di espressione fatta valere dai ricorrenti. Ciò avvalorerebbe l'opinione secondo la quale l'art. 17 CEDU non sarebbe idoneo a spiegare alcun apprezzabile valore aggiunto alla luce della formulazione analitica della clausola di limitazione di cui all'art. 10, par. 2, CEDU: quest'ultima, sarebbe già di per sé sufficiente a fornire una solida base giuridica per giustificare provvedimenti nazionali diretti a sanzionare le esternazioni qualificabili come incitamento all'odio, nella parte in cui testualmente richiama la reputazione e i "diritti altrui" accanto alla sicurezza pubblica e alla prevenzione dei reati<sup>58</sup>.

Al contempo, però, il ridimensionamento della presunzione assoluta di incitamento all'odio e antidemocraticità in passato avallata dalla Corte di Strasburgo in relazione alla negazione della Shoah non manca di sollevare perplessità se solo si considerano gli univoci obblighi di criminalizzazione che discendono dal quadro internazionale vigente<sup>59</sup>. Per vero, nella più recente tra le due decisioni in esame, la maggior cautela che induce la Corte ad analizzare il ricorso attraverso la lente dell'art. 10, par. 2, CEDU, può trovare una giustificazione razionale nel ruolo di rappresentante parlamentare rivestito dal ricorrente e forse anche nella natura ambigua delle esternazioni da questi rilasciate<sup>60</sup>. Appare poi significativo che la Corte

---

<sup>56</sup> Cfr. Corte EDU, decisioni del 31 gennaio 2019, ricorso n. 64496/17, *Richard Williamson c. Germania*, e del 3 ottobre 2019, ricorso n. 55225, *Pastörs c. Germania*.

<sup>57</sup> Nella decisione *Richard Williamson c. Germania*, in relazione alle tesi rilasciate dal ricorrente nel corso di un'intervista televisiva volte a minimizzare grossolanamente la Shoah, la Corte non invoca espressamente l'art. 17 CEDU, ma rileva come il ricorrente avesse inteso esercitare strumentalmente la libertà di espressione per promuovere idee contrarie al testo e allo spirito della Convenzione, osservando che "[t]his weighs heavily in the assessment of the necessity of the interference" (par. 26).

<sup>58</sup> In tal senso, v. H. CANNIE, D. VOORHOOF, *op. cit.*, p. 83 ss.

<sup>59</sup> Per un commento in chiave critica con particolare riferimento alla decisione Corte EDU, *Richard Williamson c. Germania*, v. M. CASTELLANETA, *Il negazionismo tra abuso del diritto e limite alla libertà di espressione in una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *MediaLaws*, 2019, p. 311 ss., che critica l'attenuazione della valutazione della gravità delle esternazioni negazioniste, rilevando come, nel caso di specie, i presupposti – eccezionali – per l'applicazione dell'art. 17 CEDU risultassero inequivocabilmente soddisfatti. Sulle ragioni che inducono ad affrontare da una prospettiva singolare la questione della liceità giuridica degli scritti negazionisti, v. P. WACHSMANN, *Liberté d'expression et négationnisme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, p. 588 ss., spec. p. 589.

<sup>60</sup> Secondo la ricostruzione delle corti interne, avallata dai giudici di Strasburgo, il ricorrente aveva inserito nel discorso dinanzi al Parlamento regionale le sue tesi infamanti in modo subdolo, "as if inser-

abbia ritenuto congrua e proporzionata la pena detentiva inflitta a suo carico, seppur di non lieve entità, sottolineando la speciale responsabilità morale di prendere le distanze dalle atrocità del nazismo che grava sugli Stati che le abbiano direttamente vissute<sup>61</sup>. Sarà in ogni caso necessario attendere nuove pronunce per verificare se e in quali circostanze il controverso meccanismo della ghigliottina sarà effettivamente accantonato anche in questo delicato e particolare settore.

5. Su un altro versante, la centralità che assume, nell'ambito dello schema decisorio ordinario, l'onere degli Stati contraenti di fornire argomenti rilevanti e sufficienti per giustificare ogni ingerenza nella libertà di espressione si riallaccia all'esigenza di scongiurare condotte abusive da parte degli stessi Stati, i quali potrebbero pretestuosamente invocare l'art. 17 CEDU – ma lo stesso è a dirsi rispetto ad alcune tra le stesse finalità enumerate nella clausola di limitazione “ordinaria” di cui all'art. 10, par. 2, CEDU, quali la protezione della sicurezza nazionale, dell'integrità territoriale e della sicurezza pubblica – per operare una censura arbitraria delle voci dissenzienti.

In proposito, la recente pronuncia *Stomakhin c. Russia* sollecita le autorità nazionali ad adottare un approccio estremamente rigoroso nel discernere le espressioni suscettibili di essere proibite a titolo di *hate speech* da quelle che necessitano invece di speciale protezione in quanto critica legittima dell'operato del governo, il quale, come ben noto, deve sottoporsi costantemente al controllo – oltre che del potere legislativo e giudiziario – degli organi di informazione e, attraverso la mediazione di questi ultimi, dell'opinione pubblica<sup>62</sup>. Nella ricostruzione della Corte, alcune tra le affermazioni rilasciate dal ricorrente in qualità di editore e attivista politico potevano fondatamente collocarsi al di fuori del perimetro di protezione delineato dall'10 CEDU poiché tese ad esprimere approvazione rispetto ai metodi terroristici praticati dai ribelli separatisti ceceni e a dipingere negativamente la popolazione di etnia russa e di fede ortodossa, mentre altre, a dispetto dei toni aspri e taglienti, avevano titolo di beneficiare della massima protezione riservata alla critica politica. La Corte rimarca quindi la sproporzione della sanzione inflitta al ricorrente – una pena detentiva, congiuntamente ad un provvedimento di interdizione dalla professione di giornalista – giungendo ad accertare una violazione dell'art. 10 CEDU da parte dello Stato convenuto<sup>63</sup>.

ting poison into a glass of water, hoping that it would not be detected immediately”: sentenza *Pastörs c. Germania*, par. 43.

<sup>61</sup> *Ivi*, par. 48.

<sup>62</sup> Corte EDU, sentenza del 9 maggio 2018, ricorso n. 52273/07, *Stomakhin c. Russia*.

<sup>63</sup> Seppur non espressamente invocato, sembra assumere rilevanza in tale ambito il divieto di cui all'art. 18 CEDU, secondo il quale “le restrizioni che, in base alla presente Convenzione, sono poste a detti diritti e libertà possono essere applicate solo allo scopo per cui sono state previste”. Si tratta di una particolare fattispecie di abuso che prospetta l'esigenza di vigilare con estremo rigore sull'esercizio del margine di apprezzamento degli Stati in relazione ai diritti che, come la libertà di espressione, ammettono limitazioni, e che, tuttavia, rimane generalmente assorbita nella violazione del parametro convenzionale. Si veda anche Corte EDU, sentenza del 20 maggio 2010, ricorso n. 2933/03, *Cox c. Turchia*, in cui la Corte ha ritenuto contrario all'art. 10 CEDU il divieto di ingresso nel Paese ingiunto alla ricorrente a motivo delle opinioni dalla stessa rilasciate in merito alla politica delle autorità turche nei confronti dei curdi e degli armeni, sottolineando come le esigenze di protezione si pongano con speciale urgenza in relazione alle opinioni controverse. In tale filone, cfr. anche Corte EDU, sentenze del 19 marzo 2019, ricorso n. 57031/10, *Mart e al. c. Turchia*, e del 19 novembre 2019, ricorso n. 76624/12, *Nejdet Atalay*

Per contro, gli sviluppi interpretativi della giurisprudenza di Strasburgo convergono nel prospettare in capo agli Stati contraenti un margine di apprezzamento più ampio riguardo alla repressione giuridica dell'*hate speech* in tutti i casi in cui le esternazioni in causa si sostanzino nella negazione dei diritti altrui e della pari dignità degli individui, come accade allorché si tratti di espressioni dirette ad alimentare un pregiudizio di gruppo con effetti deleteri per la coesione sociale. Sul punto, la posizione assunta dalla Corte in relazione alla diffusione di pregiudizi fondati sull'orientamento sessuale attesta in modo esplicito che la protezione dell'art. 10 CEDU può essere ragionevolmente negata anche ove non sia rinvenibile alcuna istigazione diretta alla violenza e, di pari passo, conferisce risalto agli obblighi positivi che si configurano in capo agli Stati al fine di garantire la tutela effettiva dei diritti degli individui che appartengono al gruppo contro il quale sono rivolte queste forme espressive odiose<sup>64</sup>.

In tale quadro, il modello decisorio della ghigliottina, seppur ridimensionato, pare conservare intatte le proprie potenzialità applicative in relazione a quelle ipotesi di *hate speech* che consistono in un incitamento – anche indiretto – alla commissione di atti violenti e nella propaganda terroristica, specialmente in rapporto all'amplificazione degli effetti lesivi correlati ad un esercizio distorto della libertà di espressione via internet<sup>65</sup>. Tra gli approdi più rilevanti, va qui fatto cenno alla decisione *Belkacem c. Belgio*, attraverso la quale la Corte EDU ha negato la tutela dell'art. 10 CEDU rivendicata dal *leader* di un gruppo fondamentalista islamico, che aveva lanciato attraverso la pubblicazione di una serie di contenuti video sulla piattaforma *YouTube* un appello alla *jihād* contro i non musulmani finalizzato ad imporre la *Sharia* in Belgio. Ritenendo soddisfatti nella fattispecie i requisiti di eccezionalità che giustificano l'applicazione diretta dell'art. 17 CEDU, la Corte ha incentrato la propria valutazione sulla natura dei contenuti diffusi dal ricorrente e sulle potenzialità diffusive del mezzo impiegato, e, dopo aver valorizzato le pertinenti fonti normative internazionali da cui scaturiscono obblighi di criminalizzazione in tal senso, ha concluso che si trattasse inequivocabilmente di un incitamento all'odio e alla discriminazione contro i non musulmani e che il ricorrente mirasse a

---

c. *Turchia*. Riguardo agli abusi configurabili, invece, rispetto alla clausola di deroga prevista dall'art. 15 CEDU, con specifico riferimento a misure restrittive della libertà di espressione, cfr. le sentenze emesse in data 20 marzo 2018, ricorso n. 16538/17, *Şahin Alpay c. Turchia*, e ricorso n. 13237/17, *Mehmet Hasan Altan c. Turchia*.

<sup>64</sup> Così, nella sentenza *Vejdeland e al. c. Svezia*, par. 55, la Corte ha affermato che “[s]exual orientation should be treated in the same way as categories such as race, ethnicity and religion which are commonly covered by hate-speech and hate-crime laws, because sexual orientation is a characteristic that is fundamental to a person's sense of self”. Parimenti, in tema di *hate speech* omofobico, v. Corte EDU, sentenza del 14 gennaio 2020, ricorso n. 41288/15, *Beizaras e Levickas c. Lituania*, par. 129, che ha evidenziato gli obblighi positivi che discendono in capo agli Stati dall'art. 8 CEDU (“diritto al rispetto della vita privata e familiare”) e dall'art. 14 (“divieto di discriminazione”). In senso analogo, v. Corte EDU, sentenza del 17 gennaio 2017, ricorso n. 10851/13, *Király e Dömötör c. Ungheria*, che ha riscontrato una violazione dell'art. 8 CEDU per la mancata adozione da parte delle autorità ungheresi di misure adeguate per contrastare una manifestazione anti-rom e per non aver compiuto le necessarie attività di indagine.

<sup>65</sup> Per un inquadramento delle problematiche correlate alla diffusione del discorso dell'odio *online*, v. T. MCGONAGLE, *The Council of Europe against Online Hate Speech: Conundrums and Challenges*, Expert Paper No MCM(2013)005, Council of Europe Conference of Ministers responsible for Media and Information Society, Freedom of Expression and Democracy in the Digital Age: Opportunities, Rights, Responsibility, Belgrade, 7-8 November 2013, reperibile *online*.

piegare l'art. 10 CEDU al perseguimento di finalità palesemente contrarie ai valori convenzionali, quali in particolare la tolleranza e la convivenza pacifica<sup>66</sup>.

D'altro canto, in funzione delle straordinarie potenzialità diffusive proprie di internet e della conseguente maggior esposizione a minacce dei diritti convenzionalmente protetti potrà essere giustificata una rimodulazione in termini più stringenti dei doveri e delle responsabilità che gravano su tutti i soggetti che esercitano la libertà di espressione ovvero forniscono – a qualsiasi titolo, dunque non necessariamente in modo professionale e con finalità di lucro – un contributo attivo al dibattito pubblico<sup>67</sup>. Una rilevante attestazione in tal senso può trarsi dalla sentenza resa dalla Grande camera nel caso *Delfi c. Estonia*, che si iscrive nel filone interpretativo concernente la responsabilità degli *internet service providers* in relazione ai commenti caricati dai singoli utenti. Il ruolo cruciale di intermediazione svolto da tali soggetti nella società dell'informazione impone, in linea di principio, di mettere l'attività dagli stessi svolta al riparo da indebite ingerenze, che rischierebbero di produrre un dannoso *chilling effect* a detrimento di interessi che fanno capo all'intera collettività. Nondimeno, la valutazione del contenuto dei commenti in causa – di stampo antisemita – congiuntamente ad altri elementi, tra cui in particolare la mancata tempestiva rimozione degli stessi dalla piattaforma *online* con conseguente amplificazione degli effetti pregiudizievole, ha indotto la Grande camera a ritenere necessaria in una società democratica la condanna pronunciata in sede civile contro la società ricorrente<sup>68</sup>.

6. A conclusione del quadro sin qui delineato, possono svolgersi alcune brevi riflessioni conclusive.

Nell'arco di un'elaborazione giurisprudenziale ormai pluridecennale e tuttora in costante evoluzione, la Corte di Strasburgo ha operato assiduamente su due fronti,

<sup>66</sup> Corte EDU, sentenza del 20 luglio 2017, ricorso n. 34367/14, *Belkacem c. Belgio*. Per un approfondimento, v. M. CASTELLANETA, *La Corte europea dei diritti umani e l'applicazione del principio dell'abuso del diritto nei casi di hate speech*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, p. 745 ss., che sottolinea l'ampio margine di autonomia lasciato agli Stati contraenti nell'esercizio della potestà punitiva in relazione al contrasto di movimenti politici basati sul fondamentalismo religioso, senza che rilevino né l'elemento psicologico dell'intenzionalità nella commissione del reato, né l'esistenza di un pericolo concreto per l'ordine pubblico. Sulla medesima linea interpretativa, v. Corte EDU, decisione del 17 aprile 2008, ricorso n. 24683/14, *ROJ TV A/S*. Cfr. anche decisione *Hizb utTahrir e al. c. Germania* e sentenza *Kasymakhunov e Saybatalov c. Russia*.

<sup>67</sup> Nemmeno la stampa e gli altri organi di informazione sono esonerati dal rispetto di doveri e responsabilità. In particolare sull'esigenza di vigilare affinché i media non si trasformino in un veicolo di propaganda all'odio e alla violenza, cfr. Corte EDU (GC), sentenze dell'8 luglio 1999, ricorso n. 25067/94, *Erdođdu e İnce c. Turchia*, par. 53, e del 10 ottobre 2006, ricorso n. 4119/02, *Halis Dođan c. Turchia* (n. 3), par. 36. Per una ricostruzione delle linee generali lungo le quali si sta formando l'orientamento della Corte riguardo all'esercizio della libertà di espressione e di informazione *online*, v. O. POLLICINO, *Tutela dei diritti fondamentali nell'era digitale e contesto valoriale: un'indagine transatlantica*, in *MediaLaws*, 2018, p. 39 ss.

<sup>68</sup> Corte EDU (GC), sentenza del 16 giugno 2015, ricorso n. 64569/09, *Delfi c. Estonia*. In questo frangente, l'applicazione dell'art. 17 CEDU non era evidentemente configurabile trattandosi di commenti di cui la società ricorrente – quale "hosting provider" – non era l'autrice diretta. Per un commento, v. R. NIGRO, *La responsabilità degli internet service providers e la Convenzione europea dei diritti umani: il caso Delfi AS*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 681 ss. In una prospettiva più ampia, v. V. NARDI, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'internet service provider?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7 marzo 2019, reperibile *online*.

valorizzando la libertà di espressione quale principio costitutivo della democrazia, e mostrando al contempo particolare sensibilità dinanzi a talune forme di espressione che valicano i limiti della critica legittima, rivelando un'attitudine inconciliabile con l'assetto valoriale del sistema in particolare a detrimento dei gruppi più deboli e svantaggiati. Le soluzioni interpretative maturate sul terreno scivoloso dell'*hate speech*, sovente criticate come incongruenti rispetto al paradigma pluralista cristallizzato nella sentenza *Handyside*, si iscrivono coerentemente in questo secondo orizzonte, che ridefinisce il perimetro della protezione (anche) in funzione del contenuto del messaggio veicolato sul presupposto che la libertà di espressione non costituisce una prerogativa assoluta, ma al contrario può vedersi legittimamente opporre alcune restrizioni che si riallacciano ai doveri e alle responsabilità connaturati al suo esercizio<sup>69</sup>.

Il nodo cruciale, tuttavia, rimane quello di tracciare una linea di demarcazione tra le forme di espressione che meritano di essere protette, sebbene scioccanti e offensive, e quelle che invece oltrepassano la soglia di ciò che è tollerabile in una società democratica trasmodando in un incitamento all'odio.

Significativamente, è proprio in relazione alla libertà di espressione che il divieto di abuso del diritto formulato dall'art. 17 CEDU ha trovato alcune tra le applicazioni qualitativamente più rilevanti. In più occasioni, infatti, i giudici di Strasburgo hanno stigmatizzato l'incitamento all'odio come una condotta "abusiva", diretta al perseguimento di finalità contrarie ai valori convenzionali, che, in quanto tale, preclude al ricorrente la possibilità di beneficiare della protezione dell'art. 10 CEDU.

Come rilevato, peraltro, la Corte si riserva di optare per la più radicale soluzione della ghigliottina, che si fonda sull'applicazione diretta dell'art. 17 CEDU e pretermette ogni valutazione riguardo al bilanciamento dei diversi diritti e interessi coinvolti, nelle ipotesi in cui i commenti in causa rivelino manifestamente un'attitudine a incitare o a promuovere in qualsiasi forma l'odio basato sull'intolleranza. I margini perché tale particolare modello decisorio possa trovare concreta applicazione appaiono, di conseguenza, piuttosto ristretti e, d'altro canto, la stessa Corte ha tenuto fede all'esigenza di circoscriverne l'operatività ad ipotesi eccezionali, ben consapevole delle criticità correlate ad un *iter* decisionale incentrato pressoché esclusivamente sul contenuto del messaggio veicolato.

Nella generalità dei casi, quindi, la questione della compatibilità convenzionale della repressione giuridica dell'*hate speech* operata dagli Stati contraenti – non di rado, giova ricordarlo, in adempimento di obblighi internazionali – formerà oggetto di un esame condotto senza alcuna deviazione dai percorsi argomentativi consueti, attraverso il prisma dell'art. 10, par. 2, CEDU, ciò che appare quanto mai opportuno in considerazione dell'ampia nozione di *hate speech* convalidata anche dalle pronunce più recenti<sup>70</sup>. I rilievi critici formulati in rapporto all'adozione da parte della Corte di Strasburgo di un approccio pericolosamente "contenutistico" alle limitazioni opponibili alla libertà di espressione ne risultano pertanto considerevolmente

---

<sup>69</sup> Sul punto, cfr. F. KRENC, *La liberté d'expression vaut pour les propos qui "heurtent, choquent ou inquiètent". Mais encore?*, in *Revue trimestrielle de droits de l'homme*, 2016, p. 311 ss.; V. PEJCHAL, K. BRAYSON, *op. cit.*, p. 256 ss.

<sup>70</sup> K. LEMMENS, *Hate Speech in the Case Law of the European Court of Human Rights. Good Intentions Make Bad Law*, in A. ELLIAN, G. MOLIER (eds.), *Freedom of Speech under Attack*, The Hague, 2015, p. 135 ss.

ridimensionati: l'inquadramento di una data forma di espressione nella categoria dell'*hate speech*, e il conseguente sacrificio imposto alla libertà di espressione, è infatti il risultato di un accertamento "highly context-specific", che non si limita al contenuto e ai toni del messaggio, ma prende in considerazione un ampio ventaglio di fattori alla luce delle specificità del singolo contesto fattuale<sup>71</sup>.

In tale cornice più razionale, solo sporadicamente l'art. 17 CEDU integrerà le argomentazioni della Corte, senza che la ferma condanna di ogni forma di incitamento all'odio ne risulti smentita in alcun modo. La responsabilizzazione di tutti i soggetti che esprimono, a vario titolo, la propria opinione ovvero contribuiscono all'attività di informazione – dal cittadino qualunque, all'uomo politico, sino ai media – in altri ambiti fortemente dibattuta<sup>72</sup>, viene qui assunta quale elemento indispensabile al fine di contrastare tutte le forme di incitamento all'odio suscettibili di logorare le fondamenta del tessuto sociale, combinandosi con l'enunciazione di obblighi positivi in capo agli Stati contraenti intesi ad assicurare il rispetto effettivo dei diritti fondamentali specialmente a vantaggio degli individui e dei gruppi più vulnerabili.

## Abstract

### Some Remarks on the Abuse of Freedom of Expression According to the Case-law of the Strasbourg Court

Notwithstanding ECtHR's commitment to freedom of expression, an extensive body of case-law reflects a growing awareness on the part of the Strasbourg Court of the need to combat hate speech in order to guarantee to all individuals the full enjoyment of their fundamental rights and to safeguard the underlying values of the Convention. To this goal, the prohibition of abuse of right laid down in Article 17 ECHR still plays a significant role. As a rule, however, the Court will follow a different decision path, based on the ordinary triple test envisaged by Article 10, para. 2, ECHR, in order to scrutinize according to the factual circumstances of the case whether a fair balance has been achieved between the competing interests at stake and whether the penalties imposed are proportionate to the legitimate aim pursued.

<sup>71</sup> Così espressamente la sentenza *Perinçek c. Svizzera*, par. 208. Come precisato, ciò potrà avvenire in sede di vaglio sulla ricevibilità, ove il ricorso appaia manifestamente infondato, ovvero nel corso dell'esame del merito del ricorso.

<sup>72</sup> In particolare, riguardo al principio secondo il quale la stampa non può rivendicare sulla base dell'art. 10 CEDU un diritto assoluto di agire in maniera irresponsabile, alcuni giudici hanno espresso il timore che tale indirizzo possa tradursi in un pericoloso indebolimento della libertà di espressione (così, l'opinione dissenziente del giudice Zagrebelsky nel caso Corte EDU (GC), sentenza del 10 dicembre 2007, ricorso n. 69698/01, *Stoll c. Svizzera*), rilevando inoltre come l'obiettivo di smascherare casi di corruzione e l'interesse della società ad esserne informata dovrebbero in ogni caso prevalere, anche se la stampa ha agito in maniera irresponsabile; in questo secondo senso, si veda l'opinione dissenziente del giudice Bonello nel caso Corte EDU, sentenza del 29 luglio 2008, ricorso n. 22824/04, *Flux c. Moldavia* (n. 6).

Micaela Falcone\*

# Il *Green Deal* europeo per un continente a impatto climatico zero: la nuova strategia europea per la crescita tra sfide, responsabilità e opportunità

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La “legge europea sul clima” e i settori di intervento del *Green Deal*. – 3. Gli strumenti finanziari per il *Green Deal*: l'*European Green Deal Investment Plan* e il *Just Transition Mechanism*. – 4. La dimensione sociale. – 5. La posizione degli Stati membri rispetto al *Green Deal*. – 6. *Segue*: la posizione dell'Italia. – 7. Il *Green Deal* nella prospettiva internazionale. – 8. Note conclusive.

1. Il *Green Deal* europeo è l'ambiziosa strategia per la crescita dell'UE che, presentata dalla Commissione a dicembre 2019, pone la difesa dell'ambiente come presupposto e obiettivo trasversale di ogni iniziativa per “riconciliare l'economia con il pianeta”<sup>1</sup>. Approvato da Consiglio europeo e dal Parlamento europeo dopo un significativo sforzo diplomatico<sup>2</sup>, il *Green Deal* presenta un corposo pacchetto di proposte legislative, strumenti finanziari e piani d'azione volti a rendere più ecosostenibili la produzione di energia, l'industria, i trasporti e lo stile di vita dei cittadini europei, riducendo il consumo di risorse naturali e le emissioni nocive.

\* Ricamatore di Diritto dell'Unione europea nel Politecnico di Bari.

<sup>1</sup> 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)640 final. La transizione ecologica, insieme alla transizione digitale, sono le priorità degli orientamenti politici della neopresidente della Commissione europea Ursula von der Leyen che, alla guida dell'istituzione per i prossimi 5 anni, ne ha fortemente incoraggiato la adozione. Nel programma di lavoro annuale, la Commissione ha definito gli interventi da mettere in atto affinché l'Unione europea guidi questa transizione adeguando l'economia sociale di mercato alle nuove ambizioni dell'epoca attuale, salvaguardando i valori comuni e promuovendo lo Stato di diritto (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 29 gennaio 2020, Programma di lavoro della Commissione 2020. Un'Unione più Ambiziosa, COM(2020)37 final).

<sup>2</sup> Conclusioni del Consiglio europeo, del 12 dicembre 2019, EUCO 29/19 e risoluzione del Parlamento europeo sul *Green Deal* europeo, del 15 gennaio 2020, 2019/2956 (RSP).

L'obiettivo dichiarato è raggiungere la neutralità climatica – ovvero azzerare le emissioni climalteranti – entro il 2050 attraverso un nuovo coordinamento tra le politiche ambientali, economiche e sociali per valorizzare le sinergie possibili e porre la sostenibilità e il benessere dei cittadini al centro della crescita economica dell'UE. Questa prospettiva si allinea alle priorità dell'Agenda 2030 e agli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite attraverso un ripensamento globale della politica economica europea in chiave eco-sostenibile<sup>3</sup>.

A prima vista esso non sembrerebbe una novità rispetto al percorso virtuoso pro-ambiente che l'UE ha intrapreso già da diversi anni<sup>4</sup>. I risultati ottenuti fino ad oggi, tuttavia, sono limitati dalla consapevolezza che, mantenendo le attuali politiche, le percentuali di riduzione delle emissioni climalteranti sarebbero insufficienti rispetto ai risultati attesi e che occorre uno slancio decisivo verso la sostenibilità<sup>5</sup>. L'elemento di forza del *Green Deal* si coglie, allora, nella poderosa accelerazione annunciata dalla stretta sinergia tra interventi e investimenti, che aspira a realizzare la più importante svolta ambientale dell'UE, da molti annunciata come la IV rivoluzione industriale. Se ne prevede, tuttavia, un cammino tortuoso e pieno di insidie a causa delle numerose variabili che, come si illustrerà, sono connesse alla sua riuscita.

2. Sul piano operativo, la Commissione ha elaborato una tabella di marcia iniziale e pianificato più di 50 azioni per i prossimi due anni, secondo un fitto cronoprogramma di obiettivi a medio e lungo termine fra il 2020 e il 2030, per ottenere dapprima la riduzione del 40% e poi l'azzeramento delle emissioni climalteranti entro il 2050.

Le attuali politiche dell'UE dovranno essere coerenti con i nuovi obiettivi di carattere economico, sociale e ambientale fissati dal *Green Deal*, per raggiungere i quali la Commissione ritiene occorra azionare tutte le leve politiche: regolamentazione e normazione, investimenti e innovazione, riforme nazionali, dialogo con le parti sociali e cooperazione internazionale<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Resolution n. 70/1, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 25 settembre 2015, *Transforming our world: The 2030 Agenda for Sustainable Development*. Si tratta di un programma d'azione per le persone, il pianeta e la prosperità sottoscritto dai governi dei 193 Paesi membri dell'ONU. Avviata ufficialmente nel 2016, l'Agenda intende orientare gli interventi fino al 2030 inglobando 17 Obiettivi per lo sviluppo sostenibile – *Sustainable Development Goals, SDGs* – per un totale di 169 *target*.

<sup>4</sup> Si pensi alle misure di attuazione del VI Programma d'azione ambientale, che individuava la lotta al cambiamento climatico come settore prioritario del proprio intervento (2002), alla riduzione del 23% delle emissioni di gas serra e alla contestuale crescita dell'economia del 60% registrate tra il 1990 e il 2018 e, ancora, si ricordi che l'UE è stata tra i principali promotori della *green economy* al Vertice mondiale ONU di Rio+20 (2012), per finire alle più recenti misure legislative sull'economia circolare (2018).

<sup>5</sup> Per un inquadramento generale della materia cfr., tra tanti, L. SCHIANO DI PEPE, *Cambiamenti climatici e diritto dell'Unione europea. Obblighi internazionali, politiche ambientali e prassi applicative*, Torino, 2012; F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell'ambiente*, Bologna, 2012, p. 251 ss., G. F. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Torino, 2013; L. KRÄMNER, *Eu Environmental Law*, London, 2016, VIII ed., p. 329 ss.; G. D'ANDREA, *La lotta ai cambiamenti climatici*, in R. GIUFFRIDA, F. AMABILI (a cura di), *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, Torino, 2018, p. 227 ss.; E. TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, Bari, 2019, II ed., p. 243 ss.

<sup>6</sup> Cfr. COM(2019)640 final, par. 2.1, p. 4.

Pertanto, il 4 marzo 2020 la Commissione ha presentato la “legge europea sul clima”, che costituisce l’elemento centrale dell’intera strategia e incardinerà nel diritto derivato gli obiettivi *carbon free*, avviando concretamente il processo di riconversione<sup>7</sup>. Si tratta di una proposta di regolamento il cui tratto saliente è dato dall’obbligo per l’UE di inserire gli obiettivi ambientali in tutte le future normative europee. Come annunciato, la proposta delinea la via da seguire per raggiungere l’obiettivo vincolante di neutralità climatica dell’UE al 2050, che si estende a ogni settore e a tutti i gas a effetto serra (non solo CO<sub>2</sub>), da realizzare senza nuovi vincoli nazionali, ma con misure collettive all’interno dell’Unione. Tali misure, per le quali si dispone una valutazione ed una eventuale revisione, sono gli impegni di riduzione e i *piani nazionali* già predisposti secondo il regolamento (UE) n. 2018/1999 sulla *governance* dell’Unione dell’energia e dell’azione per il clima, adottato in attuazione degli impegni assunti dall’Unione e dagli Stati membri sul piano internazionale<sup>8</sup>. Alla Commissione, competente a valutare la coerenza delle misure nazionali adottate, spetterà fissare la *traiettoria* di riduzione delle emissioni, da correggere ogni cinque anni a partire dal 2023, in linea con l’Accordo di Parigi<sup>9</sup>. Entro il 2021 è prevista la modifica dei regolamenti UE sul clima: dal mercato ETS all’efficienza energetica, dalle rinnovabili alle emissioni in agricoltura e trasporti. Sono individuate, infine, le tappe e i provvedimenti per conseguire le riduzioni supplementari previste al 2030 e fissare progressivamente un percorso realistico per gli obiettivi al 2050.

Oltre alla proposta della legge sul clima, in generale tutte le altre iniziative targate *Green Deal* convergeranno a disincentivare, attraverso tasse e aggravii fiscali, attività eco-dannose come la tassa europea sulla plastica non riciclata, l’aumento delle accise su carbone, petrolio e altre fonti fossili usate per produrre energia, i sussidi sui trasporti ecc. Saranno varate, inoltre, agevolazioni fiscali che incoraggeranno i progetti verdi per ridurre le emissioni inquinanti e favorire l’eco-sostenibilità di macrosettori quali la riconversione energetica, l’industria, l’edilizia, i trasporti, ricerca&innovazione, biodiversità.

---

<sup>7</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (UE) n. 2018/1999 (Legge europea sul clima), del 4 marzo 2020, COM(2020)80 final.

<sup>8</sup> Più in dettaglio, la norma prevede che entro settembre 2030 la Commissione riesaminerà sia i traguardi di riduzione delle emissioni del 40% fissati dall’UE in materia di clima per il 2030 (art. 2, par. 3) sia, entro il 2023, la coerenza e l’adeguatezza delle misure nazionali adottate sulla base dei “Piani nazionali per l’energia e il clima” (art. 6, par.1), entrambi redatti a norma del regolamento (UE) n. 2018/1999, del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 dicembre 2018, sulla *governance* dell’Unione dell’energia e dell’azione per il clima, adottato all’esito dell’Accordo di Parigi (v. nota 9). La Commissione sarà autorizzata a indirizzare raccomandazioni agli Stati membri i cui interventi non saranno coerenti con gli obiettivi UE, che saranno chiamati a predisporre e attuare strategie di adattamento per rafforzare la resilienza e ridurre la vulnerabilità agli effetti dei cambiamenti climatici, cfr. COM(2020)80 final.

<sup>9</sup> Accordo raggiunto nel dicembre 2015 nell’ambito della Convenzione quadro ONU sui cambiamenti climatici, firmato nell’aprile 2016 da 195 Paesi ed entrato in vigore, dopo la rapidissima ratifica di 184 Paesi, il 4 novembre 2016. Sancisce l’impegno a mantenere l’aumento delle temperature medie entro la fine del secolo al di sotto di 1,5° C e con un limite massimo di 2° C rispetto ai livelli preindustriali. Un rapido inquadramento è in M. FALCONE, *Accordo di Parigi sul clima. Pro e Contro del compromesso raggiunto dalla Cop21*, in *Sud in Europa*, 2016, p. 11 ss., e più diffusamente in P. B. LEWIS, G. COINU, *Climate Change, The Paris Agreement, and Subsidiarity*, in *The J. Marshall Law Review*, 2019, p. 257 ss.

Più in dettaglio, la transizione del sistema energetico rappresenta una parte essenziale del programma poiché la produzione e l'uso dell'energia generano oltre il 75% delle emissioni di gas serra-alteranti in Europa. Occorre aumentare l'efficienza energetica attraverso lo sviluppo delle fonti rinnovabili e rendere l'approvvigionamento energetico dell'UE sicuro ed economicamente accessibile per imprese e consumatori, nell'ambito di un mercato dell'energia integrato<sup>10</sup>.

Il settore industriale, con la fondamentale catena del valore e dell'occupazione, rappresenta una sfida particolarmente importante per gli obiettivi del *Green Deal*. La Commissione denuncia l'eccessiva lentezza nel processo di transizione dal modello lineare a quello circolare, evidenziando che i progressi raggiunti non sono ancora diffusi né uniformi e che questo settore contribuisce al 20% delle emissioni di gas serra dell'UE<sup>11</sup>. Rilevando il notevole potenziale offerto sia dai mercati mondiali (tecnologie a basse emissioni, prodotti e servizi sostenibili) che dall'economia circolare (per attività produttive e le nuove professionalità), il *Green Deal* intende adottare misure utili a sorreggere e accelerare la transizione dell'industria europea verso un modello eco-sostenibile di crescita inclusiva in grado di cogliere la grande opportunità che questo rappresenta per la crescita economica e l'occupazione. La Commissione intende rivedere, altresì, le linee guida sugli aiuti di Stato alle industrie energivore, per allineare queste regole al nuovo schema sul mercato ETS del carbonio per il periodo 2021-2030 e contribuire alla riduzione delle emissioni ad effetto serra<sup>12</sup>. Le decisioni e le azioni in questo settore andranno coordinate con quanto già previsto della recente riforma del pacchetto legislativo sull'economia circolare nella gestione dei rifiuti e sulle politiche per attività *resource-intensive* come il tessile, l'elettronica e le materie plastiche<sup>13</sup>.

Nel settore dell'edilizia il *Green Deal* intende sviluppare la normativa sulla prestazione energetica degli edifici e condurre nel 2020 una valutazione delle strategie nazionali di ristrutturazione a lungo termine per meglio orientarle ai nuovi obiettivi UE in materia di efficienza energetica. Si prevede, inoltre, di valutare la possibilità di includere le emissioni degli edifici negli scambi di quote di emissioni, riesaminare il regolamento sui prodotti da costruzione e adottare ulteriori agevolazioni fiscali in materia di ristrutturazioni edilizie.

Nel settore dei trasporti si punta a ridurre emissioni e inquinamento prodotti dai vettori, implementando la mobilità multimodale automatizzata, basata su sistemi intelligenti di gestione del traffico, e sulla diffusione di combustibili alternativi ai fossili. Nel 2021 si procederà alla revisione delle direttive sui trasporti e si formulerà una proposta di *standard* più stringenti per l'inquinamento atmosferico dei veicoli estendendo il sistema di scambio di quote di emissione al settore marittimo e riducendo gradualmente le quote gratuite assegnate alle compagnie aeree.

<sup>10</sup> In tema F. AMABILI, *L'energia sostenibile*, in R. GIUFFRIDA, F. AMABILI (a cura di), *op. cit.*, p. 368 ss.; F. DONATI, *La Commissione UE tra politica e regolazione dell'energia*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2018, p. 332 ss.

<sup>11</sup> Cfr. COM(2019)640 final, par. 2.1.3, p. 7.

<sup>12</sup> La Commissione ha anche proposto di rimuovere alcuni settori industriali "pesanti", tra cui alcune attività minerarie, dalla lista di quelli che possono ricevere compensazioni economiche per i costi che devono sopportare, a causa della loro inclusione nel mercato europeo del carbonio.

<sup>13</sup> Sull'economia circolare, da ultimo, F. MUNARI, *L'economia circolare e le nuove regole dell'Unione europea sui rifiuti*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 77 ss.

Particolare importanza è dedicata a “ricerca&innovazione”, settore trasversale e indispensabile per superare gli approcci tradizionali, implementare le tecnologie abilitanti già mature e svilupparne di nuove, in modo che divengano economicamente competitive e disponibili a livello globale. Le piccole e medie imprese (PMI) potranno contare su fondi, investimenti azionari e servizi di accelerazione d’impresa per perseguire innovazioni all’avanguardia.

Rinnovata attenzione riceve, non ultima, la tutela della biodiversità, in particolare nelle attività rurali, che rappresentano parte significativa della economia europea e che richiedono innovazione e investimenti. Entro il 2030 è prevista, in proposito, l’affermazione della strategia agro-alimentare “Farm to Fork”<sup>14</sup>.

**3.** Una strategia così ambiziosa, caratterizzata da molteplici obiettivi e direzioni, comporterà un notevole fabbisogno di investimenti e imporrà la riallocazione del capitale finanziario sia a livello europeo che nazionale. Con l’*European Green Deal Investment Plan* (EGDIP)<sup>15</sup>, la Commissione propone di dotare il *Green Deal* di un vasto programma di investimenti, che prevede la mobilitazione di oltre 1000 mld€ già nei prossimi dieci anni, attraverso una stretta sinergia tra investimenti pubblici e privati. In particolare, la Commissione ha suggerito di destinare il 25% del prossimo bilancio a lungo termine 2021-2027 ai finanziamenti per il clima con molteplici programmi quali Orizzonte Europa, fondo LIFE e fondi strutturali (Fondo di Coesione, FESR, FSE, FEAOG)<sup>16</sup>. Inoltre, il piano intende beneficiare dei contributi dei bilanci nazionali ai progetti UE, degli investimenti pubblici e privati mobilitati tramite *Invest-EU* e dei fondi ETS (Fondo per la modernizzazione e Fondo per l’innovazione).

Per garantire che la transizione avvenga in modo equo – tenendo conto delle preoccupazioni degli Stati membri, delle regioni, delle imprese e dei lavoratori più esposti e vulnerabili perché ancora fortemente dipendenti da attività ad alta intensità di carbonio – la Commissione propone, inoltre, di istituire il c.d. *Just Transition Mechanism* che, destinato a fornire un sostegno mirato, è articolato in tre fonti di finanziamento<sup>17</sup>. La prima è il *Fund Transition Mechanism*, al quale destinare circa 7,5 mld€ in aggiunta al bilancio UE a lungo termine e da integrare con risorse

---

<sup>14</sup> Con la strategia “Farm to Fork” il *Green Deal* mira a garantire la produzione ecosostenibile attenta a ogni passaggio della filiera alimentare e promuovere le produzioni di cibo a filiera corta. Sarà presentata nella primavera 2020 e contribuirà alla riduzione degli sprechi alimentari, che in UE corrisponde a un quinto delle derrate prodotte, al taglio dei costi per agricoltori, industrie e consumatori e consentirà di mitigare i cambiamenti climatici.

<sup>15</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 14 gennaio 2020, Piano di investimenti per un’Europa sostenibile, Piano di investimenti del Green Deal europeo COM(2020)21 final, altresì indicato come *Sustainable Europe Investment Plan* (SEIP).

<sup>16</sup> Più in dettaglio, la proposta di bilancio formulata dalla Commissione indica per gli obiettivi legati a clima e ambiente la soglia dell’1,11% del Pil, pari a 1134,6 mld€. Ipotizzando un calcolo su 10 anni e partendo dal presupposto che gli obiettivi climatici post 2027 saranno almeno mantenuti, si prevede che il bilancio a lungo termine metta a disposizione 503 mld€.

<sup>17</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il Fondo per una transizione giusta, del 14 gennaio 2020, COM(2020)22 final. Nelle intenzioni della Commissione, il Meccanismo per una transizione giusta non dovrebbe essere circoscritto ai finanziamenti: tramite questa piattaforma sarà offerta anche assistenza tecnica agli Stati membri e agli investitori, garantendo il coinvolgimento delle comunità interessate, delle autorità locali, dei partner sociali e delle organizzazioni non governative.

nazionali supplementari. In particolare, il Fondo garantirà le risorse necessarie ad agevolare gli investimenti per l'innovazione industriale, l'accesso a programmi di riqualificazione professionale e le opportunità lavorative in nuovi settori economici. Secondo le proiezioni della Commissione, a beneficiarne saranno soprattutto i Paesi dell'Est europeo, la cui economia dipende quasi esclusivamente da combustibili fossili. Accanto ad essi la Germania, unico Paese occidentale che ancora oggi dipende in buona parte dal carbone per la produzione di energia elettrica. Anche l'Italia potrà attingere a queste risorse, sebbene in misura limitata. Così come Francia e Spagna, infatti, l'Italia potrebbe ottenere circa 400 M€ (dei 7,5mld€), cui dovranno sommarsi i contributi nazionali supplementari. In ogni caso, per qualificarsi al sostegno finanziario, gli Stati membri dovranno presentare entro il 2021 piani per ristrutturare la propria economia e dettagliare i progetti di riconversione ambientale, ottenendo l'approvazione della Commissione.

La seconda fonte di finanziamento del *Just Transition Mechanism* sarà costituita dagli investimenti del programma *Invest-EU* (30% circa), destinati principalmente a incrementare crescita e occupazione<sup>18</sup>. La terza sarà uno strumento di prestito per il settore pubblico che aspira a mobilitare investimenti per circa 30 mld€. Questi due canali saranno attivati con il supporto della Banca europea per gli investimenti (BEI), rispetto alla quale va segnalata la svolta storica – da tempo auspicata da istituzioni e società civile e ufficializzata il 14 dicembre scorso – di divenire una “banca per il clima”. La BEI ha adottato, infatti, una strategia *fossil free* secondo cui, a partire dal 2021, non finanzia più i progetti legati a combustibili fossili (carbone, petrolio e gas naturale)<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Il programma *Invest-EU* è parte del pacchetto del bilancio a lungo termine dell'UE (QFP) 2021-2027, “Bilancio UE per il futuro”, cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 2 maggio 2018, Un bilancio moderno al servizio di un'Unione che protegge, che dà forza, che difende. Quadro finanziario pluriennale 2021-2027. COM(2018)321 final. Si tratta della rimodulazione del piano per attirare investimenti privati della Commissione europea, che nella legislatura precedente corrispondeva al c.d. Piano Juncker, dal nome dell'ex-Presidente dell'Esecutivo UE. È finalizzato a incoraggiare la partecipazione di investitori pubblici e privati a operazioni di finanziamento e investimento in settori strategici fornendo garanzie a titolo del bilancio dell'UE. Questo programma, che aspira a mobilitare circa 45 mld€, riunirà in un'unica entità il FEIS (Fondo europeo per gli investimenti strategici, istituito dopo la crisi finanziaria) e altri 13 strumenti finanziari che attualmente contribuiscono al piano di sostegno allo sviluppo all'interno dell'UE. Il 40% della dotazione finanziaria complessiva del programma *Invest-EU* è destinato alla realizzazione di obiettivi climatici.

<sup>19</sup> Secondo quanto ufficializzato il 14 novembre 2019, la nuova strategia *carbon free* della BEI (le cui principali aree di intervento sono innovazione, piccole imprese, clima e infrastrutture) prevede tre impegni-chiave: 1) sostenere 1000 mld€ di investimenti per l'ambiente e il clima nel decennio 2021-2030; 2) portare la quota di finanziamenti a tema ambientale almeno al 50% del totale, dal 2025 in poi; 3) allineare le proprie attività agli obiettivi dell'accordo di Parigi già entro la fine del 2020. Il Gruppo BEI è un *partner* importante della Commissione europea. La sua partecipazione al meccanismo per una transizione giusta si esplica in due modi: 1) è il principale partner finanziatore, con una quota pari al 75% della garanzia, a sostegno di *Invest-EU*, la struttura portante del piano di investimenti del *Green Deal* europeo; 2) contribuisce a uno strumento di prestito per il settore pubblico destinato a sostenere le autorità nazionali e regionali con prestiti a tasso agevolato. Sommando il contributo del bilancio UE al prestito della BEI, lo strumento di prestito per il settore pubblico potrebbe mobilitare fino a 30 mld€ nel periodo 2021-2027. *Informazioni reperibili online* su [www.eib.org/en](http://www.eib.org/en).

A fronte delle proiezioni e delle proposte avanzate dalla Commissione, la cifra reale della copertura finanziaria sarà stabilita dal bilancio pluriennale dell'UE per il periodo compreso fra il 2021 e il 2027, in discussione in questi mesi<sup>20</sup>.

Il piano dalla Commissione è molto ambizioso ed anche ben articolato nella copertura finanziaria<sup>21</sup>. L'esito del Consiglio europeo straordinario del 20 febbraio 2020, tuttavia, ha registrato un profondo disaccordo tra i capi di Stato e di governo degli Stati membri, lasciando presagire un percorso decisamente in salita. Ed anche quando si troverà un accordo sull'ammontare degli stanziamenti – possibilmente non al ribasso, come auspicato dal nostro Paese – ci saranno ulteriori e complessi nodi da sciogliere. Solo per la gestione del *Just Transition Fund* bisognerà, infatti, confermare le risorse e i criteri di eleggibilità dei territori beneficiari, decidere se finanziare solo le PMI o anche le grandi imprese, fissare le eventuali condizionalità. Rispetto ai progetti, inoltre, occorrerà definire come monitorare la sostenibilità degli investimenti finanziati e garantire che vi sia un numero sufficiente di progetti di alta qualità. Anche per il ricorso al fondo *Invest-Eu* saranno da chiarire le modalità di gestione, che dipenderanno dalla domanda e dalla riserva di progetti, nonché dalla capacità di assorbimento delle regioni interessate.

Per il momento è comunque prioritario attendere l'entità della dotazione del *Green Deal* dal bilancio pluriennale, che sarà definita nel 2021, ben consapevoli che oltre ad essa sarà decisiva la capacità delle istituzioni di rinnovare il quadro normativo creando condizioni favorevoli per un coinvolgimento crescente del capitale privato in aggiunta a quello stanziato.

Inoltre, bisognerà supportare gli investitori e rendere più attraenti possibili le strategie sostenibili con l'innovazione e la creazione di nuove competenze, affinché si possano cogliere tutti i vantaggi economici della transizione, mettendo al sicuro capitali e profitti. Questa operazione, forse ancor più complessa della definizione della dotazione di bilancio, consentirà di avversare, nei fatti, le posizioni di chi, screditando l'impegno europeo verso la sostenibilità, ritiene il *Green Deal* europeo “una colossale operazione di *green washing*” che intende preservare l'economia esistente<sup>22</sup>. Tale giudizio appare legato alla scarsa mobilitazione di capitale “nuovo” poiché, in sostanza, la maggior parte del *budget* previsto dal *Green Deal* attinge a fondi pubblici esistenti e “promette” di mobilitare maggiori investimenti privati nel corso degli anni. Fortunatamente, i dati recenti mostrano un *trend* positivo verso le rinnovabili e la crescita degli investimenti per obiettivi ambientali, confermando la

---

<sup>20</sup> I capi di Stato e di governo dell'UE hanno avviato la discussione sul bilancio a lungo termine dell'UE per il periodo 2021-2027 durante la riunione straordinaria del Consiglio europeo del 20 febbraio 2020. Per il momento, tuttavia, si registra una situazione di stallo con la bocciatura della bozza presentata dal Presidente Michel, pari a circa 1.100 mld€, l'1,074% del Pil UE e la definizione di un asse dei c.d. “Paesi frugali” (Austria, Danimarca, Svezia e Olanda) per non superare la soglia dell'1% del Pil dei 27 Paesi. Questi quattro Paesi puntano a ridurre le risorse per le politiche tradizionali (agricoltura e coesione) a vantaggio di quelle che considerano le nuove priorità europee, in netta opposizione con l'orientamento dell'Italia e di un gruppo di una quindicina di Paesi tra cui Grecia, Portogallo, Cipro, Spagna e i baltici, che avversano compromessi al ribasso.

<sup>21</sup> Soprattutto se paragonato all'equivalente “Green New Deal” americano, presentato a febbraio 2019 al Congresso dalla giovane deputata Ocasio Cortez, bocciato dal Senato (a maggioranza trumpiana) perché tanto ambizioso negli obiettivi quanto vago nella struttura finanziaria.

<sup>22</sup> Y. VAROUFAKIS, D. ADLER, *The EU's Green Deal Is a Colossal Exercise in Greenwashing*, in *The Guardian*, 7 febbraio 2020, reperibile su [www.theguardian.com](http://www.theguardian.com).

direzione corretta imboccata dalla Commissione e promuovendo la fiducia in tale promessa<sup>23</sup>.

4. La sinergia tra gli strumenti normativi e finanziari determinerà la capacità del *Green Deal* di realizzare la componente sociale della transizione, integrando il relativo processo nell'economia sociale di mercato europea, che coniuga equità sociale, sostenibilità e crescita economica<sup>24</sup>. Come affermato dalla Presidente von der Leyen, “al centro del *Green Deal* ci sono le persone” e anche la Commissione ha affermato che “il pilastro europeo dei diritti sociali guiderà gli interventi per garantire che nessuno sia escluso da questo processo”.

È indubbio, del resto, che la transizione sarà efficace solo se realizzata in modo equo e inclusivo, specie nei confronti dei gruppi più vulnerabili, che non sono solo quelli maggiormente esposti agli effetti nocivi dei cambiamenti climatici e del degrado ambientale, ma anche quelli colpiti dalle trasformazioni economiche in atto. Le modifiche strutturali dei modelli d'impresa, delle competenze richieste e dei relativi prezzi avranno inevitabili ripercussioni sui cittadini-lavoratori a seconda della situazione sociale e geografica di partenza, rispetto alla quale occorrerà modulare gli interventi di sostegno<sup>25</sup>. Con questo proposito, la Commissione ha presentato il 14 gennaio 2020 una comunicazione sulla costruzione di *Un'Europa sociale forte per transizioni giuste* che, prendendo atto dei cambiamenti in corso, definisce le modalità con cui la politica sociale potrà rispondere alle sfide attuali, annuncia per il 2021 un piano d'azione dedicato e avvia una consultazione delle parti sociali (imprese e sindacati) su interventi a tutti i livelli nel settore dell'occupazione e dei diritti sociali (tra cui retribuzione e parità di genere)<sup>26</sup>.

Tutte le iniziative programmate sono in linea con il quadro generale del *Green Deal* e accomunate dall'obiettivo dell'equità sociale, che costituisce il denominatore comune per rendere la società in grado di cogliere le opportunità della transizione “senza lasciare indietro nessuno”, conciliando, cioè, i cambiamenti del sistema produttivo con gli aggiustamenti dei sistemi del *welfare*, del mercato del lavoro e della formazione. Per garantire pari opportunità e più occupazione, a fronte di modelli di lavoro flessibili e in costante evoluzione, si intende valorizzare lo spazio europeo dell'istruzione e della formazione di alta qualità che, fondamentali per le competenze, consentono di spezzare il circolo vizioso dello scarso rendimento. Con altre misure si sosterranno, poi, la mobilità professionale e la riconversione economica, indispensabili per accrescere le opportunità occupazionali.

<sup>23</sup> Per i dati v. Rapporto Eurostat, *Europe 2020 indicators - climate change and energy*, 2019, reperibile online. Si veda F. MUNARI, *Do Environmental Rules and Standards Affect Firms' Competitive Ability?*, in *European Papers*, 2019, n. 1, pp. 207-224, per un commento su come la legislazione ambientale dell'UE basata sull'obbligo di rispettare più elevati *standard* ambientali abbia migliorato la competitività delle imprese dell'UE nei mercati globali.

<sup>24</sup> Sul tema D. DIVERIO, *Il ruolo degli Stati nella definizione del modello sociale europeo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 515 ss.; M. FAIOLI, *Sul significato sociale dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 18; E. TRIGGIANI, *op. cit.*, p. 181 ss. e bibliografia *ivi* citata.

<sup>25</sup> Così COM(2019)640 final, par. 2.2.1, p. 18.

<sup>26</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, e al Comitato delle regioni, del 14 gennaio 2020, *Un'Europa sociale forte per transizioni giuste*, COM(2020)14 final.

In questa direzione risulta efficace la sinergia tra economia sociale ed economia circolare. Quest'ultima – entrata a pieno titolo nel campo dello sviluppo sostenibile perché artefice di un ripensamento globale dei sistemi di produzione e consumo – promuove un modello economico in cui la migliore gestione delle risorse consente alle imprese di ottenere vantaggi competitivi e di offrire maggiore occupazione. La centralità dell'individuo, la solidarietà e l'innovazione (nei processi produttivi e cooperativi) sono gli elementi comuni all'economia sociale e circolare, indispensabili per garantire l'equilibrio delle tre dimensioni – ambientale, economica e sociale – che alimentano i processi di sviluppo sostenibile<sup>27</sup>.

Per valorizzare questa sinergia, il *Green Deal* proporrà entro i primi mesi del 2020 una “strategia industriale dell'UE” e un nuovo “piano d'azione per l'economia circolare”, al fine di favorire la riconversione economica e accrescerne le opportunità a livello europeo e mondiale.

5. Guardando più in generale alla strategia presentata dal nuovo esecutivo europeo, la prospettiva “ambientale” adottata dal *Green Deal* appare innovativa nella misura in cui, pur con la cautela dovuta all'attesa della fase attuativa, sembra in grado di attrarre e coinvolgere i cittadini UE su temi di grande complessità, facendo leva sulla comune preoccupazione per il degrado ambientale. Se ne apprezza, infatti, la portata comunicativa, che favorisce il riavvicinamento dei cittadini alle istituzioni europee nel tentativo di ridurre la disaffezione crescente registrata negli ultimi anni<sup>28</sup>.

La Commissione è d'altronde consapevole della complessità della sfida globale che la attende e della responsabilità di cui è investita. Per questo, nel programma di lavoro del 29 gennaio 2020 essa ha evidenziato con forza che la salvaguardia del clima e dell'ambiente costituisce una responsabilità collettiva, non più facoltativa e non più rinviabile, ed ha sollecitato tutti gli Stati, le istituzioni, i soggetti pubblici e privati a divenire parte attiva al cambiamento. A tal fine, assieme alla proposta di regolamento per il clima presentata il 4 marzo scorso, la Commissione ha avviato una consultazione pubblica per un “patto sul clima” che intende coinvolgere cittadini, comunità locali, società civile, imprese e portatori di interessi nella progettazione di nuove azioni per il clima, scambiando informazioni e illustrando soluzioni condivise<sup>29</sup>.

Sul piano politico pesa, però, la frattura interna creata dalla Polonia che, discostandosi dal favore unanime espresso sul *Green Deal* dagli altri Stati membri nel Consiglio europeo dell'11 dicembre 2019, non ha aderito agli obiettivi di neutralità climatica al 2050 per l'eccessiva onerosità della transizione sul proprio sistema economico. La scelta della Polonia, che pure sarebbe la maggiore beneficiaria del

---

<sup>27</sup> Più diffusamente CIRIEC-International, *Sviluppi recenti dell'economia sociale nell'Unione europea*, 2016, CSS712/2016/23406, reperibile *online*.

<sup>28</sup> Il sondaggio Eurobarometro della primavera 2019 sulla posizione dei cittadini UE in materia ambientale, reperibile *online*, conferma l'ampio sostegno pubblico a una legislazione ambientale a livello UE e al finanziamento da parte dell'UE di attività ecocompatibili. Secondo i dati raccolti, la maggioranza degli europei ritiene che la protezione ambientale sia importante (95%) e quasi 8 su 10 (77%) affermano che la protezione dell'ambiente può stimolare la crescita economica.

<sup>29</sup> La consultazione pubblica resterà aperta per 12 settimane. I contributi saranno utilizzati per definire il patto per il clima che sarà varato prima della conferenza ONU sui cambiamenti climatici in programma a Glasgow nel 2020 (COP26).

Fondo per una transizione equa e non dovrebbe versare contributi nazionali, è all'apice delle diffidenze manifestate da molti dei Paesi dell'Est europeo ed è il riflesso di quanto la questione sia controversa per via delle molteplici valenze sociali ed economiche. Vero è, ripercorrendo le tappe precedenti, che il Governo di Varsavia ha sempre avversato gli accordi sul clima, avvalendosi dell'appoggio di numerosi altri Membri, tra i quali spesso la Germania. In ogni caso, allo stato attuale, la Polonia ha rimandato la propria decisione al Vertice europeo di giugno 2020, in occasione del quale potrebbe scegliere di usufruire della clausola di *opting out*, che le consentirebbe di raggiungere gli obiettivi climatici in tempi diversi<sup>30</sup>.

Se si plaude alla scelta – inaspettata – del Consiglio europeo di andare avanti a maggioranza, nonostante l'accordo sul clima comunque prevedesse l'approvazione all'unanimità, spiace rilevare come l'UE sia divisa su scelte strategiche cruciali per il proprio futuro e che, proprio pochi giorni dopo la Brexit, abbia dovuto ricorrere nuovamente alla clausola di *opting out* per evitare una situazione di stallo generale. In ogni caso, le resistenze della Polonia sono indicative delle difficoltà che incontrerà la realizzazione del *Green Deal*. La complessità e la molteplicità degli impegni richiesti, per non considerare il lungo periodo di attuazione, potrebbero indurre gli Stati con maggiori riserve a stabilire in autonomia le politiche climatiche nazionali, rifiutandosi di applicare le più impegnative ed ambiziose misure europee.

6. In un contesto ancora caratterizzato da numerose incertezze, conforta che l'Italia, inizialmente titubante, si sia unita alla maggioranza dei Paesi virtuosi sul fronte della decarbonizzazione<sup>31</sup>. Dopo la Germania, l'Italia è il principale Paese manifatturiero dell'UE e il suo peso “energetico” influisce sulle scelte complessive di settore nel contesto europeo.

Le misure con cui l'Italia intende allinearsi agli obiettivi *green* dell'UE sono elaborate nel *Piano nazionale integrato per l'energia e il clima* (Pniec) che, presentato nella versione definitiva a dicembre 2019, stabilisce gli obiettivi nazionali al 2030 sull'efficienza energetica, sulle fonti rinnovabili e sulla riduzione delle emissioni climalteranti<sup>32</sup>. Il Pniec punta, complessivamente, alla riduzione del 33% delle emissioni climalteranti prodotte su base nazionale, nella percentuale indicata all'Italia dalla Commissione in attuazione dell'Accordo di Parigi, per la transizione verso un'economia a impatto climatico zero entro il 2050<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> La Polonia produce il 10% delle emissioni totali dell'UE. Una rapida decarbonizzazione rischierebbe di frenare la crescita registrata negli ultimi anni. Per questo motivo, prima di aderire al *Green Deal*, reclama maggiori garanzie sulla copertura finanziaria della transizione ecologica delle proprie industrie.

<sup>31</sup> Il riferimento è all'assenza dell'Italia dal gruppo dei Paesi firmatari di un *non-paper* su “Il Clima per il futuro dell'Europa”, all'esito della riunione del Consiglio europeo di Sibiu del 9 maggio 2019, in merito a un confronto sulla futura Agenda strategica dell'UE per il periodo 2019-2024.

<sup>32</sup> Il Pniec, predisposto dai Ministeri dello sviluppo economico, dell'ambiente e dei trasporti è stato inviato alla Commissione in attuazione del regolamento 2018/1999. Il Piano opera secondo 5 linee di intervento (decarbonizzazione; efficienza; sicurezza energetica; sviluppo del mercato interno dell'energia; ricerca, innovazione e competitività) che si svilupperanno in maniera integrata a partire dal 2020 con i decreti legislativi di recepimento delle direttive europee, al fine di garantire la diminuzione del 56% di emissioni nel settore della grande industria, del 35% nel terziario e trasporti, oltre ad una serie di obiettivi sul consumo energetico. Il Pniec fissa anche *target* da raggiungere in tema di sicurezza energetica, interconnessioni, mercato unico dell'energia e competitività, sviluppo e mobilità sostenibile.

<sup>33</sup> L'Italia ha firmato l'Accordo il 22 aprile 2016 e lo ha ratificato l'11 novembre 2016.

Rispetto alla bozza inviata un anno fa alla Commissione europea, questa versione conferma i *target* sull'efficienza energetica e sulle emissioni di gas serra, compie qualche passo avanti negli obiettivi al 2030 per il ricorso alle energie rinnovabili e recepisce le novità contenute nel d.l. sul clima<sup>34</sup> nonché quelle sugli investimenti sostenibili previste nella legge di bilancio 2020<sup>35</sup>. Con quest'ultima il Governo ha stanziato oltre 33 mld€, in 15 anni, ma di immediata programmazione. A queste risorse si aggiungono quelle derivanti dall'emissione di obbligazioni e titoli di Stato *green* per finanziare investimenti a favore di clima e ambiente.

Pur nella versione aggiornata, il Pniec mostra che gli sforzi nazionali si limitano a supportare l'obiettivo previsto dalla normativa vigente, senza uno "slancio d'ambizione" che consenta di allinearsi ai *target* più elevati proposti dal *Green Deal*<sup>36</sup>. Anche il *Brown to Green Report 2019* – la più completa revisione sull'azione climatica del G20 – prendendo in esame i recenti sviluppi delle politiche climatiche ed energetiche nel nostro Paese, ha ritenuto inadeguate le misure adottate, pur rilevando un elevato potenziale di mitigazione nel nostro sistema normativo-economico-industriale<sup>37</sup>. Replicando a tali obiezioni, il Governo ha eccepito che il piano, per il momento in linea con gli *standard* fissati dalla (precedente) Commissione Junker per il 2030, è un documento *in progress*, suscettibile di ulteriori modifiche al rialzo per allinearsi alle indicazioni dell'Esecutivo UE.

Indubbiamente l'*European Green Deal Investment Plan* potrebbe rappresentare per l'Italia un'ottima opportunità per implementare le iniziative ambientali e, al contempo, rilanciare lo sviluppo in termini di innovazione tecnologica, investimenti e nuova occupazione. Secondo le previsioni della Commissione, in base ai criteri di accesso (ancora da confermare) per il *Just Transition Fund*<sup>38</sup>, l'Italia, come già detto, potrebbe beneficiare di circa 360 mld€ dei 7,5 complessivi<sup>39</sup>. Anche in assenza

<sup>34</sup> Decreto-legge 14 ottobre 2019, n. 111, Misure urgenti per il rispetto degli obblighi previsti dalla direttiva 2008/50/CE sulla qualità dell'aria e proroga del termine di cui all'art. 48, commi 11 e 13, del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229.

<sup>35</sup> Legge n. 160 del 27 dicembre 2019, in vigore dal 1° gennaio 2020, collegata al d.l. 26 ottobre 2019, n. 124, coordinato con la legge di conversione 19 dicembre 2019, n. 157, recante Disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili (decreto fiscale 2020). Tra le misure adottate è la proroga delle detrazioni previste per la riqualificazione energetica, l'introduzione da parte del decreto fiscale di agevolazioni per le ristrutturazioni edilizie, misure di *green mobility* per la dotazione degli autoveicoli della P.A. e l'aumento delle accise sul carburante, mentre è stata rinviata la *plastic-tax*.

<sup>36</sup> L. ATERINI, *Ecco il Pniec: cambia il Governo, ma il Piano nazionale clima ed energia rimane lo stesso*, 22 gennaio 2020, *Greenreport.it*.

<sup>37</sup> Pubblicato da *Climate Transparency*, è la più completa revisione al mondo sull'azione climatica dei Paesi del G20 (le cui economie, da sole, sono responsabili dell'80% delle emissioni mondiali di gas serra), e fornisce informazioni su azioni di mitigazione, finanziamento e adattamento. Redatto da 14 ONG, esso prende in esame 80 indicatori che riguardano decarbonizzazione, politiche climatiche, finanza e vulnerabilità agli impatti dei cambiamenti climatici e la loro sintesi fornisce una panoramica completa su come tutti i Paesi del G20 stiano o meno attuando la transizione verso un'economia a emissioni zero. Il rapporto, basato sui dati al 2018, è reperibile sul sito [www.climate-transparency.org](http://www.climate-transparency.org).

<sup>38</sup> I criteri di eleggibilità, in attesa del via libera della Commissione, sono: 1) l'intensità delle emissioni di gas serra del settore industriale a livello regionale; 2) l'intensità delle emissioni e il livello di inquinamento devono essere almeno due volte superiore rispetto alla media europea. Questo dato va legato anche al numero di addetti nell'industria in queste aree; 3) il numero di addetti per l'estrazione di carbone e lignite; 4) produzione di torba; 5) produzione di *shale oil*.

<sup>39</sup> L'Italia dovrà comunque versare circa 900 M€ per alimentare il Fondo, in quanto contributore netto del bilancio europeo (come Francia e Germania). Alla Germania dovrebbero andare 877 M€ a fronte di un contributo di circa 1,5 mld€. La Francia, invece, dovrebbe ricevere circa 402 M€ dal Fondo, che

di una lista ufficiale, sono quattro le regioni che attingerebbero al fondo in base ai parametri individuati (anche se probabilmente saranno gli Stati membri a decidere quali regioni sostenere). Al Nord, esse sarebbero Lombardia e Piemonte, interessate da un processo di riconversione industriale e gravate da un livello di inquinamento al di sopra della media europea. Al Sud, avremmo Puglia e Sardegna, che sono le regioni italiane con il numero maggiore di addetti in attività legate al carbone e che registrano un'elevata casistica di decessi prematuri dovute all'inquinamento atmosferico. Una parte dei fondi potrebbe essere utilizzata per l'ex ILVA e per le zone carbonifere del Sulcis-Iglesiente in Sardegna, l'ultima miniera di carbone in Italia, che dovrebbe essere chiusa gradualmente entro il 2025<sup>40</sup>, stante l'intenzione della Commissione di allentare le stringenti regole sugli aiuti di Stato per consentire di intervenire con fondi pubblici a favore di ammodernamento e riconversione "verde" delle aziende strategiche<sup>41</sup>.

Va ricordato, tuttavia, che il sostegno sarà subordinato all'approvazione di piani di transizione territoriale che prevedano iniziative adeguate, preparate e supportate tecnicamente non solo del governo, ma delle regioni, dai comuni e delle imprese<sup>42</sup>.

7. Più complessa risulta la situazione a livello internazionale, considerato che l'UE è responsabile solo del 9% delle emissioni globali e, pertanto, non bastano gli impegni, pur ambiziosi, da essa assunti sul piano interno. L'Unione dovrà prodigarsi anche sul fronte internazionale per attivare un processo multilaterale che coinvolga tutti i grandi emettitori (Cina e USA in particolare, le cui economie sono responsabili per circa il 45% delle emissioni nocive), in modo da rilanciare il dialogo sul clima e intensificare gli sforzi collettivi per la sostenibilità.

Questo impegno riguarderà più fronti. Da un lato, c'è il percorso intrapreso nell'ambito della Convenzione quadro ONU sui cambiamenti climatici (UNFCCC)<sup>43</sup>, le cui Parti contraenti manifestano, da tempo, un'apparente disponibilità all'assunzione di impegni vincolanti di riduzione dei gas serra, rimandandone però la definizione concreta. Solo con l'Accordo di Parigi del 2015 (COP21), come noto, si è superata la pericolosa *impasse* in cui si erano arenati i negoziati sul clima, sebbene con risultati meno incisivi di quelli attesi poiché si è optato per la discrezionalità nazionale nella definizione degli impegni di riduzione, posticipando la presentazione dei piani nazionali al 2020 e la rendicontazione al 2023. Anche l'ultima Conferenza delle Parti di Madrid del dicembre 2019 (COP25), cruciale per la defi-

---

alimenterebbe con 1,1 mld€. Diverso sarebbe per la Polonia che, sollevata da obblighi di contribuzione, potrebbe beneficiare di 2 mld€ anche se, con la attuale opposizione in Consiglio europeo, punta ad un contributo maggiore.

<sup>40</sup> Come scrive la Commissione nei *Country Report* pubblicati il 25 febbraio scorso: "L'area del Sulcis è già caratterizzata da un'alta percentuale di abitanti anziani e disoccupazione giovanile (35%), pochi laureati, basso reddito pro-capite e una generale bassa qualità della vita. Ciò pone sfide legate alla transizione e al bisogno di investimenti. Il nuovo Fondo europeo dovrebbe quindi concentrarsi su rigenerazione e bonifica dei siti inquinati, economia circolare, PMI e *start-up*, ma anche su politiche di formazione e inclusione sociale".

<sup>41</sup> Cfr. COM(2019)640 final, par. 2.2.

<sup>42</sup> Per migliorare l'*expertise* nazionale sarà istituita entro il 2021, presso il Ministero dell'ambiente, una commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte per la transizione ecologica nonché la individuazione e riduzione di sussidi dannosi per l'ambiente. Cfr. COM(2019)640 final, par. 2.2, p. 20.

<sup>43</sup> Firmata in occasione del Vertice mondiale ONU su ambiente e sviluppo di Rio de Janeiro del 1992 per contrastare il cambiamento climatico e contenere le emissioni nocive.

nizione di questioni ancora aperte tra cui il finanziamento delle azioni in favore del clima, si è risolta in un nulla di fatto, disattendendo le aspettative. Tra i punti cruciali portati a Madrid era l'art. 6 dell'Accordo di Parigi, che prevede di definire nuove regole internazionali per scambiare quote di carbonio con meccanismi di mercato, in modo da raggiungere una riduzione netta complessiva di emissioni. L'auspicio era di avviare il mercato globale del carbonio, ancora fermo alla linea di partenza, dal quale dipende in buona parte la capacità dell'Accordo di Parigi di avviare una più rapida de-carbonizzazione delle economie in tutto il mondo<sup>44</sup>. Deludenti sono stati anche gli impegni per il supporto dei Paesi più poveri nella riduzione delle emissioni e le proposte su quanto investire in economia verde.

In questa rischiosa e perdurante situazione di stallo, l'UE intende assumere, in maniera ancora più incisiva, un ruolo di guida nei negoziati internazionali in vista della prossima COP26 di Glasgow. Per evitare un altro insuccesso, tuttavia, l'Unione dovrà intensificare la c.d. "diplomazia del *Green Deal*" al fine di persuadere gli attori internazionali ad assumere concordemente obiettivi più ambiziosi<sup>45</sup>. Difatti, se dovessero persistere livelli diversi di impegno su scala mondiale ci sarebbe, non solo, il rischio di una rilocalizzazione delle emissioni di carbonio<sup>46</sup>, con un ingente danno per l'economia europea, ma soprattutto verrebbero vanificati gli sforzi dell'UE e delle sue industrie per conseguire gli obiettivi climatici, che richiedono un intervento globale.

Decisivi saranno, allora, su altro fronte, gli equilibri che l'UE saprà trovare con (e tra) gli Stati Uniti, i quali con Trump si sono sottratti agli impegni di Parigi<sup>47</sup>, e la Cina, che non accetta la riduzione del tasso di crescita nazionale quale conseguenza dell'adeguamento. Queste pericolose, seppur diverse, spinte sovraniste rendono precari gli equilibri internazionali affidati al ruolo dell'ONU e delle istituzioni multilaterali ed inclusive, e favoriscono approcci unilaterali su problematiche di natura globale come il cambiamento climatico. Le scelte dell'attuale amministrazione americana – non solo sul clima, ma anche per le politiche commerciali e i rapporti internazionali – sembrano intenzionate a minare qualsiasi tentativo di perseguire la via del multilateralismo (non solo sul clima), destabilizzando le dinamiche preesi-

---

<sup>44</sup> Il rapporto diffuso dal Programma ambientale delle Nazioni Unite (UNEP) alla vigilia della COP25, ha rilevato che le emissioni di anidride carbonica responsabili delle alterazioni climatiche, anziché ridursi, continuano a salire, toccando concentrazioni record nell'atmosfera e ha rilanciato lo stesso avvertimento del 2018 (prima della COP24 in Polonia), sulla necessità di tagliare velocemente le emissioni inquinanti.

<sup>45</sup> Cfr. COM(2019)640 final., par. 3, p. 22.

<sup>46</sup> Per arginare questo rischio, contestualmente alla presentazione della proposta di regolamento per il clima del 4 marzo 2020, la Commissione ha avviato i lavori per istituire un meccanismo di adeguamento di carbonio alle frontiere, la *carbon border tax*, un dazio correlato al contenuto di CO<sub>2</sub> dei prodotti fabbricati in Paesi extra-UE che non rispettano gli *standard* ambientali dell'UE. Cfr. COM(2019)640 final., p. 5.

<sup>47</sup> L'atteggiamento degli USA nei confronti degli impegni di mitigazione nell'ambito della UNFCCC è da tempo incostante. Tutti i progressi compiuti con le presidenze Clinton e Obama sono stati vanificati dai loro successori: da Bush, che nel 2001 ha ritirato l'adesione USA al Protocollo di Kyoto ritardandone l'entrata in vigore e attenuandone l'efficacia, e da Trump, che si è sottratto all'Accordo di Parigi (promosso proprio da Obama), dannoso per l'economia USA, poiché pone le imprese in condizioni di svantaggio nella competizione con altre economie forti come la Cina, peraltro responsabili di maggiori percentuali inquinanti.

stenti tra gli attori internazionali e, in una sorta di effetto domino, tutti i modelli di *governance* applicati fino ad ora.

Nel tentativo di rinsaldare il partenariato sul clima con la Cina prima del vertice di Glasgow 2020, l'UE ha programmato due *summit* a Lipsia e a Pechino, con la speranza che l'effetto economico indiretto provocato dalla recente grave pandemia (che ha determinato un taglio sostanziale delle emissioni nocive e il conseguente miglioramento della qualità dell'aria), favorisca una rinnovata riflessione e una ragionevole mediazione<sup>48</sup>.

Perseguendo l'obiettivo di divenire capofila dell'azione internazionale per il clima, l'UE intende, inoltre, consolidare i rapporti con l'Africa mantenendo l'impegno a favore di una maggiore diffusione e di scambi più ampi dell'energia pulita e sostenibile per colmare le lacune ivi esistenti in termini di accesso all'energia, garantendo, al contempo, la riduzione delle emissioni di gas serra. Tra l'altro, l'UE avvierà l'iniziativa *NaturAfrica* per contrastare la perdita di biodiversità tramite la creazione di una rete di aree protette, che offriranno opportunità lavorative nei settori verdi alle popolazioni locali<sup>49</sup>.

L'UE intende instaurare, altresì, alleanze “verdi” con il vicinato meridionale e il partenariato orientale per l'adozione di misure coordinate, nonché con Paesi e regioni *partner* – in particolare l'America latina, i Caraibi, l'Asia e il Pacifico – sulle questioni trasversali legate a clima e ambiente. Temi principali sono l'abolizione globale delle sovvenzioni ai combustibili fossili in linea con gli impegni del G20 e la progressiva eliminazione dei finanziamenti concessi alle relative infrastrutture dalle istituzioni multilaterali; il rafforzamento dei finanziamenti sostenibili; il blocco graduale della costruzione di nuove centrali a carbone e le misure per ridurre le emissioni di metano. L'Unione prevede anche di intensificare i negoziati di adesione con Macedonia del Nord e Albania puntando al rafforzamento del quadro degli investimenti per il sostegno all'azione ambientale.

L'auspicio, in un panorama internazionale tanto ampio quanto complesso, è che l'Unione europea, rafforzando il proprio ruolo geopolitico, sappia superare gli ostacoli e creare un consenso sempre più ampio per attivare gli strumenti indispensabili per una transizione ecologica efficace.

**8.** L'incertezza dell'attuale scenario internazionale offre all'UE l'occasione di assumere un ruolo-guida nella transizione ecologica globale, purché si dimostri in grado di tracciare percorsi di sostenibilità condivisi e di mediare tra posizioni profondamente distanti. Per riuscirci, però, l'Unione dovrà prima consolidare sul piano interno la strategia appena varata. Sebbene le basi del *Green Deal* appaiano solide e ben piantate nell'esperienza pluriennale europea della lotta al cambiamento climatico, la strada del nuovo piano verde si presenta tortuosa a causa delle numerose variabili legate alla sua riuscita.

In primo luogo, vi sono le divergenze interne, che pesano non solo perché mostrano una UE indebolita e divisa su scelte cruciali per il proprio futuro, ma anche

<sup>48</sup> A causa della pandemia da Coronavirus iniziata a dicembre 2019 in Cina, le fabbriche locali hanno lavorato al 30% della loro operatività e il traffico è drasticamente ridotto. Si è registrato un abbattimento delle emissioni inquinanti di oltre 100 milioni di tonnellate metriche (paragonabili alla quantità di emissioni generata dal Cile in un anno).

<sup>49</sup> Cfr. COM(2019)640 final, par. 3, p. 23.

perché il perdurante contrasto tra gli Stati membri potrebbe rallentare e ostacolare l'iter legislativo delle numerose proposte pianificate dal *Green Deal*, determinando un compromesso al ribasso rispetto agli obiettivi previsti e la rischiosa dilatazione dei tempi di attuazione.

Ulteriore variabile si ravvisa nella natura multidimensionale del *Green Deal*, che rappresenta al contempo un punto di forza, acclarata ormai l'esigenza di interventi integrati in settori diversi ma interconnessi, e una debolezza, per la difficoltà di coordinare la complessa molteplicità degli impegni richiesti.

Un altro aspetto critico – almeno per il momento – riguarda la copertura finanziaria del *Green Deal*, perché la riuscita del piano dipenderà anche dall'entità dello sforzo economico che si riuscirà a concordare nel quadro del bilancio pluriennale 2021-2027 (e poi per i periodi successivi).

L'unica certezza, allora, è che il cambiamento climatico e il degrado ambientale hanno reso improrogabile il processo di transizione verso una economia e una società eco-sostenibili e la strategia promossa dal *Green Deal*, pur in attesa delle misure attuative, sembra lo strumento idoneo per realizzare questo cambio di rotta. Esso dipenderà da come verranno declinati gli strumenti, i tempi e le tecnologie ed un primo bilancio si potrà fare solo con i *target* al 2030.

La proposta di regolamento sul clima, appena presentata, sarà il primo banco di prova dei governi, ma ha già suscitato diverse critiche. Al merito di aver trasformato un obiettivo politico in un obiettivo vincolante<sup>50</sup> viene contrapposta la mancanza di *target* e controlli intermedi (almeno al 2030 e al 2040) e l'assenza di vincoli nazionali ulteriori rispetto a quelli fissati dai *iani nazionali* e dalle misure collettive di riduzione di cui al citato regolamento 2018/1999<sup>51</sup>. Occorrerà attendere l'esito della procedura legislativa per comprendere appieno la portata di questa disciplina ma, per ora, il rimando a tali misure nonché il rinvio previsto per eventuali revisioni sembrano impedire un passo giuridicamente stringente per l'incremento immediato delle azioni di mitigazione. In tal modo si perderebbe, forse, l'occasione di utilizzare appieno lo strumento giuridico del regolamento, che sembra assumere, a tratti, la contraddittoria valenza di una dichiarazione programmatica. Esso, infatti, si rivolge principalmente alla Commissione – rispetto alla quale definisce i ritmi per la valutazione, il monitoraggio e la revisione delle misure già intraprese – piuttosto che agli Stati membri, sicché appare anche difficile immaginare la possibilità di sanzionare i Paesi non virtuosamente impegnati nel realizzare gli impegni assunti.

Le tempistiche e gli strumenti di riduzione proposti sono, dunque, inferiori alle aspettative e per questo hanno suscitato non solo le critiche delle ONG ambientaliste europee – secondo le quali i ritmi di neutralità climatica mancano di urgenza e non rispondono alle pressanti esigenze ambientali<sup>52</sup> –, ma persino la richiesta da parte di

---

<sup>50</sup> Con l'introduzione per la prima volta nel diritto derivato della neutralità climatica entro il 2050.

<sup>51</sup> I *Piani nazionali integrati per energia e clima* sono rimessi, peraltro, alla discrezionalità nazionale nella definizione degli obiettivi di riduzione delle emissioni dei gas serra e si riferiscono ai *target* fissati dalla (precedente) Commissione Junker.

<sup>52</sup> Alla riunione della Commissione che ha approvato il testo è stata invitata l'attivista svedese Greta Thunberg, simbolo globale della lotta ai cambiamenti climatici, che, unendosi al pensiero di molte associazioni ambientaliste, ha criticato i tempi eccessivi dell'iniziativa, sottolineando che questa proposta non è in linea con le raccomandazioni del *panel* intergovernativo dell'ONU sui cambiamenti climatici.

alcuni Stati membri (tra cui l'Italia)<sup>53</sup> di accelerare i tempi e da parte del Parlamento europeo dell'assunzione di maggiori vincoli nazionali.

Il superamento dei descritti potenziali limiti diviene indispensabile, considerato che il *Green Deal* rappresenta, forse, la sfida decisiva per disegnare il futuro stesso dell'UE.

## Abstract

### The 'European Green Deal' for Climate Neutrality: The New European Strategy for Growth between Challenges, Responsibilities and Opportunities

This essay examines the 'European Green Deal', the new EU's growth strategy presented by the Commission in December 2019 to achieve climate neutrality by 2050 through a better coordination among environmental, economic and social policies. The sectors of intervention, the financial instruments and the social perspectives of this strategy are illustrated, with particular reference to the recent proposal for the European climate law and its critical issues. The position of the Member States, including Italy, towards the Green Deal is then examined. Finally, the European initiative is discussed in the international context of the fight against climate change.

---

<sup>53</sup> Del "gruppo degli ambiziosi", oltre all'Italia, fanno parte Austria, Danimarca, Finlandia, Francia, Lettonia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Slovenia, Spagna e Svezia.

Emmanuel Pagano\*

# L'incidenza dei diritti fondamentali sulla nozione di residenza abituale e sull'esercizio della giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale alla luce della sentenza *UD* della Corte di giustizia

SOMMARIO: 1. Il caso *UD* davanti alla Corte di giustizia. – 2. Sul carattere transfrontaliero delle situazioni contemplate dal regolamento 2201/2003. – 3. La nozione di residenza abituale utilizzata dall'art. 8 del regolamento 2201/2003. – 4. *Segue*: il criterio di prossimità come garanzia della tutela dell'interesse del minore. – 5. *Segue*: la mancata presenza del minore non può essere sopperita in altro modo né invocando i diritti fondamentali. – 6. La tutela del preminente interesse del minore nella prassi della Corte di giustizia: in generale e con riguardo al regolamento 2201/2003. – 7. Le ragioni sottostanti al mancato rilievo dei diritti fondamentali da parte della Corte di giustizia. – 8. *Segue*: sull'inidoneità dei diritti fondamentali a giustificare una diversa interpretazione della residenza abituale e sul contrasto col principio della certezza del diritto. – 9. Improprietà di un foro di necessità e inquadramento della previsione dell'art. 14 del regolamento 2210/2003.

1. Nel caso deciso con sentenza del 17 ottobre 2018, causa C-393/18 PPU, *UD* la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sulla portata della nozione di residenza abituale del minore che il 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, adotta come principale criterio di competenza giurisdizionale in materia di responsabilità genitoriale (art. 8). In particolare, il giudice di rinvio chiedeva che fosse precisato se alla nozione di residenza abituale si accompagna sempre la presenza fisica del soggetto nonché se i diritti fondamentali possono svolgere un qualche ruolo al riguardo.

La questione era stata posta dalla High Court of Justice (England and Wales), Family Division, davanti alla quale era stato intentato un ricorso da parte di una donna di nazionalità bengalese coniugata con un cittadino britannico col quale aveva vis-

\* Ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Napoli Parthenope.

suto per un certo tempo in Gran Bretagna. La donna sosteneva che, in prossimità del parto, era stata indotta con inganno dal marito a trasferirsi nel Bangladesh, dove aveva partorito una bimba e dove ancora si trovava insieme ad essa illegalmente trattenuta, mentre il marito era tornato in Gran Bretagna. Ella si era rivolta al giudice del Regno Unito per ottenere, in favore della figlia, provvedimenti consentiti dal regolamento 2201/2003 sulla premessa che la stessa avesse in Gran Bretagna la sua residenza abituale. Nella sua domanda aveva anche evidenziato la violazione di diritti fondamentali, suoi e della figlia. Per parte sua, il padre aveva contestato la competenza di detto giudice ad emettere qualsiasi decisione nei confronti della minore.

Per poter giudicare, la High Court of Justice (England and Wales) si era interrogata sulla propria competenza e aveva chiesto alla Corte di giustizia di chiarire il significato da attribuire alla nozione di “residenza abituale” adoperata dall’art. 8 del regolamento 2201/2003, dal momento che la minore non risultava aver mai messo piede in Gran Bretagna. Più precisamente essa chiedeva che fosse stabilito se, ai sensi dell’art. 8 del regolamento 2201/2003, la presenza fisica di un minore in uno Stato costituisce un elemento essenziale per stabilire la sua residenza abituale e, in via subordinata, se su questa risposta può avere impatto il fatto che la donna insieme alla figlia era stata lesa nei suoi diritti fondamentali (articoli 3 e 5 CEDU) per essere stata indotta, a suo dire, a trasferirsi nel Bangladesh per partorire e dove era stata costretta a restare dopo la nascita della figlia.

La sentenza resa nel caso *UD* ha un indubbio interesse non solo per quanto concerne il significato della nozione di residenza abituale, quale criterio giustificativo dell’esercizio della giurisdizione, ma, più ancora, per la parte relativa alla (in) idoneità dei diritti fondamentali della minore e della madre ad incidere sulla portata di quella espressione oltre che a costituire autonomo titolo di giurisdizione.

2. Prima di entrare nel merito di queste questioni, la Corte si è soffermata sulle eccezioni sollevate dal governo della Gran Bretagna riguardanti la sussistenza delle condizioni per l’applicabilità del regolamento 2201/2003 al caso di specie. Era stato eccepito, infatti, che il suo art. 8 riguardasse unicamente rapporti giuridici interessanti più Stati membri o conflitti di giurisdizione tra Stati membri e non anche situazioni prive del carattere transnazionale, come quella prospettata. Per questo motivo, la Corte di giustizia non avrebbe avuto titolo per pronunciarsi. Ad avviso di questa, invece, se il carattere intracomunitario è richiesto per alcune situazioni contemplate dal regolamento non lo è per l’art. 8, la cui interpretazione era al centro della domanda. La Corte ha precisato che dal tenore di questa norma “(...) non discende che (...) sia applicabile unicamente a liti relative a siffatti conflitti di competenza tra Stati membri”<sup>1</sup>. Per quanto concerne, poi, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni, la Corte ha aggiunto che il regolamento in questione si limita a considerare le decisioni emesse da un giudice di uno Stato membro, per cui “(...) occorre constatare che la regola di competenza generale prevista dall’articolo 8, paragrafo 1, del

<sup>1</sup> Nel punto 33 della sentenza *UD* la Corte precisa: “Ne consegue – come evidenziato dall’Avvocato Generale ai paragrafi 23 e 25 delle sue conclusioni – che, contrariamente ad alcune disposizioni del regolamento n. 2201/2003 relative alla competenza, come gli articoli 9, 10 e 15 di quest’ultimo, la cui formulazione implica necessariamente che la loro applicazione dipende da un potenziale conflitto di competenza tra giudici di più Stati membri, dal tenore letterale dell’articolo 8, paragrafo 1, di detto regolamento non discende che tale disposizione sia applicabile unicamente a liti relative a siffatti conflitti di competenza tra Stati membri”.

regolamento n. 2201/2003 è suscettibile di trovare applicazione a liti che implicano rapporti tra i giudici di un solo Stato membro e quelli di un paese terzo, e non soltanto rapporti tra giudici di più Stati membri”<sup>2</sup>. La conclusione della Corte è, dunque, che essa è competente a rispondere alle questioni poste dal giudice di rinvio<sup>3</sup>.

3. Per quanto riguarda la questione del significato da attribuire alla nozione di residenza abituale, che l'art. 8 del regolamento 2201/2003 utilizza senza specificarne il contenuto<sup>4</sup>, la Corte, dopo aver constatato che dall'aggettivo adoperato nel testo si ricava unicamente che essa deve presentare un certo carattere di stabilità o di regolarità<sup>5</sup>, ha ribadito la sua costante prassi sul punto secondo cui, non dando il regolamento in questione una definizione della nozione né facendo alcun rinvio espresso al diritto degli Stati membri, se ne debba dare “un'interpretazione autonoma e uniforme da ricercarsi tenendo conto del contesto della disposizione stessa e dell'obiettivo perseguito dalla normativa di cui trattasi”<sup>6</sup>. In altra circostanza, dopo aver affermato lo stesso concetto aveva escluso finanche la possibilità di utilizzare il significato della nozione di residenza abituale che essa stessa aveva elaborato con riguardo ad altri settori del diritto dell'Unione europea<sup>7</sup>. Questo spiega anche

---

<sup>2</sup> Sentenza *UD*, punto 41.

<sup>3</sup> *Ivi*, punto 42.

<sup>4</sup> Come è stato ricordato, la mancata definizione della nozione, in un contesto in cui il legislatore UE ha abbondato di definizioni, non va considerata una dimenticanza o una svista quanto, piuttosto, una scelta consapevole finalizzata a favorire una interpretazione funzionale della nozione alla luce delle circostanze dei singoli casi esaminati. Così, M. MELLONE, *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, p. 709 s.

<sup>5</sup> Così nel punto 45 dove si ricorda il precedente della sentenza del 22 dicembre 2010, causa C-497/10 PPU, *Mercredi*, punto 44.

<sup>6</sup> Sentenza *UD*, punto 46. A supporto, la Corte ricorda una serie di precedenti ai quali si può aggiungere la sentenza dell'8 giugno 2017, C-111/17 PPU, *OL*, punti 39-41. L'indicazione per una interpretazione autonoma vale per qualsiasi altra nozione di cui il diritto UE non abbia dato esplicita definizione. Al riguardo si veda la sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 2008, causa C-66/08, *Kozłowski*, punto 42, dove si legge: “Infatti, dalla necessità di garantire tanto l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione quanto il principio di uguaglianza discende che i termini di una disposizione di tale diritto, la quale non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri ai fini della determinazione del suo senso e della sua portata, devono di norma essere oggetto, nell'intera Unione, di un'interpretazione autonoma e uniforme, da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione stessa e della finalità perseguita dalla normativa in questione” (qui la Corte richiama, per analogia, la sua sentenza 18 ottobre 2007, causa C-195/06, *Österreichischer Rundfunk*, punto 24, e la giurisprudenza *ivi* citata). Si veda anche la sentenza del 6 giugno 2013, causa C-648/11, *MA*, punto 50: “Occorre tuttavia rammentare che, secondo una giurisprudenza costante, ai fini dell'interpretazione di una norma di diritto dell'Unione, si deve tener conto non solo della lettera della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte” (qui sono richiamate, in particolare, le sentenze del 29 gennaio 2009, causa C-19/08, *Petrosian*, punto 34, e del 23 dicembre 2009, causa C-403/09 PPU, *Detiček*, punto 33).

<sup>7</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 2 aprile 2009, causa C-523/07, *A*, punto 36: “Nel valutare la residenza abituale dei minori, ai sensi dell'art. 8, n. 1, del regolamento, non si può direttamente trasporre la giurisprudenza della Corte sulla nozione di residenza abituale relativa ad altri settori del diritto dell'Unione europea” (dove la Corte ricorda, in particolare, le sue sentenze del: 15 settembre 1994, causa C-452/93 P, *Magdalena Fernández c. Commissione*, punto 22; 11 novembre 2004, causa C-372/02, *Adanez-Vega*, punto 37; 17 luglio 2008, causa C-66/08, *Kozłowski*). Sul punto v. K. LENAERTS, *The Best Interest of the Child Always Come First: The Brussels II bis Regulation and the European Court of Justice*, in *JurisprudencijalJurisprudence*, 2013, p. 1306, reperibile *online*. Questo non vale ovviamente per la portata della nozione all'interno dello stesso regolamento 2201/2003. V. sentenza *OL*,

il motivo per il quale la Corte, diversamente da quanto suggerito dall'Avvocato generale Saugmandsgaard Øe, non ha nemmeno tenuto conto dell'influenza che sul punto possono avere le convenzioni internazionali che si occupano di protezione dei minori<sup>8</sup>. Questi, invece, era propenso per una interpretazione della nozione che fosse coerente ed uniforme sia in seno all'Unione che nella totalità degli Stati firmatari delle Convenzioni dell'Aja in materia<sup>9</sup>.

4. Rifacendosi al contesto della disposizione, e tenendo conto dell'obiettivo perseguito, la Corte ha rimarcato che nel caso dell'art. 8 del regolamento 2201/2003 il criterio della residenza abituale del minore, adottato come riferimento principale per l'esercizio della competenza giurisdizionale, era stato scelto perché realizza al meglio l'esigenza di tutela del suo preminente interesse. Il giudice vicino al minore si trova, infatti, nelle condizioni ideali per valutare la sua situazione e, quindi, per garantire il rispetto dei suoi diritti<sup>10</sup>.

punto 41, dove la Corte precisa: “Peraltro, conformemente alla giurisprudenza della Corte, la nozione di ‘residenza abituale’ deve avere un significato uniforme nel regolamento n. 2201/2003. Pertanto, l'interpretazione data di questa nozione nel quadro degli articoli 8 e 10 di detto regolamento, relativi alla competenza internazionale delle autorità giurisdizionali in materia di responsabilità genitoriale, è applicabile all'articolo 11, paragrafo 1, di detto regolamento” (e richiama, in tal senso, la sentenza del 9 ottobre 2014, causa C-376/14 PPU, C, punto 54). Sul diverso significato della nozione, in relazione alla materia trattata, v. M. MELLONE, *op. cit.*, p. 696 ss.

<sup>8</sup> Si tratta della Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori; della Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori; della Convenzione europea del 20 maggio 1980 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento; della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori.

<sup>9</sup> Nel punto 40 delle sue conclusioni l'Avvocato generale precisa che ciò avrebbe consentito di evitare conflitti di competenza fra i giudici degli Stati membri e i giudici di altri Stati firmatari della Convenzione dell'Aja del 1996, e favorito un'applicazione armoniosa del meccanismo di ritorno istituito dalla Convenzione dell'Aja del 1980. Una posizione analoga era stata già manifestata nelle conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 29 gennaio 2009, causa C-523/07, A, punto 38: “Alla luce del testo e degli obiettivi del regolamento n. 2201/2003 nonché delle pertinenti convenzioni multilaterali, la nozione di residenza abituale di cui all'art. 8, n. 1, del regolamento dovrebbe dunque essere interpretata nel senso che essa coincide con il centro effettivo degli interessi del minore”.

<sup>10</sup> Si noti, inoltre, che il criterio della residenza abituale è ampiamente utilizzato nei regolamenti UE adottati nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile oltre che nelle convenzioni internazionali di diritto internazionale privato e nelle legislazioni interne, sia come fondamento della competenza giurisdizionale che per la scelta della legge applicabile. Sul punto, M. MELLONE, *op. cit.*, p. 685 ss.; R. CLERICI, *Alcune considerazioni sull'eventuale ampliamento del ruolo della residenza abituale nel sistema italiano di diritto internazionale privato*, in C. CAMPIGLIO (a cura di), *Un nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 2019, p. 55 ss., che mette in risalto come la sua adozione nel contesto del diritto processuale civile internazionale e del diritto internazionale privato favorisca una coincidenza tra *forum* e *ius* che si rivela assai vantaggiosa per la certezza del diritto e per gli operatori del diritto. Ella ricorda (p. 60) come, nell'ambito del diritto UE, la sua adozione sia stata giustificata “alla luce dell'esigenza di una comunità sociale coesa quale corollario della mobilità transnazionale che deriva dalla libera circolazione delle persone”. Il criterio in questione poi, “dovrebbe esprimere ... un grado di prossimità ben maggiore rispetto a quello della cittadinanza”. Su questi aspetti si richiama l'ampia disamina di A. ZANOBETTI, *La residenza abituale nel diritto internazionale privato: spunti di riflessione*, in *La Vita giuridica internazionale delle persone*, Liber Amicorum Angelo Davi, II, Napoli, 2019, p. 1362 ss. Tra le cause del successo del criterio della residenza abituale, l'A. sottolinea i vantaggi che esso offre rispetto al criterio del domicilio e della cittadinanza tra cui quello di apparire funzionale al rag-

Per essere più precisi la Corte ha affermato che “[L]’articolo 8 del regolamento n. 2201/2003 traduce tale obiettivo [quello della tutela del preminente interesse del minore di cui al 33° ‘considerando’] attribuendo una competenza generale in materia di responsabilità genitoriale alle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui il minore ha la propria residenza abituale”<sup>11</sup>.

La Corte ha aggiunto che la residenza abituale va oltre la mera presenza fisica del soggetto sicché, per la sua determinazione, oltre a quest’ultima, concorrono un insieme di fattori tali da far apparire che essa non è temporanea o occasionale ma ha un carattere di stabilità e di regolarità<sup>12</sup>.

In altre circostanze la Corte aveva precisato che la residenza abituale corrisponde al centro della vita sociale del minore e si caratterizza per un certo grado di integrazione nell’ambiente sociale<sup>13</sup> per cui non bastano a darle contezza soggiorni occasionali e temporanei nel territorio di uno Stato membro giustificati, ad esempio, dai congedi della madre e dai periodi festivi<sup>14</sup>.

Nel caso in esame la Corte è tornata su questi aspetti, ricordando che la presenza fisica del minore in uno Stato membro costituisce una condizione necessariamente preliminare alla valutazione della stabilità di tale presenza e che non può essere ipotizzata in uno Stato membro nel quale il minore non si è mai recato<sup>15</sup>. Essa ha ricordato, tuttavia, che, alla luce del regolamento (art. 13), la presenza fisica in uno Stato membro può anche essere sufficiente per fondare la competenza giurisdizionale ma unicamente quando non sia possibile stabilire una residenza abituale in nessun altro Stato membro e non possa essere giustificata una competenza sulla base di altre

---

giungimento degli attuali obiettivi di carattere politico, sociale ed economico che connotano in misura crescente le regolamentazioni di diritto internazionale privato nazionali, internazionali o sovranazionali e, non ultimo, la sua natura fattuale che la rende efficace espressione del principio di prossimità. Su questo principio, P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, in *Recueil des cours de l’Académie de droit international de l’Haye*, t. 196, 1986, I, p. 9 ss.

<sup>11</sup> Sentenza *UD*, punto 49 (ove è richiamata la precedente sentenza del 15 febbraio 2017, causa C-499/15, *W e V*, punto 52). Questa volta la Corte inquadra e qualifica l’adozione del criterio della residenza abituale da parte dell’art. 8 del regolamento 2201/2003 ed il carattere di prossimità ad esso connaturato in funzione della tutela dell’interesse superiore del minore, come aveva già fatto nella sua precedente sentenza del 15 febbraio 2017, causa C-499/15, *W e V*, da essa stessa richiamata.

Per quanto riguarda l’incidenza dei diritti fondamentali sulla interpretazione della nozione di residenza abituale, M. MELLONE, *op. cit.*, p. 703, *sub* nota 56, ricorda che nel suo parere sulla adesione della Comunità alla Convenzione di Lugano sulla competenza giurisdizionale il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, la Corte aveva sottolineato l’esigenza di una interpretazione estensiva dei criteri giurisdizionali in materia civile per assicurare in ogni caso il diritto fondamentale di accesso alla giustizia.

<sup>12</sup> Sul carattere non temporaneo o occasionale la Corte richiama (punto 50) numerosi suoi precedenti.

<sup>13</sup> Sentenza *A*, punto 38 ss.; sentenza *Mercredi*, punto 47; sentenza *OL*, punto 42; sentenza *C*, punto 51.

<sup>14</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 28 giugno 2018, causa C-512/17, *HR*, punto 51: “In proposito, è nondimeno accertato che tali soggiorni di MO in Polonia erano giustificati dai congedi della madre e dai periodi festivi. Orbene, va precisato che i soggiorni che un minore ha effettuato in passato con i genitori nel territorio di uno Stato membro nell’ambito delle ferie corrispondono, in linea di principio, ad interruzioni occasionali e temporanee del corso normale della loro vita. Soggiorni del genere non possono quindi costituire, di regola, circostanze determinanti nell’ambito della valutazione del luogo della residenza abituale del minore. Il fatto che, nel caso di specie, questi soggiorni siano durati a volte varie settimane, o addirittura alcuni mesi, non rimette di per sé in discussione la rilevanza di dette considerazioni”.

<sup>15</sup> Sentenza *UD*, punto 53.

regole applicabili<sup>16</sup>. Ciò però non avviene nel caso esaminato, nel quale non ricorre nemmeno una delle ulteriori ipotesi contemplate dal regolamento in cui l'esercizio della giurisdizione da parte di uno Stato membro è consentito su una base diversa dalla residenza abituale del minore. Si tratta di previsioni particolari che fanno da complemento, come dice la stessa Corte, a quella principale dell'art. 8<sup>17</sup> e che considerano casi specifici tra cui l'ipotesi che il minore sia stato trasferito in un altro Paese (articoli 9 e 10) o che i provvedimenti che lo riguardano sono richiesti in occasione di un giudizio di divorzio, separazione o annullamento del matrimonio (art. 12). Oltre a questi casi il regolamento considera anche (art. 15) l'attribuzione della competenza a giudici di uno Stato membro, nel quale il minore non si trova, da parte dei giudici che, pur essendo competenti, ritengono i primi più idonei a occuparsi del caso. Ma, neppure questa ipotesi viene in rilievo nel caso oggetto di giudizio<sup>18</sup>.

5. Per queste ragioni la Corte ha escluso in maniera decisa che sussistano le condizioni affinché i giudici della Gran Bretagna possano pronunciarsi in base all'art. 8 del regolamento.

È stato evidenziato come in passato nell'interpretazione di questo articolo la Corte abbia evitato atteggiamenti troppo rigidi ed abbia riconosciuto agli Stati un certo margine di valutazione consentendo loro di tener conto di tutte le circostanze del caso<sup>19</sup>. Nel distinguere, ad esempio, la residenza abituale da una mera presenza temporanea, la Corte ha dato spazio all'intenzione dell'interessato affermando che "(...) per il trasferimento della residenza abituale nello Stato membro ospitante conta soprattutto la volontà dell'interessato di fissarvi, con l'intenzione di conferirgli carattere stabile, il centro permanente o abituale degli interessi. La durata di un soggiorno non può quindi fungere da indizio nell'ambito della valutazione della stabilità della residenza, dovendo tale valutazione essere effettuata alla luce di tutte le circostanze di fatto specifiche della fattispecie"<sup>20</sup>.

Essa aveva anche precisato che, al fine di stabilire l'ambiente sociale riguardante un neonato, figlio di genitori che vivevano separatamente, occorre tenere conto dei contatti che lo stesso aveva con entrambi<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> *Ivi*, punto 51.

<sup>17</sup> *Ivi*, punto 56: "Così l'articolo 8 del regolamento n. 2201/2003 è "completato da regole particolari applicabili, segnatamente, qualora la residenza abituale del minore, presente in uno Stato membro, non possa essere accertata e la competenza non possa essere determinata sulla base dell'articolo 12 del regolamento stesso (articolo 13), qualora nessun giudice di uno Stato membro sia competente ai sensi degli articoli da 8 a 13 del citato regolamento (articolo 14), od anche, in via eccezionale e a determinate condizioni, qualora il giudice competente rinvi la causa ad un giudice di un altro Stato membro che esso ritenga più adatto a trattare il caso (articolo 15)" (qui è nuovamente richiamata la sentenza *W e V*, punto 56).

<sup>18</sup> A queste previsioni se ne aggiunge una finale, che il regolamento definisce come competenza residua, di cui si dirà più avanti.

<sup>19</sup> K. LENAERTS, *op. cit.*, p. 1306. V. anche conclusioni *UD*, punti 55-62.

<sup>20</sup> Sentenza *Mercredi*, punto 51.

<sup>21</sup> Sentenza *HR*, punto 48. La necessità di tener conto di una serie di elementi nel caso di un lattante è stata richiamata dalla Corte quando esso è custodito dalla madre in uno Stato membro diverso da quello in cui risiede abitualmente il padre. Nella sentenza *OL*, punto 45 la Corte ricorda che "Quando il minore in questione è un lattante, [la Corte] ha rilevato che il suo ambiente è essenzialmente familiare, determinato dalla persona o dalle persone di riferimento con le quali vive, che lo custodiscono effettivamente e si prendono cura di lui, e che egli condivide necessariamente l'ambiente sociale e familiare di tale persona o di tali persone (...)" e poi sottolinea la necessità di doversi "(...) prendere in considerazione segnatamente, da un lato, la regolarità, le condizioni e i motivi del soggiorno della genitrice nel

Nel caso *UD*, invece, la Corte non ha ritenuto rilevanti queste circostanze. Per essa è risultato determinante il fatto che la minore non sia mai stata in Gran Bretagna<sup>22</sup>, non potendo, questa assenza, essere compensata dal fatto, ad esempio, che i suoi genitori erano vissuti in quel Paese fino alla vigilia della sua nascita quando il padre, cittadino britannico, avrebbe costretto la moglie a trasferirsi nel Bangladesh, dove ancora si trova dopo la nascita della figlia, mentre egli era tornato in patria. Né la Corte ha dato peso alla considerazione che se la madre non si fosse trasferita (o non fosse stata indotta a trasferirsi), la figlia sarebbe nata in Gran Bretagna. Allo stesso modo non ha attribuito rilevanza *all'intenzione della madre* titolare della responsabilità genitoriale di stabilirsi con la figlia in Gran Bretagna o ad altre circostanze. Ad avviso della Corte, ragionando diversamente verrebbe disattesa la volontà del legislatore dell'Unione<sup>23</sup>.

La Corte ha escluso, poi, che sul significato della nozione di residenza abituale possano incidere i diritti fondamentali che la madre assumeva essere stati lesi<sup>24</sup>.

Come è stato ricordato, questa è la prima volta che il richiamo ai diritti fondamentali è stato prospettato per verificare la possibilità di ampliare la portata della regola sulla competenza giurisdizionale stabilita dall'art. 8 del regolamento, ovvero per stabilire se tali diritti possono fare da contrappeso alla priorità del principio di prossimità e a quello di certezza giuridica che questa disposizione accoglie<sup>25</sup>.

La Corte si è opposta a questa eventualità. A suo giudizio, la lesione dei diritti fondamentali della madre e della figlia, per via dell'allontanamento forzato della prima dalla Gran Bretagna e il trattenimento di entrambe nel Bangladesh realizzato con mezzi illegali, non sono idonei a far ritenere presente in Gran Bretagna chi non vi è mai stato<sup>26</sup>. E nemmeno il richiamo all'interesse superiore del minore può influ-

---

territorio del primo Stato membro e, dall'altro, le origini geografiche e familiari della madre nonché le relazioni familiari e sociali intrattenute da quest'ultima e dal minore nel medesimo Stato membro" (con un richiamo alla sentenza *Mercredi*, punti da 54 a 56).

<sup>22</sup> Nel punto 52 la Corte ricorda che il riconoscimento della residenza abituale di un minore in un determinato Stato membro esige, quanto meno, che il minore sia stato fisicamente presente in esso. Così anche sentenza *W e V*, punto 61.

Nelle conclusioni *UD*, l'Avvocato generale aveva spinto, invece, per staccare la presenza dalla residenza o, per meglio dire, per non ritenerla indispensabile (punto 45).

<sup>23</sup> Nel punto 61 essa rileva che "[i]ndubbiamente, in assenza della coercizione suddetta, la minore di cui si discute nel procedimento principale avrebbe eventualmente potuto nascere, secondo le intenzioni asserite dalla madre, nel Regno Unito. Orbene, la Corte ha già statuito che l'intenzione del titolare della responsabilità genitoriale di stabilirsi con il minore in un altro Stato membro, manifestata attraverso talune iniziative tangibili, come l'acquisto o la locazione di un alloggio nello Stato membro ospitante, può costituire un indizio del trasferimento della residenza abituale" (con un richiamo alla sentenza *Mercredi*, punto 50 e giurisprudenza ivi citata), ma, al punto 62, aggiunge che "in assenza di una presenza fisica del minore stesso nello Stato membro in questione, non può accordarsi un'importanza determinante, ai fini dell'interpretazione della nozione di 'residenza abituale', a circostanze come l'intenzione del genitore che esercita di fatto la custodia del minore, od anche l'eventuale residenza abituale dell'uno o dell'altro genitore in tale Stato membro, a discapito di considerazioni geografiche oggettive, a pena di disattendere la volontà del legislatore dell'Unione", riferendosi, per analogia, alla sentenza *HR*, punto 60.

<sup>24</sup> Come si ricorderà, questa era la seconda questione posta dal giudice di rinvio.

<sup>25</sup> G. BIAGIONI, *Jurisdiction in Matters of Parental Responsibility between Legal Certainty and Children's Fundamental Rights*, in *European Papers*, 2019, p. 293, reperibile online.

<sup>26</sup> Sentenza *UD*, punto 60. Di opinione diversa era stato invece l'Avvocato generale che, nei punti 42-44 delle conclusioni *UD*, aveva riportato due casi: uno deciso in Francia dalla Cour de Cassation e l'altro in Gran Bretagna da parte della Supreme Court of the United Kingdom, in cui al minore era stata riconosciuta la residenza abituale nonostante non avesse mai messo piede nello Stato.

ire sulla nozione di residenza abituale al punto da poterla utilizzare a prescindere dalla sua presenza fisica. Una siffatta interpretazione andrebbe “(...) al di là dei limiti della nozione di ‘residenza abituale’, prevista dal regolamento 2201/2003, e del ruolo assegnato a tale disposizione nel quadro delle disposizioni di tale regolamento disciplinanti la competenza in materia di responsabilità genitoriale”<sup>27</sup>.

Oltre a negare ai diritti fondamentali qualsiasi rilievo nella interpretazione della nozione di residenza abituale, tale da consentire una residenza senza presenza fisica, la Corte ha escluso anche che essi possano svolgere un ruolo come autonomo titolo di giurisdizione sì da poter consentire l’intervento dei giudici pur in mancanza di uno specifico titolo giustificativo.

Per vero, su questo aspetto la Corte non si è pronunciata in maniera espressa. Tuttavia, il problema dell’incidenza dei diritti fondamentali sulla sussistenza della giurisdizione, intesa come *foro di necessità* da utilizzare quando appare indispensabile intervenire per salvaguardare l’interesse del minore, è stato ben presente nelle sue valutazioni. Ciò risulta nella parte finale della sentenza in cui la Corte si sofferma sulla competenza residuale contemplata dall’art. 14 del regolamento. La consapevolezza della inidoneità dei diritti fondamentali a giustificare, da soli, l’esercizio della giurisdizione costituisce, infatti, la premessa implicita sulla quale la Corte articola le sue considerazioni al riguardo.

Come si dirà, essa ha visto in questa previsione, che consente l’esercizio della giurisdizione da parte di uno Stato membro, se ciò è previsto dalle sue regole interne e se nessuno altro Stato membro ha competenza, un’apertura (l’unica) alla tutela dell’interesse del minore fuori dagli schemi codificati dal regolamento 2201/2003<sup>28</sup>.

6. Prescindendo da quest’ultimo aspetto, la posizione della Corte, complessivamente contraria a riconoscere ai diritti fondamentali un rilievo più ampio di quello già previsto dallo stesso regolamento, in maniera espressa (articoli 12, 13, 15) e implicita (art. 8)<sup>29</sup>, può apparire deludente e non coerente con l’esigenza di tutela dell’interesse primario del minore, oltre che dei diritti fondamentali in generale, al cui rispetto il regolamento dichiara di ispirarsi (33° ‘considerando’). Questa sensazione è ancor più avvertita se si pensa al ruolo attribuito ai diritti fondamentali nel sistema dell’Unione dove sono annoverati tra i suoi valori fondanti (art. 2 TUE) e al rilievo dato alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (art. 6, par. 1, TUE) e alle altre fonti in materia (convenzioni internazionali stipulate dagli Stati membri, principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri)<sup>30</sup>, considerato che ad

<sup>27</sup> Sentenza *UD*, punto 68.

<sup>28</sup> Su ciò v. *infra*, par. 9.

<sup>29</sup> Sui richiami espressi fatti dalle richiamate disposizioni, O. LOPES PEGNA, *L’interesse superiore del minore nel regolamento n. 2201/2003*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, p. 366 ss.; G. BIAGIONI, *Carta UE dei diritti fondamentali e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Napoli, 2018, p. 65; K. LENAERTS, *op. cit.*, p. 1302 ss.

<sup>30</sup> Alla CEDU e alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri si riferisce l’art. 6, par. 3, TUE. L’inclusione, invece, dei trattati internazionali in materia di diritti umani, tra i quali rientra la CEDU, tra le fonti è frequente nella prassi della Corte di giustizia a partire dalle prime pronunce sui diritti fondamentali. Come tali, i trattati internazionali sono ricordati anche in tempi più recenti. Ad esempio, nella sentenza della Corte di giustizia del 29 maggio 1997, causa C-299/95, *Kremzow*, punto 14, essa precisa che “[o]ccorre innanzitutto ricordare che, in base ad una giurisprudenza costante [qui richiama il parere 2/94 del 28 marzo 1996, punto 33], i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto, dei quali la Corte garantisce l’osservanza. A tal fine la Corte si ispira alle tradizioni costituzionali

essi si riconosce la capacità di condizionare la validità stessa degli atti UE<sup>31</sup>, oltre che la loro interpretazione.

E, infatti, nella sua prassi la Corte di giustizia ha fatto spesso riferimento ai diritti del minore e ne ha esaltato l'importanza e il rilievo non solo nei riguardi del regolamento 2201/2003 ma anche fuori di esso. Tra i casi più citati, che non si riferiscono al regolamento in questione, si ricorda la sentenza *Dynamic Medien* in cui l'esigenza di tutela dei minori è servita a impedire la circolazione di materiale ritenuto inadatto concretizzando, dunque, un'eccezione alla libera circolazione delle merci<sup>32</sup>. La tutela dell'interesse del minore ha orientato l'interpretazione del regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo, in merito a una domanda di asilo riguardante un minore non accompagnato da familiari<sup>33</sup>.

---

comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato e aderito. La convenzione riveste, a questo proposito, un significato particolare. Come la Corte ha inoltre precisato, ne deriva che nella Comunità non possono essere consentite misure incompatibili con il rispetto dei diritti dell'uomo in tale modo riconosciuti e garantiti" (con un richiamo alla sentenza del 18 giugno 1991, causa C-260/89, *ERT*, punto 41). Lo stesso è ripetuto nella sentenza del 28 marzo 2000, causa C-7/98, *Krombach*, punto 25, dove la Corte ribadisce che "Secondo una giurisprudenza costante, i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza [qui richiama il parere 2/94, punto 33]. A tal fine la Corte si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito. La [CEDU] riveste, a questo proposito, un significato particolare" (al riguardo, essa ricorda la sentenza del 15 maggio 1986, causa 222/84, *Johnston*, punto 18).

<sup>31</sup> Rientrando i diritti fondamentali tra i principi generali di diritto dell'Unione vale per essi quanto afferma nelle sue conclusioni, del 6 maggio 2004, l'Avvocato generale Maduro (causa C-72/03, *Carbonati Apuani*, punto 65) circa l'idoneità di questi a fungere da parametro di validità degli atti UE oltre che come criteri d'interpretazione di atti e situazioni ricadenti nell'ambito del diritto comunitario. Per quanto riguarda la Corte di giustizia, v. da ultimo, la sentenza del 24 ottobre 2018, causa C-234/17, *XC e a.*, punto 37, dove si legge: "Al centro di tale costruzione giuridica si collocano proprio i diritti fondamentali, quali riconosciuti dalla Carta – che, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, TUE, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati –, e il rispetto di tali diritti costituisce un presupposto della legittimità degli atti dell'Unione, sicché non possono ammettersi in quest'ultima misure incompatibili con questi medesimi diritti". Sulla loro natura formale di parametro di legittimità degli atti, v. R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 141; E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, Torino, 2014, p. 156; C. JANNONE, *Commento art. 263*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 2076; F. BESTAGNO, *I rapporti tra la Carta e le fonti secondarie di diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 259 s., spec. p. 263 ss.; U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2020, VI ed., p. 59 s.

<sup>32</sup> Sentenza del 14 febbraio 2008, causa C-244/06, relativa a divieti di vendita di supporti video ritenuti inadatti ai minori. Nel punto 41 la Corte afferma: "La tutela del minore è altresì sancita da atti elaborati nell'ambito dell'Unione europea, quali la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 (...), il cui art. 24, n. 1, stabilisce che i minori hanno diritto alla tutela e alle cure necessarie per il loro benessere (...). Peraltro, il diritto degli Stati membri di adottare i provvedimenti necessari per motivi inerenti alla tutela dei minori è riconosciuto da taluni atti di diritto comunitario, quali la direttiva 2000/31". R. LAMONT, *Article 24*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Cambridge, 2014, p. 681 s.

<sup>33</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 6 giugno 2013, causa C-648/11, *MA, BT, DA*. La Corte precisa che "(...) l'interesse superiore del minore impone, in linea di principio, che, in circostanze come quelle che caratterizzano la situazione dei ricorrenti in via principale, l'articolo 6, secondo comma, del regola-

Per quanto riguarda il regolamento 2201/2003 si ricorda che nella sentenza *Bianca Purrucker c. Guillermo Vallés Pérez*, nell'affrontare un problema di litispendenza tra un procedimento di merito per l'affidamento di un minore e una domanda di provvedimenti provvisori per l'affidamento dello stesso minore intentati in Paesi diversi, la Corte ha dato la preferenza al giudice più vicino al minore che, per questo, conosce meglio la sua situazione e il suo grado di sviluppo ed è in grado di adottare nel suo interesse le decisioni necessarie<sup>34</sup>. Nella sentenza *Health Service Executive* la Corte ha risolto sulla base dell'interesse del minore il problema della collocazione di una minore bisognosa di cure e di assistenza in un istituto inglese disposta dalle autorità irlandesi ai sensi dell'art. 56 del regolamento 2001/2003<sup>35</sup>.

L'esigenza di tutela dell'interesse superiore del minore è risultata, inoltre, determinante con riguardo al diritto dello stesso di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori in occasione di provvedimenti provvisori<sup>36</sup> e, poi, in tema di affidamento del minore al padre<sup>37</sup>. Di essi la Corte ha tenuto conto nel considerare l'obbligo del giudice di sentire il minore oltre che nella valutazione delle conseguenze della sua mancata audizione<sup>38</sup>.

7. A questo punto è legittimo chiedersi come e perché nella sentenza *UD* la Corte abbia, invece, negato ai diritti fondamentali qualsiasi ulteriore spazio di operatività rispetto a quanto già definito dal regolamento.

Significativi appaiono alcuni passaggi della sentenza *UD* che conviene qui ricordare. Si tratta di quello in cui la Corte afferma che “la tutela dell'interesse superiore del minore garantita dall'articolo 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il rispetto dei diritti fondamentali del minore, quali sanciti dagli articoli 4, 6 e 24 di tale Carta, non impongono un'interpretazione differente da quella esposta

---

mento n. 343/2003 sia interpretato nel senso che designa come competente lo Stato membro nel quale il minore si trova dopo avervi presentato una domanda”, punto 60.

<sup>34</sup> Sentenza del 9 novembre 2010, causa C-296/10, punto 84.

<sup>35</sup> Sentenza del 26 aprile 2012, causa C-92/12, punto 127: “l'interesse superiore del minore può richiedere, in caso di collocazione transfrontaliera caratterizzata da eccezionale urgenza, che venga ammessa una soluzione flessibile con riguardo alla durata del procedimento di *exequatur se*, in mancanza di una simile soluzione, il decorso del tempo può compromettere gli obiettivi che sottostanno alla decisione che dispone la collocazione transfrontaliera”.

<sup>36</sup> V. sentenza *Detiček*.

<sup>37</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, *McB*, punto 60: “(...) l'art. 7 della Carta, citato dal giudice del rinvio nella sua questione, deve essere letto in correlazione con l'obbligo di tener conto del superiore interesse del minore, sancito all'art. 24, n. 2, della Carta medesima, e segnatamente del diritto fondamentale del bambino di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori, quale enunciato all'art. 24, n. 3 [qui essa si riferisce alla sua sentenza del 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*, punto 58]. Risulta peraltro dal trentatreesimo ‘considerando’ del regolamento n. 2201/2003 che quest'ultimo riconosce i diritti fondamentali e osserva i principi sanciti dalla Carta e che mira, in particolare, a garantire il pieno rispetto dei diritti fondamentali del bambino quali riconosciuti all'art. 24 della medesima. Così, le disposizioni del detto regolamento non possono essere interpretate in modo tale da portare ad una violazione di questo diritto fondamentale, il rispetto del quale s'identifica innegabilmente con l'interesse superiore del bambino” (qui la Corte richiama la sentenza *Detiček*, punti 53-55).

<sup>38</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2010, causa C-491/10, *Aguirre Zarraga c. Pelz*. Sul diritto del minore di essere ascoltato, v. B. UBERTAZZI, *The Hearing of the Child in the Brussels II Regulation and its Recast Proposal*, in *Journal of Private International Law*, 2017, p. 568 ss.

ai punti 52 e 53 della presente sentenza<sup>39</sup>. E, ancora, quello in cui riconosce che la coercizione subita dalla madre è inidonea ad influire sulla portata della nozione di residenza abituale, quale criterio di competenza adottato dall'art. 8<sup>40</sup>. Non ultima, va ricordata l'affermazione circa l'impossibilità di dare rilievo a certe circostanze, tra cui l'intenzione del genitore di voler risiedere in un certo posto o la residenza dell'altro genitore, perché ciò sarebbe stato in contrasto con la volontà del legislatore. La Corte dice che ciò sarebbe equivalsa a disattendere la volontà del legislatore<sup>41</sup>.

Ebbene, tutti questi richiami ricordano che i diritti fondamentali non hanno nel diritto dell'UE un ruolo autonomo ma operano con riferimento alle regole in vigore e possono venire in rilievo solo se risultano coerenti con le finalità perseguite dalle stesse regole e con le specificità del sistema<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Sentenza *UD*, punto 64. Questa posizione risulta ribadita, in maniera più *soft*, anche nel successivo punto 69, in cui essa sostiene che “in un caso come quello in discussione nel procedimento principale, né il comportamento illecito messo in atto da uno dei genitori sull'altro, da cui è derivato come conseguenza che la minore è nata e risiede dalla nascita in uno Stato terzo, né la violazione dei diritti fondamentali della madre o di tale minore, (...) consentono di ritenere che la suddetta minore potrebbe avere la propria residenza abituale ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, del regolamento n. 2201/2003, in uno Stato membro nel quale ella non si è mai recata”.

<sup>40</sup> *Ivi*, punto 60.

<sup>41</sup> *Ivi*, punto 61.

<sup>42</sup> Sul coordinamento dei diritti fondamentali con le caratteristiche del diritto UE e con le sue finalità di interesse generale, F. BESTAGNO, *op. cit.*, p. 265, afferma che “le sentenze che accertano la compatibilità degli atti normativi con la Carta sono impregnate, correttamente, su un giudizio di proporzionalità, in conformità alla clausola generale di limitazione dell'art. 52.1 della Carta medesima”. A tale proposito Egli ricorda (*sub nota* 17) come alla base del menzionato art. 52.1 della Carta stia “l'idea ben espressa nella sentenza *Schwartz*, causa C-291/12, del 17 ottobre 2013, punto 33, in base alla quale in generale i diritti riconosciuti dalla Carta ‘non appaiono come prerogative assolute, ma devono essere presi in considerazione in rapporto alla loro funzione nella società’”. L'A. ricorda, ancora, come in diversi casi i giudici UE abbiano ritenuto che le normative UE adottate, pur determinando delle ingerenze in alcuni diritti della Carta, non eccedessero quanto necessario alla soddisfazione di altri diritti della Carta o comunque al perseguimento di obiettivi di interesse generale dell'Unione. Su questo aspetto va ricordata la sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1989, causa 5/88, *Wachauf*, punto 18, in cui precisava: “I diritti fondamentali riconosciuti dalla Corte non risultano però essere prerogative assolute e devono essere considerati in relazione alla funzione da essi svolta nella società. È pertanto possibile operare restrizioni all'esercizio di detti diritti, in particolare nell'ambito di un'organizzazione comune di mercato, purché dette restrizioni rispondano effettivamente a finalità d'interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudicherebbe la stessa sostanza di tali diritti”.

Sull'esigenza di difesa delle peculiarità e dell'autonomia del diritto comunitario si era già soffermato F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1983, p. 409 ss. Questa esigenza è ampiamente condivisa. Per tutti, U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza. Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2004, p. 73 ss.; P. MENGOZZI, *Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH*, *ivi*, 2010, p. 231 ss.; G. CAGGIANO, *La tutela europea dei diritti della persona tra novità giurisprudenziali e modifiche istituzionali*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, I, Napoli, 2014, p. 73 ss.; S.M. CARBONE, *I diritti della persona tra CEDU, diritto dell'Unione europea, e ordinamenti interni*, *ivi*, p. 105 ss.; R. LUZZATO, *Le Corti europee e i giudici nazionali nella tutela dei diritti fondamentali*, *ivi*, p. 427; G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, 2016, VII ed., p. 236 ss. Nella sentenza della Corte di giustizia del 31 gennaio 2013, causa C-12/11, *McDonagh*, punto 44, si sottolinea: “Secondo un principio ermeneutico generale, un atto dell'Unione deve (...) essere interpretato, nei limiti del possibile, in modo da non inficiare la sua validità e in conformità con il diritto primario nel suo complesso” (qui la Corte richiama la sua sentenza del 16 settembre 2010, causa C-149/10, *Chatzi*, punto 43).

Nel sostenere che nel regolamento 2201/2003 l'interesse del minore è stato adeguatamente perseguito e realizzato dal legislatore UE con la scelta del criterio della vicinanza e nell'escludere che altri richiami ai diritti fondamentali possano rilevare sul piano interpretativo influenzando sulla portata della nozione di residenza abituale e sulle finalità perseguite, la Corte conferma proprio questa impostazione.

L'unico caso in cui i diritti fondamentali possono fare da baluardo e operare come causa di invalidità degli atti UE riguarda l'eventualità che questi si trovino in insanabile contrasto con loro. Ma, nel caso di specie, ciò non si configura in quanto la Corte riconosce, anzi, al regolamento e, in particolare all'art. 8, il merito di aver garantito compiutamente i diritti del minore<sup>43</sup>!

Quanto al fatto che i diritti fondamentali non hanno nel sistema UE un ruolo autonomo che consenta loro di essere invocati come tali<sup>44</sup>, ma soltanto in relazione alle norme<sup>45</sup>, si consideri che il regolamento 2201/2003 non si propone l'obiettivo di tutelare i minori ma vuole realizzare un meccanismo, funzionale al mercato, avente ad oggetto la disciplina della *competenza, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale oltre che in materia matrimoniale* e che in questa prospettiva esso organizza un meccanismo che risulti conforme ai diritti fondamentali e, in particolare, a quelli del minore. Su questa premessa si comprende l'affermazione della Corte secondo cui "la tutela dell'interesse superiore del minore garantita dall'articolo 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il rispetto dei diritti fondamentali del minore, quali sanciti

<sup>43</sup> Si potrebbe, invero, discutere sulla fondatezza dell'argomento secondo cui la vicinanza al giudice garantisce, al meglio, la tutela dei diritti del minore, ma non è questa la sede per farlo. Va, tuttavia, rilevato che, nell'insieme delle norme del regolamento, questo argomento perde quell'aspetto di perentorietà che, a prima vista, sembrava caratterizzarlo.

<sup>44</sup> Sul carattere "non autonomo" dei diritti fondamentali in generale e, con riguardo al diritto alla *privacy* relativamente al quale furono manifestate, si rimanda alle chiare considerazioni dell'Avvocato generale Tizzano nelle conclusioni nelle cause C-465/00, C-138/01 e 139/01, *Österreichischer Rundfunk*, punti 52 e 53, e nelle cause C-101/01, *Lindqvist*, punto 41. In quelle circostanze veniva in esame l'applicazione della direttiva 95/46 relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (sul punto v. N. NAPOLETANO, *La nozione di "campo di applicazione del diritto comunitario" nell'ambito delle competenze della Corte di Giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2004, p. 686). Sul fatto, poi, che la Corte di giustizia possa aver imboccato la strada che porta a riconoscere un carattere autonomo ai diritti fondamentali, cfr. M. DOUGAN, *Judicial Review of Member State Action under the General Principles and the Charter: Defining the "Scope of Union Law"*, in *Common Market Law Review*, 2015, p. 1202 s. Nelle conclusioni del 30 settembre 2010 nella causa C-34/09, *Zambrano*, l'Avvocato generale Sharpston aveva legato questa possibilità a una evoluzione in senso federale del diritto dell'UE (punti 172-176) che al momento non si era realizzata.

<sup>45</sup> Al riguardo vale la pena ricordare due sentenze della Corte di giustizia che sembrano appropriate. La prima riguarda il caso *Carpenter* deciso l'11 luglio 2001, causa 60/00, in cui la Corte riconobbe alla moglie filippina del signor Carpenter il diritto di soggiorno che le era stato negato dalle autorità britanniche. A giudizio della Corte "(...) si deve rispondere alla questione proposta dichiarando che l'art. 49 CE, letto alla luce del diritto fondamentale al rispetto della vita familiare, dev'essere interpretato nel senso che osta a che, in una situazione quale quella di cui alla causa principale, lo Stato membro di origine di un prestatore di servizi stabilito in tale Stato, il quale fornisce servizi a destinatari stabiliti in altri Stati membri, neghi il diritto di soggiorno nel suo territorio al coniuge del detto prestatore, cittadino di un paese terzo", punto 46. La seconda è la sentenza del 25 luglio 2008, causa C-127/08, *Metock*, avente ad oggetto questioni relative alla direttiva 2004/38 e ai diritti fondamentali. La Corte ricorda che: "Ancor prima di adottare la direttiva 2004/38, 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", punto 56.

dagli articoli 4, 6 e 24 di tale Carta, non impongono un'interpretazione differente da quella esposta ai punti 52 e 53 della presente sentenza”<sup>46</sup>.

8. Quanto all'*inidoneità* dei diritti fondamentali a incidere sulla portata della nozione di residenza abituale, essa è una conseguenza di quanto appena riportato. Il richiamo a questo aspetto ricorda quanto la Corte ha precisato allorché, sotto un altro profilo, confrontandosi col problema dell'invocabilità del diritto alla tutela della vita personale e familiare (art. 7 Carta) per ottenere il rilascio del permesso di soggiorno in favore di un congiunto del cittadino, ha subordinato l'accoglimento della domanda alla condizione che la presenza del congiunto *servisse* (ovvero risultasse idonea) a garantire al cittadino il godimento di un determinato diritto. In quel contesto l'*inidoneità* del diritto fondamentale veniva in risalto sotto l'aspetto strumentale della sua capacità di essere utile al godimento di un altro diritto.

Nella sentenza relativa al caso *Ymeraga*, la Corte affermando che “(...) la mera circostanza che possa apparire auspicabile a un cittadino di uno Stato membro, per ragioni economiche o per mantenere l'unità familiare nel territorio dell'Unione, che i suoi familiari, che non possiedono la cittadinanza di uno Stato membro, possano soggiornare con lui nel territorio dell'Unione non è sufficiente per far ritenere che il cittadino dell'Unione sarebbe costretto ad abbandonare il territorio dell'Unione qualora un tale diritto non gli venga concesso (...)”<sup>47</sup>, metteva in evidenza proprio questo profilo<sup>48</sup>. E, cioè, che il riconoscimento del diritto all'unità della famiglia è garantito se torna utile, o si rivela necessario, al godimento da parte del cittadino del diritto di risiedere nell'UE<sup>49</sup>.

Questa conclusione confermava come, dal punto di vista del diritto UE, non rilevi tanto il diritto all'unità della famiglia, il cui riconoscimento è affermato in maniera apparentemente ampia ed incondizionata dall'art. 7 della Carta oltre che dall'art. 8 della CEDU, quanto la sua idoneità (se esso si appalesa *utile* o *indispensabile*) a garantire il godimento di un diritto dell'Unione<sup>50</sup>.

Nel caso che ci occupa, il richiamo all'*inidoneità* viene in rilievo da un altro punto di vista ma conferma che i diritti fondamentali non possono essere invocati autonomamente bensì con riguardo alle norme cui vengono riferiti oltre che in coerenza con le loro finalità e con i principi dell'ordinamento.

---

<sup>46</sup> Sentenza *UD*, punto 64.

<sup>47</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'8 maggio 2013, causa C-87/12, *Ymeraga*, punto 38.

<sup>48</sup> Sul punto la Corte di giustizia si era già espressa nella sentenza del 15 novembre 2011, causa C-256/11, *Dereci*, punto 68, e nella sentenza del 6 dicembre 2012, causa C-356 e 357/11, *O. e S.*, punto 52.

<sup>49</sup> Nella sentenza della Corte di giustizia dell'8 marzo 2011, causa C-34/09, *Zambrano*, decidendo in favore della permanenza in Belgio del genitore extra UE di due bimbi aventi cittadinanza belga che, privati della sua assistenza, sarebbero stati costretti a lasciare il Paese e quindi l'UE, essa non aveva fatto riferimento all'unità della famiglia ma si era limitata a considerare il rilascio del permesso di soggiorno come tale. Su queste questioni rinvio al mio *La rilevanza della cittadinanza e dell'unità della famiglia nella recente prassi della Corte di giustizia in tema di ricongiungimento familiare*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2017, p. 279 ss.

<sup>50</sup> Sul ruolo strumentale dei diritti fondamentali al godimento delle libertà fondamentali, P. MENGOLZI, *Complémentarité et coopération entre la Cour de Justice de l'Union Européenne et les juges nationaux en matière de séjour dans l'Union de citoyenne d'Etats tiers*, in I. GOVERE, E. LANNON (eds.), *The European Union in the World. Essays in Honour of Marc Maresceau*, Leiden, 2014, p. 326.

Questo vale anche nei riguardi della certezza giuridica<sup>51</sup> che si inquadra tra i principi generali del diritto dell'Unione<sup>52</sup> e che, come tale, è richiamata sovente nella prassi della Corte<sup>53</sup> anche relativamente ad aspetti di natura processuale rientranti nel campo della cooperazione giudiziaria in materia civile<sup>54</sup>. Nel rapporto con altri principi e nel valutare la prevalenza o meno della certezza del diritto su di essi – aspetto sul quale non è possibile trattarsi in questa sede – la Corte ha sovente effettuato un bilanciamento che, a volte, si è risolto a suo favore ma che, altre volte, ha visto prevalere altre esigenze<sup>55</sup>. Nel caso che ci interessa essa ha dato prevalenza alla certezza del diritto sulla tutela del preminente interesse del minore.

9. Considerato tutto questo, si comprende anche il motivo per il quale implicitamente la Corte non ha riconosciuto che i diritti fondamentali potessero costituire autonomo fondamento per l'esercizio della giurisdizione, alla stregua di un foro di necessità<sup>56</sup>.

<sup>51</sup> Su questo aspetto, che altri commentatori della sentenza *UD* (K. SIEHR, *Gewöhnlicher Aufenthalt eines Kleinkindes*, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2019, p. 132 ss.; E. VIGANOTTI, *La notion de "résidence habituelle" de l'enfant selon la CJUE*, in *Gazette du Palais*, 2018, p. 24 ss) non hanno considerato, si sofferma, invece, G. BIAGIONI, *Jurisdiction*, cit., p. 293 secondo il quale: "In that context, for the first time the referring court made an express mention of the protection of human rights as a factor capable to counterweigh the priority accorded to the principles of proximity and of legal certainty".

<sup>52</sup> Ad es. sentenza della Corte di giustizia dell'8 novembre 2018, causa C-495/17, *Cartrans Spedition SRL*, punto 37.

<sup>53</sup> La prima applicazione risale alla sentenza della Corte di giustizia del 22 marzo 1961, cause riunite 42 e 49/59, *Société nouvelle des usines de Pontlieue – Aciéries du Temple (SNUPAT) c. Alta Autorità*. In dottrina, i contributi sul tema della certezza sono numerosi. Tra i tanti, mi limito a ricordare J. RAITIO, *The Principle of Legal Certainty in EC Law*, Dordrecht, 2003; E. PAUNIO, *Beyond Predictability – Reflections on Legal Certainty and the Discourse Theory of Law in the EU Legal Order*, in *German Law Journal*, 2009, p. 1469 ss. Per ulteriori riferimenti rimando a E. SAVARESE, *Certezza del diritto e diritto internazionale. Coerenza e identità tra fonti e argomentazione*, Napoli, 2018.

<sup>54</sup> Per alcuni esempi, si vedano la sentenza della Corte di giustizia del 23 aprile 2013, cause riunite C-478 a 482/11 P, punto 71, in cui la Corte, ribadisce "che la rigorosa applicazione delle norme di procedura risponde all'esigenza della certezza del diritto e alla necessità di evitare qualsiasi discriminazione o trattamento arbitrario nell'amministrazione della giustizia" (al punto 43, essa ricorda il suo precedente del 22 settembre 2011, causa C-426/10 P, *Bell & Ross/UAMI*, e la giurisprudenza ivi citata); in quella del 19 settembre 2018, cause riunite C-325 e 375/18 PPU, *Hampshire County Council*, punto 77, essa precisa: "Al riguardo, si deve ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, i termini di prescrizione assolvono generalmente la funzione di assicurare la certezza del diritto [qui richiama la sentenza del 7 luglio 2016, causa C-70/15, *Lebek*, punto 55]. Del resto, è anche compatibile con l'interesse superiore del minore che le decisioni che lo riguardano possano essere impugnate solo entro un periodo limitato"; nella sentenza del 4 ottobre 2018, causa C-478/17, *IQ*, punto 42, essa ricorda che le regole sulla competenza e sul riconoscimento delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale sono dirette a garantire la certezza del diritto, come già riconosciuto nella sentenza della Corte di giustizia del 13 ottobre 2016, causa C-294/15, *Mikołajczyk*, punto 33 e giurisprudenza ivi citata; sicché, al punto 43, afferma che l'interpretazione dell'art. 15 sul trasferimento di competenze deve avvenire nell'osservanza di questo principio.

<sup>55</sup> Si vedano le sentenze della Corte di giustizia del: 23 aprile 2013, cause riunite C-478 a 482/11 P, *Gbagbo*, punto 72; 8 novembre 2005, causa C-443/03, *Götz Leffler*, punto 63 ss.; 19 aprile 2016, causa C-441/14, *Dansk*, punto 43.

<sup>56</sup> Sul punto, G. BIAGIONI, *Jurisdiction*, cit., p. 288, fa riferimento a "the right to a fair trial under Art. 6 of the European Convention on Human Rights and the right to an effective remedy under Art. 47 of the Charter", il quale "requires mainly that access to a tribunal be granted in the State to which the dispute has a particularly close connection and that jurisdiction is not exercised when the dispute is devoid of any connection to the State of the forum".

Una diversa conclusione sarebbe stata possibile se l'art. 47, par. 1, della Carta sul diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale o l'art. 6 della CEDU sul giusto processo avessero potuto svolgere nel diritto UE un ruolo autonomo, come è negli ordinamenti interni<sup>57</sup>. Alla luce delle disposizioni del regolamento 2001/2003, l'effettiva incidenza dei due articoli risulta, invece, fortemente ridimensionata sicché non può essere giustificata una tale interpretazione<sup>58</sup>.

Come già accennato, nella parte finale della sentenza *UD*, la Corte si sofferma sull'art. 14 del regolamento che consente a uno Stato membro di pronunciarsi in base alle proprie regole sulla giurisdizione allorché nessun'altro Stato membro risulti competente secondo il regolamento<sup>59</sup>. Essa rammenta che anche laddove non ricorrono le condizioni previste dall'art. 8 del regolamento “resta comunque il fatto che, come evidenziato dalla Commissione, ciascuno Stato membro rimane libero, in conformità dell'articolo 14 del regolamento summenzionato, di fondare la competenza dei propri giudici in virtù di norme di diritto interno discostandosi dal criterio della vicinanza sul quale si fondano le disposizioni di questo regolamento”<sup>60</sup>. Più oltre la Corte ribadisce questo concetto, ricordando che l'art. 14 prevede “(...) un meccanismo che autorizza gli Stati membri a proteggere gli interessi di un minore anche nel caso di controversie non ricadenti sotto l'articolo 8, paragrafo 1, di detto regolamento”<sup>61</sup>.

Dal punto di vista del regolamento 2201/2003, che si propone di stabilire la competenza tra giudici dell'UE per evitare conflitti e per facilitare, al tempo stesso, la circolazione delle decisioni<sup>62</sup>, non c'era ragione di impedire ad uno Stato di eser-

<sup>57</sup> Sull'inquadramento del diritto di accesso al giudice come diritto umano, v. M. SCHEININ, *Access to Justice before International Human Rights Bodies: Reflections on the Practice of the UN Human Rights Committee and the European Court of Human Rights*, in F. FRANCONI (ed.), *Access to Justice as a Human Right*, Oxford, 2007, p. 135 ss.; A. MILLS, *Rethinking Jurisdiction in International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 2014, p. 219 ss., spec. p. 222 dove l'A. ricorda anche la proposta di introdurre nel nuovo regolamento Bruxelles I bis una previsione secondo cui: “Where no court of a Member State has jurisdiction under this Regulation, the courts of a Member State may, on an exceptional basis, hear the case if the right to a fair trial or the right to access to justice so requires”. Questa proposta non troverà spazio nel regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (Bruxelles I bis). Sul punto, B. HESS, M. MANTOVANI, *Current Developments in Forum Access: Comments on Jurisdiction and Forum non Conveniens. European Perspectives on Human Rights Litigation*, Max Planck Institute Luxembourg Research Paper Series, 2019, 1, reperibile online.

<sup>58</sup> La stessa previsione dell'art. 47 della Carta esclude questa eventualità essendo la sua invocabilità limitata alla tutela dei diritti e delle libertà garantiti dal diritto dell'Unione. Con riferimento all'incidenza dei diritti fondamentali sull'interpretazione della direttiva 2004/38, l'Avvocato generale Trstenjak, nelle conclusioni nella causa C-40/11, *Iida*, ricordava: “La questione dell'applicazione e interpretazione di un atto giuridico conforme ai diritti fondamentali non può, però, porsi al di là del suo ambito di applicazione (...)”, punto 54.

<sup>59</sup> E. PATAUT, *The External Dimension of Private International Family Law*, in M. CREMONA, H.-W. MICKÒITZ (eds.), *Private Law in the External Relations of the EU*, Oxford, 2016, p. 108 ss.

<sup>60</sup> Sentenza *UD*, punto 57.

<sup>61</sup> *Ivi*, punto 66.

<sup>62</sup> K. LENAERTS, *op. cit.*, sub nota 8, ricorda il 21° ‘considerando’ del regolamento Bruxelles II bis il quale prevede: “[t]he recognition and enforcement of judgments given in a Member State should be based on the principle of mutual trust and the grounds for non-recognition should be kept to the minimum required” e richiama le sentenze della Corte di giustizia dell'11 luglio 2008, causa C-195/08 PPU, *Rinau*, punto 50, e del 22 dicembre 2010, causa C-491/10, *Aguirre Zarraga*, punto 70; V. MITSILEGAS, *The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic Inter-State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual*, in *Yearbook of European Law*, 2012, p. 349 ss.

citare la giurisdizione per proteggere gli interessi del minore laddove non risultasse la competenza di alcuno Stato membro.

La Corte nota, poi, che questa possibilità è prevista dall'ordinamento inglese alla luce del principio *parens patriae*<sup>63</sup>. Per essa, dunque, i giudici inglesi possono occuparsi, se lo vogliono, del caso in esame, con buona pace del principio di prossimità.

Per quello che qui interessa, va sottolineato che nell'ottica del regolamento 2201/2003 non è invocabile un foro di necessità, come tale, e che l'esercizio della competenza in base all'art. 14 non dipende da un superiore principio in tema di diritti fondamentali al quale il sistema UE si sia conformato (o debba conformarsi), ma unicamente da una valutazione autonoma e libera degli ordinamenti interni alla quale il diritto dell'UE non si oppone<sup>64</sup>.

## Abstract

### The Incidence of Fundamental Rights on Habitual Residence Notion and on the Exercise of Jurisdiction in Matters of Parental Responsibility in the ECJ Ruling in the *UD* Case

In Regulation (EC) 2201/2003 the habitual residence of the child plays a central role on jurisdictional competence in matters of parental responsibility. The EU legislature considered that the court geographically close to the child's habitual residence is the court best placed to assess the measures to be adopted in the interests of the child.

In the decision of 17 October 2018, case C-393/18 PPU, *UD*, ECJ states that it cannot be considered habitual residence without the physical presence of the child and that respect for fundamental rights of the child does not imply a wider interpretation of this notion.

In the EU law the fundamental rights do not play an independent role. They are subordinated to the aims and purposes of the rules. That is also the reason why the Court does not make use of the fundamental rights of the Charter to admit jurisdictional competence as forum of necessity.

<sup>63</sup> Sentenza *UD*, punto 67: “Nel caso di specie, risulta dal fascicolo sottoposto alla Corte che una siffatta competenza residuale esiste nell'ordinamento giuridico del Regno Unito sotto forma di ‘competenza *parens patriae*’ dei giudici di tale Stato membro, laddove tale regola di competenza si applica ai cittadini britannici a discrezione dei giudici nazionali”.

<sup>64</sup> G. BIAGIONI, *Jurisdiction*, cit., p. 289 s. “On the other hand, some special rules entail mechanisms allowing domestic courts to establish their jurisdiction if its exercise in the instant case is in the best interests of the child, as it happens with the prorogation of jurisdiction under Art. 12 (...) and with the *forum (non) conveniens* in art. 15 (...). In that context, domestic courts are called upon to make a case-by-case evaluation as to the best interests of the child, in order to decide whether to establish or to decline their jurisdiction (...)”.

Luca Lionello\*

# Il ruolo del Parlamento europeo nell'evoluzione dell'equilibrio istituzionale dell'Unione europea. Alcune riflessioni alla luce della prassi più recente

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il principio dell'equilibrio istituzionale. – 3. L'evoluzione dell'ordinamento giuridico europeo. – 4. Il *deficit* democratico dell'Unione ed il ruolo del Parlamento europeo. – 5. Le riforme del diritto primario promosse dal Parlamento europeo. – 6. Il sistema degli *Spitzenkandidaten*. – 7. *Segue*: le elezioni europee del 2014 e del 2019 a confronto. – 8. Le audizioni parlamentari dei candidati alla Commissione europea. – 9. Conclusioni.

1. Il Parlamento europeo (PE) ha svolto un ruolo importante nell'evoluzione dell'equilibrio istituzionale dell'Unione europea e nel rafforzamento della sua vocazione sovranazionale. A partire dalla sua prima elezione a suffragio universale e diretto nel 1979, il PE si è fatto promotore di un processo di democratizzazione della vita politica dell'Unione non solo attraverso la richiesta di riforme ambiziose del diritto primario, ma anche, implicitamente, grazie alla conquista di spazi politici sempre più rilevanti non espressamente attribuitigli dai Trattati UE.

Lo scopo del presente articolo è quello di fare un bilancio dell'evoluzione dell'equilibrio istituzionale dell'Unione alla luce delle iniziative politiche più recenti del PE. Innanzitutto verranno richiamati alcuni concetti propedeutici allo sviluppo della ricerca, quali appunto il principio dell'equilibrio istituzionale, le modalità di evoluzione dell'ordinamento giuridico europeo e la questione del *deficit* democratico. Si analizzeranno quindi le proposte più importanti di revisione dei Trattati UE avanzate dal PE e il seguito dato ad esse. Successivamente si studieranno le trasformazioni dell'equilibrio istituzionale determinate dalle recenti iniziative politiche del PE, con particolare attenzione alla procedura degli *Spitzenkandidaten* e all'uso delle audizioni parlamentari. Le conclusioni offriranno l'occasione per riflettere, più in generale, sul rafforzamento del PE nel quadro istituzionale dell'Unione.

\* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

2. L'Unione europea esiste ed agisce grazie alle sue istituzioni<sup>1</sup>. Come chiarito nell'art. 13, par. 1, TUE, esse hanno il compito di “promuoverne i valori, perseguirne gli obiettivi, servire i suoi interessi, quelli dei suoi cittadini e quelli degli Stati membri, garantire la coerenza, l'efficacia e la continuità delle sue politiche e delle sue azioni”. Notoriamente l'impossibilità di distribuire in modo netto le funzioni legislativa ed esecutiva tra gli organi dell'Unione impedisce di applicare a livello europeo il principio di separazione dei poteri<sup>2</sup>. È più opportuno parlare invece di “equilibrio tra le istituzioni”, il cui scopo non è tanto quello di evitare una concentrazione eccessiva di potere nelle mani di un'unica autorità, quanto garantire un bilanciamento tra la rappresentanza degli interessi specifici degli Stati e di quelli generali dell'Unione<sup>3</sup>.

L'art. 13, par. 2, TUE permette di conferire un duplice significato al principio dell'equilibrio istituzionale<sup>4</sup>. Innanzitutto viene affermato che ciascuna istituzione deve agire nei limiti delle attribuzioni che le sono assegnate dai Trattati UE, secondo le procedure, condizioni e finalità da essi previste. Tale formulazione del principio dell'equilibrio istituzionale deriva direttamente dal principio di attribuzione. A tale proposito, la Corte di giustizia nella sua giurisprudenza ha chiarito che nessuna istituzione può rinunciare alle sue competenze o trasferirle, né tanto meno arrogarsi le competenze di altre istituzioni<sup>5</sup>. Questo evidentemente significa che la violazione del principio dell'equilibrio da parte di un'istituzione europea potrebbe essere censurata dalla Corte di giustizia sulla base di un ricorso *ex art. 263* o *art. 265* TFUE. Allo stesso tempo, l'applicazione del principio dell'equilibrio istituzionale ha anche una valenza positiva nella misura in cui si salda col principio di leale cooperazione. Non basta infatti che le istituzioni dell'Unione rispettino le attribuzioni previste dai Trattati europei. Esse devono anche agire insieme in modo tale da permettere

<sup>1</sup> Sulla nozione di istituzione cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2017, pp. 62-64.

<sup>2</sup> Mentre il potere esecutivo è condiviso tra Consiglio europeo, Consiglio e Commissione, il potere legislativo appartiene al PE e al Consiglio con la Commissione titolare dell'iniziativa legislativa. Il potere giudiziario viene esercitato invece solo dalla Corte di giustizia. Cfr. K. LENAERTS, *L'evolution du cadre juridique-institutionnel de l'Union européenne*, in A. TIZZANO (a cura di), *Verso i 60 anni dai Trattati di Roma*, Torino, 2016, p. 5 ss., spec. pp. 8-9.

<sup>3</sup> *Ivi*, p. 8. In questo modo l'equilibrio istituzionale mira a preservare la struttura e l'autonomia dell'Unione. Cfr. M. F. CUCCHIARA, *Fiscal Compact e Meccanismo Europeo di Stabilità: quale impatto sull'equilibrio istituzionale dell'Unione?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, p. 91 ss., spec. p. 96.

<sup>4</sup> Per un'analisi più approfondita del principio vedi: J. P. JACQUÉ, *The Principle of Institutional Balance*, in *Common Market Law Review*, 2004 p. 383 ss.; P. MENGOZZI, *I giudici CE e l'equilibrio istituzionale comunitario*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2006, p. 117 ss.; T. CHRISTIANSEN, *The European Union after the Lisbon Treaty: An Elusive 'Institutional Balance'?* in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford, 2012, p. 137 ss.; M. DAWSON, F. DE WITTE, *Constitutional Balance in the EU after the Euro Crisis*, in *The Modern Law Review*, 2013, p. 817 ss.

<sup>5</sup> Più precisamente i Trattati hanno “instaurato un sistema di ripartizione delle competenze fra le varie istituzioni della Comunità secondo il quale ciascuna svolge una propria specifica funzione nella struttura istituzionale della Comunità e nella realizzazione dei compiti affidatele. Il rispetto dell'equilibrio istituzionale comporta che ogni istituzione eserciti le proprie competenze nel rispetto di quelle delle altre istituzioni. Impone altresì che possa essere sanzionata qualsiasi eventuale violazione di detta regola”: sentenza del 22 maggio 1990, causa C-70/88, *Parlamento c. Consiglio*, punti 21-22. Sul tema cfr. anche la sentenza del 6 maggio 2008, causa C-133/06, *Parlamento c. Consiglio*, punto 57. Per quanto concerne invece la delega di competenze esecutive alle agenzie dell'Unione, la Corte di giustizia ha elaborato una serie di condizioni e di limiti nella sua giurisprudenza a partire dal caso *Meroni*: sentenza del 13 giugno 1958, cause riunite 9 e 10/56, *Meroni c. Alta Autorità CECA*.

il buon funzionamento del processo decisionale<sup>6</sup>. Questo può richiedere l'adozione di accordi interistituzionali che favoriscano tale cooperazione, come quelli previsti dall'art. 295 TFUE<sup>7</sup>.

Mentre inizialmente il perseguimento dell'equilibrio istituzionale riguardava soprattutto il rapporto tra la Commissione, portatrice dell'interesse generale, ed il Consiglio, dove siedono i rappresentanti dei governi in carica, l'ascesa di un organo di rappresentanza dei cittadini, quale il PE, e di un nuovo organo intergovernativo, quale il Consiglio europeo, ha reso più complessa l'applicazione del principio<sup>8</sup>. Non solo sono aumentati i soggetti le cui prerogative devono essere rispettate, ma si sono anche instaurati tra di essi rapporti di collaborazione diversi a seconda della funzione che viene esercitata e delle priorità politiche perseguite in concreto.

È importante ricordare che il principio dell'equilibrio istituzionale non è statico ma dinamico, dal momento che l'ordinamento giuridico dell'Unione è in costante evoluzione ed i suoi organi si adattano nel tempo alle esigenze ed alle aspirazioni che emergono nel processo di integrazione europea<sup>9</sup>. In questo senso, l'equilibrio tra le istituzioni dell'Unione ha cambiato nel tempo il suo baricentro sulla base delle modifiche del diritto primario e dell'attuazione che di esso hanno dato le istituzioni stesse<sup>10</sup>. Mentre qualunque assetto istituzionale che rispetti i Trattati ed il principio di leale cooperazione è sicuramente legittimo, il rafforzamento di una certa istituzione a discapito di un'altra può determinare un'evoluzione della forma di governo dell'Unione in senso più sovranazionale o più intergovernativo<sup>11</sup>.

**3.** Tra le organizzazioni istituite dopo la seconda guerra mondiale per tutelare la pace e la cooperazione tra i popoli, l'Unione europea è di gran lunga quella che ha conosciuto il maggior numero di riforme del suo quadro istituzionale. Tale evoluzione riflette il continuo sviluppo del processo di integrazione europea, che sembra trovare un chiaro riferimento nell'obiettivo di creare un'unione *sempre più* stretta tra i popoli dell'Europa, di cui all'art. 1 TUE. Mentre non è ancora chiaro quale debba essere l'esito di questo processo, se la creazione di uno Stato federale o il rafforzamento di un'associazione di Stati sovrani sempre più interdipendenti, è possibile distinguere due modalità con cui l'ordinamento giuridico dell'Unione ed il suo equilibrio istituzionale si sono sviluppati negli ultimi decenni.

La prima consiste nell'adozione di emendamenti al diritto primario. Gli Stati membri hanno ormai attuato ben cinque riforme globali dei Trattati fondativi dell'organizzazione durante i 70 anni di vita del processo di integrazione europea<sup>12</sup>.

---

<sup>6</sup> R. ADAM, *Art. 13 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 129.

<sup>7</sup> *Ivi*, pp. 129-130; R. GEIGER, *Article 13 TEU*, in R. GEIGER, D. KHAN, M. KOTZUR (eds.), *European Union Treaties*, London, 2015, p. 79.

<sup>8</sup> Cfr. J. P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 388 ss.

<sup>9</sup> Cfr. L. WOODS, P. WATSON, M. COSTA, *EU Law*, London, 2017, pp. 25-26.

<sup>10</sup> Secondo Lenaerts, il quadro istituzionale è caratterizzato da una grande stabilità combinata con una flessibilità relativa: K. LENAERTS, *op. cit.*, p. 19.

<sup>11</sup> Cfr. L. S. ROSSI, *Equilibri istituzionali e metodi di integrazione dell'Unione: quale ruolo per la "nuova" Commissione europea?*, in A. TIZZANO (a cura di), *Verso i 60 anni*, cit., p. 65 ss., spec. p. 66.

<sup>12</sup> I trattati istitutivi dell'organizzazione, ovvero il Trattato di Parigi istitutivo della CECA (1951) e il Trattato di Roma istitutivo della CEE e dell'Euratom (1957) sono stati modificati con l'Atto unico europeo (1986), il Trattato di Maastricht (1992), il Trattato di Amsterdam (1997), il Trattato di Nizza (2001) e il Trattato di Lisbona (2007).

In seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'attuale art. 48 TUE disciplina sia la procedura ordinaria per la revisione di qualsiasi norma dei Trattati, sia due procedure semplificate, una per la modifica della parte terza del TFUE sull'azione interna dell'Unione (par. 6) ed una sull'attivazione delle "clausole passerella" per sostituire la procedura legislativa speciale con quella ordinaria ed il voto all'unanimità nel Consiglio con quello a maggioranza qualificata (par. 7). Tutte queste procedure richiedono l'unanimità degli Stati membri che possono riunirsi a livello di conferenza intergovernativa, nel caso della revisione ordinaria, o nel Consiglio europeo, nel caso delle procedure speciali. Nella loro veste di padroni dei Trattati, solo gli Stati membri possono infatti introdurre modifiche formali del quadro istituzionale e delle competenze attribuite a ciascun organo dell'Unione.

Accanto alla revisione del diritto primario, è possibile identificare un'altra modalità con cui l'ordinamento giuridico dell'Unione europea si è evoluto. Nello sviluppo della sua giurisprudenza, la Corte di giustizia è riuscita ad affermare un'interpretazione spesso innovativa dei Trattati europei che, deviando in modo fondamentale dalla lettura che ne era stata data precedentemente, ha determinato un mutamento sostanziale dell'ordinamento costituzionale dell'Unione<sup>13</sup>. Fra gli esempi più rilevanti si ricorda l'affermazione di alcuni principi cardine dell'ordinamento europeo, come quello dell'efficacia diretta e del primato del diritto UE. Inoltre la Corte di giustizia ha dedotto in via interpretativa poteri, che i Trattati non attribuivano espressamente alle istituzioni<sup>14</sup>, come il diritto del PE di impugnare gli atti del Consiglio lesivi delle sue competenze<sup>15</sup> o la possibilità per la Commissione di ritirare una proposta di atto legislativo<sup>16</sup>. Evidentemente, le innovazioni dell'ordinamento giuridico europeo determinate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia non trovano la loro legittimazione nel consenso esplicito degli Stati membri, quanto nella plausibilità e ragionevolezza degli argomenti che le hanno giustificate. In questo senso non contraddicono il testo dei Trattati, ma ne danno un'interpretazione nuova che, differenziandosi dalla precedente, meglio si addice ai mutamenti del contesto politico e giuridico imposti dal processo di integrazione europea. Evidentemente, affinché un mutamento sostanziale dell'ordinamento avvenga senza un emendamento formale del diritto primario, è comunque necessario che gli Stati membri e le altre istituzioni dell'Unione non si oppongano: essi devono, in altre parole, lasciare che la trasformazione avvenga<sup>17</sup>.

**4.** Negli ultimi decenni il processo di riforma dell'ordinamento giuridico europeo ha avuto tra le sue priorità quella di rafforzare l'applicazione del principio

<sup>13</sup> Alcuni autori hanno usato il concetto di "trasformazione" per descrivere questi momenti di evoluzione dell'ordinamento giuridico europeo determinati dall'attività ermeneutica della Corte di giustizia e distinti dalle revisioni formali dei Trattati. Cfr. J. H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, 1991, p. 2403 ss.; B. DE WITTE, *Euro Crisis Responses and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, p. 434 ss.; M. IOANNIDIS, *Europe's New Transformations: How the EU Economic Constitution Changed During the Eurozone Crisis*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 1237 ss.

<sup>14</sup> F. SPITALERI, *L'equilibrio istituzionale fra Parlamento europeo e Consiglio europeo nella nomina del Presidente della Commissione*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, p. 839 ss., spec. p. 839.

<sup>15</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 22 maggio 1990, causa C-70/88, *Parlamento c. Consiglio*.

<sup>16</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 14 aprile 2015, causa C-409/13, *Consiglio c. Commissione*.

<sup>17</sup> Cfr. B. DE WITTE, *op. cit.*, p. 448; M. IOANNIDIS, *op. cit.*, p. 1244.

democratico, che l'art. 2 TUE colloca tra i valori su cui si fonda l'organizzazione. Tale impegno ha cercato di dare una risposta al problema del cosiddetto “deficit democratico” dell'Unione, da intendersi come la percezione di un inadeguato livello di rappresentatività democratica da parte delle istituzioni europee che possono emettere atti di carattere legislativo senza essere soggette ad un sufficiente controllo politico da parte dei cittadini e dei loro rappresentanti<sup>18</sup>. Si tratta di una questione molto complessa, che si intreccia con alcune problematiche di fondo, quali la possibile formazione di un *demos* europeo<sup>19</sup>, la natura giuridica dell'organizzazione ed il destino ultimo del processo di integrazione.

L'art. 10 TUE afferma che il funzionamento dell'Unione si basa sulla democrazia rappresentativa. Pur non essendo questo l'unico strumento con cui i cittadini partecipano al processo decisionale, dal momento che l'art. 11 TUE prevede anche altre modalità con cui essi possono essere direttamente coinvolti, sicuramente la rappresentanza parlamentare costituisce l'applicazione più rilevante del principio democratico<sup>20</sup>. D'altronde, ben prima che il diritto primario sancisse solennemente l'importanza di questo modello, la Corte di giustizia aveva affermato nelle sentenze *Roquette Frères* e *Maizena* che la partecipazione del PE nel processo decisionale dell'Unione è “espressione di un fondamentale principio della democrazia, secondo cui i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa”<sup>21</sup>. Per lo stesso motivo la Corte ha giudicato che il mancato coinvolgimento del PE nel processo decisionale, anche a titolo consultivo, debba considerarsi una violazione del principio dell'equilibrio istituzionale<sup>22</sup>. Nella giurisprudenza successiva i giudici di Lussemburgo hanno ribadito che il principio democratico richiede una partecipazione del PE nel processo di produzione normativa, sia a titolo di cooperazione, che di co-decisione<sup>23</sup>. Infine, quando è a disposi-

<sup>18</sup> Cfr. U. DRAETTA, *I principi democratici dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 513 ss., spec. p. 514. Evidentemente il deficit viene argomentato partendo da posizioni stato-centriche. Cfr. F. RASPADORI, *Il deficit democratico della Unione europea visto attraverso le lenti stato-centriche*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, II, Bari, 2017, p. 651 ss., spec. pp. 651-652.

<sup>19</sup> Sulle affinità culturali dei popoli europei e la condivisione di una civiltà o identità comune cfr. E. TRIGGIANI, *Deficit democratico o di sovranità? Il rebus politico-istituzionale dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 9 ss., pp. 15-16. Cafaro richiama la distinzione tra *politeia* e *demos*: nell'Unione esisterebbero “una serie di *demoi* nazionali, che convivono pacificamente, ed una *politeia* europea, fatta di valori, principi e regole”: S. CAFARO, *Alcune riflessioni sul ruolo legittimante dei cittadini a fondamento del processo di integrazione europea*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO, *op. cit.*, p. 411 ss., spec. p. 414.

<sup>20</sup> F. DONATI, *Art. 10 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., pp. 90-91.

<sup>21</sup> Sentenze della Corte di giustizia del 29 ottobre 1980, causa 138/79, *Roquette Frères*, punto 33, e causa 139/79, *Maizena*, punto 34.

<sup>22</sup> *Ibidem*; sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2017, causa C-643/15, *Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, punto 160.

<sup>23</sup> Cfr., fra le altre, le sentenze della Corte di giustizia dell'11 giugno 1991, causa C-300/89, *Commissione c. Consiglio*, punto 20; del 10 giugno 1997, causa C-392/95, *Parlamento c. Consiglio*, punto 14; del 6 novembre 2008, causa C-155/07, *Parlamento c. Consiglio*, punti 77 e 78. Si noti tuttavia che recentemente la Corte ha ritenuto soddisfatto il principio democratico anche nelle procedure di negoziazione e conclusione di un accordo internazionale *ex art.* 218, par. 10, TFUE, in cui il PE è solo informato e non partecipa al processo decisionale ovvero alla produzione di atti normativi: sentenze del 24 giugno 2014, causa C-658/11, *Parlamento c. Consiglio*, punti 79 e 81; e del 14 giugno 2016, causa C-263/14, *Parlamento c. Consiglio*, punti 70 e 71. Sul tema cfr. M. E. BARTOLONI, *Il principio democratico rappresentativo nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Il deficit democratico dell'UE è*

zione una pluralità di basi giuridiche per l'adozione di un determinato atto, la Corte ha escluso il loro cumulo quando ciò può pregiudicare i diritti del PE<sup>24</sup>.

Data l'importanza della democrazia rappresentativa nell'ordinamento UE, si è dunque pensato che l'erosione delle competenze dei parlamenti nazionali determinata dal graduale trasferimento di sovranità a livello europeo dovesse essere compensata da uno speculare rafforzamento del PE nel quadro istituzionale dell'Unione<sup>25</sup>. Nonostante i numerosi progressi, tuttavia, tale processo resta ancora incompleto.

Innanzitutto il PE non è ancora pienamente coinvolto nell'adozione delle scelte più importanti che riguardano la vita politica dell'Unione europea<sup>26</sup>. Infatti, anche se la regola della codecisione tra PE e Consiglio si applica nell'adozione di gran parte degli atti legislativi, alcune rilevanti politiche dell'Unione, per esempio nell'ambito della PESC e della *governance* economica, restano appannaggio degli organi intergovernativi. Lo stesso vale per la nomina dei membri di alcune istituzioni europee e la designazione di alcune cariche monocratiche, con l'eccezione del Presidente del PE e, in parte, della Commissione europea. Interrogata al riguardo, la Corte di giustizia ha negato di poter rilevare una violazione del principio democratico, dal momento che l'estensione dei poteri del PE è il frutto di una scelta politica degli Stati membri e non può essere dedotta per via giurisprudenziale<sup>27</sup>.

Allo stesso tempo, il PE sembra a volte incapace di rappresentare efficacemente la volontà popolare, ovvero di trovare una sintesi tra i diversi interessi degli elettori e tradurla in una forte iniziativa politica. Ciò dipenderebbe dalla mancanza di una vera sfera pubblica europea, che alcuni attribuiscono all'assenza, o almeno all'imaturità, di un *demos* comune<sup>28</sup>, mentre altri a *deficit* normativi, quali la mancanza di una procedura elettorale europea o di liste transnazionali. Per questo motivo le elezioni europee tenderebbero a frammentarsi tra i vari Stati membri con candidati e programmi che portano avanti una prospettiva politica principalmente nazionale. Si ricordi inoltre che i Trattati UE prevedono una disparità di rappresentanza parlamentare tra i cittadini dell'Unione a causa del principio di proporzionalità degressiva nella distribuzione dei seggi tra gli Stati membri<sup>29</sup>.

---

una premessa necessaria?, in *I Post di AISDUE. Sezione "Convegni annuali e interinali"*, 2019, reperibile online, p. 32 ss., spec. pp. 35-36.

<sup>24</sup> Oltre alla sentenza *Commissione c. Consiglio* (C-300/89), punto 18, si vedano le sentenze del 10 gennaio 2006, causa C-94/03, *Commissione c. Consiglio*, punto 52, e causa C-178/03, *Commissione c. Parlamento e Consiglio*, punto 57. Secondo la Corte, il richiamo al principio democratico è idoneo solo ad escludere il cumulo di basi giuridiche. Non può invece determinare la base giuridica più appropriata. M. E. BARTOLONI, *op. cit.*, pp. 40-41.

<sup>25</sup> Così sembra suggerire la Corte costituzionale federale tedesca: sentenza del 12 ottobre 1993, *Maastricht-Urteil*, par. 100.

<sup>26</sup> F. DONATI, *op. cit.*, p. 92.

<sup>27</sup> Cfr. sentenza del 19 luglio 2012, causa C-130/10, *Parlamento c. Consiglio*, punto 82.

<sup>28</sup> Cfr. sentenza della Corte costituzionale federale tedesca del 30 giugno 2009, *Lissabon-Urteil*, paragrafi 280 e 286.

<sup>29</sup> *Ivi*, par. 284. Per un'analisi più generale sul *deficit* di rappresentatività del PE, cfr. F. RASPADORI, *Il deficit di rappresentatività del Parlamento europeo: limiti e soluzioni*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 121. ss.; R. ADAM, *Rappresentatività democratica e Parlamento europeo*, in G. NESI, P. GARGIULO (a cura di), *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione*, Napoli, 2015, p. 129 ss.

Da un certo punto di vista, la debolezza della rappresentanza parlamentare a livello europeo potrebbe non sembrare un problema: l'ordinamento giuridico dell'Unione non si basa infatti su un processo di autodeterminazione di un popolo, ma deriva da un atto di volontà dei Paesi membri che detengono la sovranità in ultima istanza<sup>30</sup>. Non avrebbe pertanto senso replicare a livello europeo le prerogative e le funzioni dei parlamenti nazionali. In altre parole, il PE sarebbe ontologicamente destinato ad un livello di rappresentatività inferiore e ad una partecipazione limitata al processo decisionale.

Contro questi argomenti, è stato giustamente notato che l'UE è ormai portatrice di un suo codice genetico e che il processo di costante riforma e trasformazione a cui è sottoposto il suo ordinamento fa sì che il superamento del *deficit* democratico richieda soluzioni diverse a seconda delle future evoluzioni del processo di integrazione europea<sup>31</sup>. Indipendentemente dal possibile consolidamento di un *demos* europeo, si deve allora trovare un equilibrio tra l'esigenza di integrazione, che necessita di un trasferimento di competenze a livello europeo, e la tutela della democrazia nazionale, che richiede invece una valorizzazione degli Stati membri nel processo decisionale.

In linea con questa interpretazione, è convincente la tesi secondo cui l'azione politica dell'Unione troverebbe ormai una doppia fonte di legittimazione democratica: i popoli degli Stati membri ed i cittadini europei<sup>32</sup>. I primi sono rappresentati dagli esecutivi nazionali, che siedono negli organi intergovernativi dell'organizzazione, in particolare il Consiglio europeo ed il Consiglio, e sono soggetti al controllo politico dei parlamenti degli Stati membri. I cittadini europei sono invece rappresentati dal PE grazie all'elezione a suffragio universale e diretto che avviene ogni 5 anni. La doppia legittimazione democratica troverebbe un'applicazione efficace nella procedura legislativa ordinaria, che richiede il coinvolgimento paritetico del Consiglio e del PE e permette ai parlamenti nazionali di vigilare sul rispetto del principio di sussidiarietà<sup>33</sup>.

Alla luce di queste riflessioni, il consolidamento del ruolo del PE nei processi decisionali fondamentali dell'Unione resta la via maestra per il superamento del *deficit* democratico.

---

<sup>30</sup> Un atto di autodeterminazione collettiva, come avviene a livello nazionale, non è ancora riproducibile a livello europeo. Vedi A. VON BOGDANDY, *The European Lesson for International Democracy: The Significance of Articles 9-12 EU Treaty for International Organizations*, in *European Journal of International Law*, 2012, p. 315 ss., spec. p. 323.

<sup>31</sup> F. DONATI, *op. cit.*, p. 93, e J. SNELL, "European Constitutional Settlement", *an Ever-Closer Union, and the Treaty of Lisbon: Democracy or Relevance?*, in *European Law Review*, 2008, p. 619 ss., spec. pp. 623-624, 641-642.

<sup>32</sup> A. VON BOGDANDY, *op. cit.*, pp. 322-325. In realtà, la tesi della doppia legittimazione potrebbe limitare l'estensione ed il rafforzamento delle competenze del PE in futuro anche per via giurisprudenziale. I giudici potrebbero infatti considerare meno drammatico il mancato coinvolgimento del PE nel processo decisionale, ritenendo sufficiente la legittimazione democratica garantita dal Consiglio, i cui membri sono responsabili davanti ai parlamenti nazionali. Sul tema cfr. M. STARITA, *I principi democratici nel diritto dell'Unione europea*, Torino, 2011, p. 215 ss.

<sup>33</sup> Si noti che la teoria della doppia legittimazione non è stata mai fatta propria dalla Corte di giustizia, secondo cui solo il PE è depositario di una legittimazione democratico-rappresentativa a livello dell'UE: M. E. BARTOLONI, *op. cit.*, p. 33.

5. Come è stato già anticipato, l'elezione a suffragio universale diretto del 1979 ha conferito al PE la legittimità politica necessaria per iniziare ad esercitare un ruolo propositivo nel processo di integrazione attraverso la richiesta di riforme importanti dell'ordinamento giuridico europeo e del suo equilibrio istituzionale. L'occasione si è presentata già nel 1984, quando il PE ha approvato a larga maggioranza il Progetto di Trattato sull'Unione europea elaborato da Altiero Spinelli (Progetto Spinelli), il quale avrebbe dovuto assorbire i trattati esistenti e creare un ordinamento giuridico nuovo e fortemente integrato. Anche se i governi si sono rifiutati di convocare una conferenza intergovernativa *ad hoc* per recepire il progetto, quest'ultimo è rimasto sotto molti aspetti il punto di riferimento per le richieste di riforma dell'ordinamento giuridico europeo che il PE ha avanzato nei decenni a seguire<sup>34</sup>.

Una prima rivendicazione portata avanti sin dall'adozione del Progetto Spinelli è stata l'introduzione della regola della codecisione tra PE e Consiglio nella procedura di adozione degli atti legislativi. Si ricordi che i Trattati fondativi delle Comunità europee riconoscevano all'assemblea parlamentare solo poteri limitati, che si riducevano essenzialmente alla consultazione nella funzione legislativa, all'approvazione del bilancio ed all'eventuale censura della Commissione. Le prime timide aperture ad un effettivo coinvolgimento dei parlamentari europei nel processo decisionale si sono avute solo con l'Atto unico europeo del 1986, che introduceva la cosiddetta procedura di "cooperazione"<sup>35</sup>. L'affermazione del metodo della codecisione ha avuto invece inizio con il Trattato di Maastricht del 1992. La regola è stata progressivamente estesa ad ambiti sempre più vasti delle politiche europee fino all'istituzionalizzazione della procedura legislativa ordinaria nel Trattato di Lisbona del 2007. Quest'ultima ha di fatto orientato il sistema istituzionale dell'Unione verso una sorta di bicameralismo, dal momento che il PE e il Consiglio condividono ormai sia la funzione di bilancio che quella legislativa<sup>36</sup>. Si può parlare al riguardo di un riequilibrio dei poteri tra il Consiglio e il PE<sup>37</sup>, anche se alcune materie particolarmente sensibili, come il diritto di famiglia, l'armonizzazione fiscale, alcuni profili delle politiche sociali e ambientali, restano sostanzialmente appannaggio del solo Consiglio<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Per un'analisi delle proposte del Progetto Spinelli, cfr. P. PONZANO, *Il Trattato "Spinelli" del febbraio 1984: l'avvio del processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in Altiero Spinelli - federalista europeo, Atti del Simposio organizzato dalla Commissione per gli Affari Costituzionali del Parlamento europeo nel settembre 2007, [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu), p. 41 ss.; R. MASTROIANNI, *Le riforme sul funzionamento dell'Unione Europea dal "Progetto Spinelli" del 1984 al Trattato di Lisbona: dall'utopia alla realtà*, Relazione presentata al convegno "Da Alcide De Gasperi ad Altiero Spinelli - Dalla Comunità economica all'Unione europea", tenutosi presso la Camera dei Deputati il 28 gennaio 2013, [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu).

<sup>35</sup> La procedura di cooperazione si poteva applicare solo nei casi in cui il Consiglio decideva a maggioranza qualificata. Il suo effetto principale era quello di costringere il Consiglio a ricercare l'unanimità per deliberare l'atto in caso di rigetto da parte del PE in seconda lettura. Cfr. G. STROZZI, *Il sistema normativo*, in P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, p. 147 ss., spec. p. 183.

<sup>36</sup> L. DANIELE, *Le istituzioni politiche dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: verso un nuovo equilibrio?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 43 ss., spec. pp. 44-45.

<sup>37</sup> E. TRIGGIANI, *Gli equilibri politici interistituzionali dopo la riforma di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 9 ss., spec. p. 14.

<sup>38</sup> L'adozione di atti legislativi in queste materie prevede un coinvolgimento del PE solo a titolo di consultazione o approvazione.

Una seconda richiesta che il PE ha avanzato a partire dal Progetto Spinelli è stata il suo coinvolgimento nella procedura di nomina della Commissione<sup>39</sup>. Tale rivendicazione era particolarmente strategica dal momento che il potere di iniziativa della Commissione nell'ambito della funzione legislativa e le sue competenze esecutive l'hanno resa per molto tempo il vero motore del processo di integrazione europea<sup>40</sup>. Sottoporre la nomina della Commissione al controllo parlamentare avrebbe quindi determinato un passo in avanti molto importante nel processo di democratizzazione dell'Unione.

Il coinvolgimento del PE nella procedura di nomina della Commissione è stato graduale. Il Trattato di Maastricht ha previsto che i governi designassero il Presidente della Commissione previa consultazione del PE<sup>41</sup> e che l'intero collegio dei commissari scelto dai governi in consultazione con il Presidente venisse approvato dal PE. Al potere di sfiducia *ex post* rappresentato dalla mozione di censura, si aggiungeva così il potere di negare la fiducia *ex ante* per impedire alla Commissione di entrare nell'esercizio delle sue funzioni. Il Trattato di Amsterdam ha ulteriormente rafforzato le prerogative del PE richiedendo un'approvazione con voto separato del Presidente<sup>42</sup>, il quale deve esprimere il suo consenso sui candidati commissari proposti dai governi<sup>43</sup>. A partire dal Trattato di Nizza, la scelta dei Capi di Stato o di governo è avvenuta a maggioranza qualificata, privando così i singoli leader di un diritto di veto sul nome del candidato alla Presidenza della Commissione. Come si vedrà in seguito, il Trattato di Lisbona ha previsto che il voto del PE nella procedura di nomina del Presidente della Commissione diventi un atto elettivo e che il Consiglio europeo debba tenere in considerazione le elezioni europee nella scelta del candidato Presidente. L'accordo quadro del 2010 tra le due istituzioni ha da ultimo previsto nuovi strumenti di controllo parlamentare, inclusa la possibilità di chiedere al Presidente della Commissione le dimissioni di un singolo membro del collegio<sup>44</sup>.

---

<sup>39</sup> L'art. 25 del Progetto Spinelli prevedeva che il Consiglio europeo nominasse il Presidente della Commissione e che quest'ultimo formasse la Commissione dopo aver consultato il Consiglio europeo. La Commissione avrebbe quindi sottoposto il suo programma al Parlamento e sarebbe entrata in funzione dopo aver ricevuto da quest'ultimo l'investitura. In realtà già la Dichiarazione di Stoccarda sull'Unione Europea del 19 giugno 1983 prevedeva che, prima di designare il Presidente della Commissione, il presidente dei rappresentanti dei governi degli Stati membri sentisse l'opinione dell'ufficio di Presidenza ampliato del PE. Dopo la nomina dei membri della Commissione da parte dei governi degli Stati membri, la Commissione presentava al Parlamento il suo programma per un dibattito ed un voto su tale programma.

<sup>40</sup> Si noti a tale proposito che l'ascesa del Consiglio europeo nel quadro istituzionale ha indebolito il ruolo propositivo della Commissione. Cfr. M. DAWSON, F. DE WITTE, *op. cit.*, pp. 830-831.

<sup>41</sup> Tale consultazione del PE consisteva in un parere obbligatorio, ma all'epoca non ancora vincolante. Si ricordi che il Trattato di Maastricht ha fatto coincidere la durata dell'incarico della Commissione con quella del Parlamento.

<sup>42</sup> A tale proposito il regolamento interno del PE ha previsto l'obbligo per il Presidente designato di fare una dichiarazione dinanzi al Parlamento, cui avrebbe fatto seguito una discussione e quindi un voto di approvazione. Tale norma è prevista dall'attuale art. 124 del regolamento del Parlamento europeo.

<sup>43</sup> L'art. 158, par. 2, TUE, così come formulato dal Trattato di Amsterdam, prevedeva infatti che “[i] governi degli Stati membri designano, di comune accordo con il presidente designato, le altre persone che intendono nominare membri della Commissione”.

<sup>44</sup> Accordo quadro sulle relazioni tra il Parlamento europeo e la Commissione europea del 20 novembre 2010. L'accordo prevede altresì alcune regole per i commissari che si vogliono candidare alle elezioni del PE, nuovi strumenti di dialogo politico tra le istituzioni, inclusa l'organizzazione di riunioni

Evidentemente non tutte le proposte contenute nel Progetto Spinelli volte a rafforzare il ruolo del PE sono state recepite dagli Stati membri attraverso una riforma del diritto primario. Per esempio, è stata rigettata l'introduzione di una procedura di revisione dei Trattati fondata sul metodo della codecisione tra Parlamento e Consiglio<sup>45</sup>, così come anche l'estensione del potere di iniziativa legislativa a queste due istituzioni<sup>46</sup>. Lo stesso vale per la proposta di estendere la codecisione anche alla definizione delle risorse proprie e all'adozione del quadro finanziario pluriennale<sup>47</sup>.

Mentre il Progetto Spinelli ha rappresentato un'iniziativa politica importante volta a creare una forte pressione sui governi degli Stati membri a favore di un rafforzamento dell'integrazione europea, negli anni '90 e 2000 il PE ha tentato di esercitare un ruolo riformatore partecipando al dibattito con i governi sulla revisione dei Trattati vigenti. Per esempio, il PE ha preso parte alla Convenzione convocata tra il febbraio 2002 e il luglio 2003 che ha elaborato il progetto di Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. In questo caso, ben 105 delegati rappresentanti delle famiglie politiche più importanti (Popolari, Socialisti e Liberali) hanno contribuito attivamente alla formulazione di alcuni compromessi politici, quali l'estensione del voto a maggioranza nel Consiglio e la definizione delle competenze del Presidente del Consiglio europeo<sup>48</sup>.

In seguito allo scoppio della crisi del debito sovrano ed all'aggravarsi dell'emergenza migratoria, il PE ha cercato di reagire tornando a chiedere a gran voce alcune riforme sostanziali del diritto primario al fine di rafforzare l'Unione e metterla nelle condizioni di affrontare le sfide principali che le si pongono davanti. Ciò è avvenuto non solo grazie ad un ruolo più attivo del suo Presidente, che ha partecipato al dibattito pubblico ed al dialogo interistituzionale per portare avanti le istanze della sua istituzione<sup>49</sup>, ma anche attraverso l'adozione di atti formali.

La proposta più rilevante è stata probabilmente la risoluzione “sulle evoluzioni e gli adeguamenti possibili dell'attuale struttura istituzionale dell'Unione europea”, con cui il PE ha approvato il Rapporto Verhofstadt il 16 febbraio 2017<sup>50</sup>. Il documento propone una serie di riforme ambiziose che riguardano diversi aspetti dell'ordinamento giuridico europeo. Considerando il sistema istituzionale, viene auspicato in particolare un rafforzamento del PE attraverso l'estensione delle sue

---

e lo scambio di documenti, ed un rafforzamento della cooperazione nell'attuazione delle procedure legislative.

<sup>45</sup> L'art. 84 del Progetto Spinelli affermava che ogni futuro progetto di revisione sarebbe stato “sottoposto all'approvazione dei due rami dell'autorità legislativa che deliberano secondo la procedura della legge organica. Il progetto così approvato è sottoposto alla ratifica degli Stati membri ed entra in vigore quando l'hanno tutti ratificato”.

<sup>46</sup> Art. 37, par. 2, del Progetto Spinelli. È vero, tuttavia, che gli articoli 225 e 241 TFUE riconoscono rispettivamente al PE e al Consiglio un diritto di pre-iniziativa.

<sup>47</sup> Cfr. art. 71, par. 2, e art. 74, par. 2, del Progetto Spinelli.

<sup>48</sup> E. BROK, *The Convention for a European Constitution*, in *The Federalist Debate*, 2003, p. 48 ss., spec. p. 48.

<sup>49</sup> Il Presidente del PE può raggiungere una maggiore visibilità nel dibattito politico non solo attraverso la partecipazione ad eventi pubblici e al rilascio di interviste, ma anche grazie alla pubblicazione di documenti di riflessione condivisi con i Presidenti delle altre istituzioni UE, sul modello della relazione dei cinque Presidenti “Completare l'Unione economica e monetaria in Europa”, 22 giugno 2015, [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu).

<sup>50</sup> Risoluzione del Parlamento europeo sulle evoluzioni e gli adeguamenti possibili dell'attuale struttura istituzionale dell'Unione europea, 16 febbraio 2017, doc. 2014/2248 (INI).

competenze alle decisioni in materia di politica migratoria, *governance* economica e politica estera e di sicurezza comune. Inoltre, viene rivendicata la piena attuazione del metodo della codecisione nella funzione legislativa, abolendo di fatto le procedure speciali. Infine, per quanto riguarda il rapporto tra PE e Commissione, viene specificatamente sostenuta la procedura dei cosiddetti *Spitzenkandidaten*, che verrà analizzata in seguito.

Si ricordi da ultimo che il 15 gennaio 2020 il PE ha approvato una posizione sulla “Conferenza sul futuro dell’Europa”, che la Commissione europea ha recentemente proposto per lanciare un dibattito tra le istituzioni europee, gli Stati membri e soprattutto i cittadini a proposito delle riforme e delle politiche che l’Unione dovrà attuare nei prossimi anni. A proposito, il PE ha avanzato una serie di proposte organizzative e di merito al fine di rendere questo momento di riflessione uno strumento di rilancio del processo di integrazione europea ed un’occasione per rafforzare le istituzioni democratiche dell’Unione<sup>51</sup>.

6. Lo spazio per un ulteriore rafforzamento del controllo parlamentare sul processo di nomina della Commissione è stato offerto dalla formulazione della procedura introdotta dal Trattato di Lisbona, sulla cui base il PE ha cercato di conquistare maggiore margine d’azione.

Innanzitutto, il nuovo art. 17, par. 7, TUE prevede che il Consiglio europeo non designi, bensì *proponga* a maggioranza qualificata un candidato alla presidenza della Commissione, che il PE dovrà dunque *eleggere* a maggioranza assoluta e non soltanto approvare<sup>52</sup>. In secondo luogo, viene previsto che nella selezione del candidato il Consiglio europeo debba tenere “conto delle elezioni del Parlamento europeo [ed effettuare] le consultazioni appropriate”. Ad una prima lettura, la nuova norma non sembra introdurre modifiche sostanziali alla procedura di nomina della Commissione<sup>53</sup>. Di certo, la scelta di trasformare il voto del PE in un atto elettivo ha rafforzato il legame tra il Presidente della Commissione e l’Europarlamento da cui egli deriva la sua autorità. Allo stesso tempo, resta necessaria un’iniziativa del Consiglio europeo volta ad individuare un candidato, senza la quale il PE non può procedere. Quanto all’obbligo di tenere in considerazione le elezioni europee, sembrerebbe di per sé un fatto quasi scontato, dal momento che il Presidente della Commissione deve comunque ricevere un voto sulla sua investitura dal PE. L’imposizione di un candidato non grato era dunque un fatto improbabile già secondo la precedente formulazione dei Trattati. Evidentemente, l’unico significato che si può desumere dall’indicazione di tenere in considerazione le elezioni europee, almeno sulla base di un’interpretazione letterale, è l’obbligo di rispettare il principio di leale cooperazione tra le istituzioni, che in questo caso graverebbe sul Consiglio europeo nei confronti del PE<sup>54</sup>.

Ulteriori chiarimenti sulla procedura in esame sono stati offerti dalla Dichiarazione 11 allegata al Trattato di Lisbona. Essa prevede che il PE e il

---

<sup>51</sup> Risoluzione del Parlamento europeo sulla posizione del Parlamento europeo in merito alla conferenza sul futuro dell’Europa, 15 gennaio 2020, doc. 2019/2990 (RSP).

<sup>52</sup> L’elezione a maggioranza assoluta ha lo scopo di rafforzare la legittimazione democratica del Presidente. Cfr. C. CURTI GIALDINO, *L’elezione del nuovo presidente della Commissione europea: profili giuridico-istituzionali*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2015, p. 137 ss., spec. p. 157.

<sup>53</sup> L. DANIELE, *op. cit.*, p. 47.

<sup>54</sup> F. SPITALERI, *op. cit.*, p. 853.

Consiglio europeo siano “congiuntamente responsabili” del buono svolgimento del processo che porta all’elezione del Presidente della Commissione europea. Per questo motivo, prima che il Consiglio europeo adotti una decisione sul nome del candidato, si dovranno svolgere delle consultazioni col PE nel quadro ritenuto più appropriato. Quest’ultime hanno lo scopo di definire il profilo del candidato alla carica di Presidente della Commissione, tenendo conto delle elezioni del PE. Le modalità di tali consultazioni potranno essere precisate di comune accordo tra il PE e il Consiglio europeo<sup>55</sup>. In ogni caso, l’organizzazione di consultazioni tra Parlamento e Consiglio europeo non sembra imporre un obbligo di risultato, ma un semplice adempimento procedurale. Ciò sembra confermato dall’art. 17, par. 7, TUE secondo cui, nel caso in cui il PE bocci il Presidente nominato dal Consiglio europeo, entro un mese quest’ultimo dovrà indicare un nuovo candidato. Sembra quindi prevista la possibilità di un disaccordo, almeno iniziale, tra le preferenze del PE e quelle del Consiglio europeo.

Come è stato già anticipato, nonostante i riferimenti giuridici relativamente scarni, il PE ha intravisto nella nuova formulazione della procedura di nomina della Commissione europea spazi sufficienti per tentare di innescare una trasformazione dell’equilibrio istituzionale dell’Unione a suo vantaggio. Su suggerimento di alcuni illustri esponenti della dottrina<sup>56</sup>, i principali partiti europei hanno infatti concordato un sistema volto a parlamentarizzare la scelta del candidato alla Presidenza della Commissione: la procedura degli *Spitzenkandidaten* (o “capilista”). Quest’ultima prevede che ciascun partito europeo (o eventualmente coalizione di partiti) nomini prima del voto europeo un candidato alla Presidenza della Commissione, il quale presenterà un suo programma. Dopo le elezioni, il capolista del gruppo parlamentare più votato dovrà essere sostenuto dal PE come candidato alla Presidenza della Commissione. In seguito alla nomina del candidato da parte del Consiglio europeo, che di fatto prende atto della selezione avvenuta tramite la competizione dei capilista, il PE potrà quindi eleggere il Presidente della Commissione<sup>57</sup>.

Lo scopo della procedura è evidentemente quello di collegare le elezioni del PE a quella del Presidente della Commissione, rafforzando allo stesso tempo la sua legittimità democratica ed indirettamente quella dell’intera istituzione. A tale proposito, si noti che a partire dal Trattato di Amsterdam al Presidente della Commissione sono stati progressivamente attribuiti strumenti di gestione e controllo sull’intero organo che hanno consentito allo stesso di emanciparsi dal ruolo di semplice *primus inter pares*<sup>58</sup>. Grazie alla legittimazione derivatagli dalla competizione elettorale, il Presidente potrebbe ora condizionare maggiormente la scelta dei singoli commis-

<sup>55</sup> Anche se non è stata ancora adottata una regolamentazione delle consultazioni, si è comunque consolidata una prassi in materia. Cfr. C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, p. 157, nota 55.

<sup>56</sup> Fra gli altri: G. BONVICINI, G. L. TOSATO, R. MATARAZZO, *I partiti politici europei e la candidatura del presidente della Commissione*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2009, p. 179 ss.; M. POIARES MADURO, B. De WITTE, M. KUMM, *The Euro Crisis and the Democratic Governance of the Euro*, in M. POIARES MADURO, B. De WITTE, M. KUMM (eds.), *The Democratic Governance of the Euro*, EUI RSCAS PP, 2012/08, 3-12, reperibile *online*, spec. pp. 4-5.

<sup>57</sup> L’idea degli *Spitzenkandidaten* ha fatto probabilmente la sua comparsa parziale per la prima volta nel progetto del PPE in vista della Convenzione sul futuro dell’Europa (“A Constitution for a Strong Europe”), approvato durante il Congresso di Estoril del 15 ottobre 2002. Cfr. C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, p. 151.

<sup>58</sup> Ciò si deduce da una serie di prerogative tra cui la scelta dei commissari (di comune accordo con i governi), la nomina dei vice-presidenti, la definizione degli ordini del giorno delle riunioni, l’affida-

sari<sup>59</sup>. Si capisce allora come, creando un automatismo di fatto tra l'elezione del PE e quella del Presidente della Commissione, il sistema degli *Spitzenkandidaten* abbia lo scopo di avvicinare l'Unione europea ad una forma di governo parlamentare, secondo cui la Commissione dovrebbe essere espressione di una maggioranza stabile nel PE che sostiene un suo programma politico.

In linea di principio, il sistema degli *Spitzenkandidaten* rappresenta un fattore di notevole cambiamento nella procedura di nomina della Commissione europea. Si tratterebbe infatti di un'evoluzione dell'ordinamento giuridico europeo, con la peculiarità che, questa volta, l'innovazione non sarebbe determinata dall'attività ermeneutica della Corte di giustizia, bensì dall'iniziativa politica del PE. La trasformazione non si baserebbe infatti sulla formulazione di un nuovo principio giuridico, bensì sulla modifica delle circostanze di fatto su cui si fonda la procedura descritta dal TUE. Il sistema degli *Spitzenkandidaten* non è altro, infatti, che un meccanismo volto a rendere più chiari i risultati delle elezioni del PE e ad imporli come criterio per la scelta del candidato Presidente della Commissione da parte del Consiglio europeo. Quest'ultimo non potrebbe infatti ignorare chi ha vinto una competizione elettorale ed ha ricevuto *ex ante* il sostegno di una maggioranza parlamentare. Si inaugurerebbe così una nuova "prassi costituzionale", che ha l'ambizione di modificare in modo rilevante il rapporto tra Parlamento, Commissione e Consiglio europeo e di essere possibilmente recepita in una futura revisione dei trattati<sup>60</sup>.

Evidentemente, al di là del suo potenziale, l'effettiva incidenza della procedura degli *Spitzenkandidaten* sull'equilibrio istituzionale dell'Unione dipende dal modo in cui la stessa viene attuata in concreto.

7. A partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la procedura degli *Spitzenkandidaten* è stata applicata due volte con esiti opposti.

In vista delle elezioni del 2014, la Commissione ed il PE hanno cercato di affermare la procedura attraverso l'adozione di alcuni atti di *soft law* in cui si invitavano i partiti europei a rendere noti i loro candidati alla carica di presidente della Commissione ed i rispettivi programmi. Fra questi, si ricordano la risoluzione

---

mento degli incarichi ai singoli commissari che devono operare sotto la sua autorità e la capacità di provocarne le dimissioni.

<sup>59</sup> Il consolidamento del legame tra Commissione e maggioranza parlamentare è anche favorito dal fatto che la nomina del candidato alla Presidenza della Commissione non deve avvenire per consenso fra tutti gli Stati membri, bensì a maggioranza qualificata. Cfr. F. SPITALERI, *op. cit.*, p. 848; R. ADAM, *Art. 17 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 187.

<sup>60</sup> La dottrina ha espresso opinioni diverse sull'attuazione della procedura degli *Spitzenkandidaten*. Da una parte, è stato evidenziato il rischio di violazione del principio di leale cooperazione tra Consiglio europeo e PE, la possibile perdita di indipendenza della Commissione e l'incapacità della procedura di incidere sull'effettivo trasferimento di legittimità democratica dal PE alla Commissione: B. GUASTAFERRO, *La prima volta del Presidente della Commissione 'eletto' dal Parlamento europeo. Riflessioni sui limiti del mimetismo istituzionale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 527 ss., spec. pp. 530-532; M. I. PAPA, *Elezioni europee e nomina del Presidente della Commissione europea: "questa volta è (veramente) diverso"?*, in *AIC - Osservatorio costituzionale*, maggio 2014, p. 1 ss., spec. pp. 10-11. Altri autori hanno sottolineato invece le potenzialità della procedura per quanto riguarda la formazione di una coscienza politica europea, una migliore espressione della volontà politica dei cittadini dell'Unione ed un rafforzamento della trasparenza nella selezione del Presidente della Commissione: J. H. WEILER, *Fateful Elections? Investing in the Future of Europe*, in *European Journal of International Law*, 2014, p. 361 ss., spec. p. 366; C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, p. 187; F. SPITALERI, *op. cit.*, p. 862.

del PE “sulle elezioni europee del 2014” del 22 novembre 2012<sup>61</sup>, il *blueprint* della Commissione sul completamento dell’Unione economica e monetaria del 28 novembre 2012<sup>62</sup>, la comunicazione della Commissione del 12 marzo 2013 “Prepararsi alle elezioni europee del 2014”<sup>63</sup> e la risoluzione del PE “sul miglioramento delle modalità pratiche per lo svolgimento delle elezioni europee” del 4 luglio 2013<sup>64</sup>. Sulla base di queste raccomandazioni, i partiti europei hanno scelto il loro candidato capolista per le elezioni del 2014. La selezione è stata fatta a tavolino, con l’eccezione importante del Partito Popolare Europeo (PPE) che ha preferito selezionare il suo candidato attraverso le primarie interne durante il suo congresso<sup>65</sup>.

Le elezioni, celebratesi tra il 22 e il 25 maggio 2014, hanno visto la vittoria dei partiti tradizionali pro-europei, anche se in diminuzione di consenso. Dal momento che il PPE aveva conquistato la maggioranza relativa dei voti, il suo capolista, l’ex Primo ministro lussemburghese Jean Claude Juncker, risultò essere il primo vincitore della competizione degli *Spitzenkandidaten*. Restava dunque da verificare se il Consiglio europeo avrebbe effettivamente accettato la richiesta dei partiti europei secondo cui il candidato del gruppo più votato sarebbe stato nominato candidato alla Presidenza della Commissione<sup>66</sup>. Nel giugno 2014, il Presidente del Consiglio europeo Van Rompuy avviò delle consultazioni con i presidenti dei gruppi politici e con gli esecutivi degli Stati membri. Nonostante alcune esitazioni del cancelliere tedesco Angela Merkel, fu presto chiaro che la quasi totalità dei *leader* nazionali era pronta a cedere alle pressioni del PE. Nonostante l’ampio consenso formatosi sulla scelta di Juncker, non mancarono comunque polemiche all’interno del Consiglio europeo. Per la prima volta nella storia di questa istituzione, infatti, non fu raggiunto un consenso unanime, dal momento che il Regno Unito e l’Ungheria preferirono votare contro la sua nomina<sup>67</sup>. Il PE non esitò comunque a sostenere il vincitore della pro-

<sup>61</sup> Risoluzione del Parlamento europeo sulle elezioni al Parlamento europeo nel 2014, 22 novembre 2012, doc. 2012/2829 (RSP).

<sup>62</sup> Comunicazione della Commissione, del 28 novembre 2012, Un piano per un’Unione economica e monetaria autentica e approfondita. Avvio del dibattito europeo, COM(2012)777 final.

<sup>63</sup> Comunicazione della Commissione, del 12 marzo 2013, Prepararsi alle elezioni europee 2014: rafforzare la democrazia e l’efficienza, COM(2013)126 final.

<sup>64</sup> Risoluzione del Parlamento europeo sul miglioramento delle modalità pratiche per lo svolgimento delle elezioni europee del 2014, 4 luglio 2013, doc. 2013/2102 (INI).

<sup>65</sup> I candidati sono stati l’allora Presidente del Parlamento europeo, Martin Schulz, per il Partito Socialista Europeo (PSE), l’ex Primo ministro lussemburghese Jean-Claude Juncker per il Partito Popolare Europeo (PPE), Guy Verhofstadt per i liberali dell’ALDE, la coppia Ska Keller e José Bové per il partito dei Verdi e Alexis Tsipras per la sinistra GUE. I partiti euroscettici di destra preferirono non nominare alcun candidato per non legittimare una procedura che temevano avrebbe rafforzato la natura sovranazionale dell’Unione europea.

<sup>66</sup> La sera prima della riunione informale dei Capi di Stato e di governo del 27 maggio 2014, che avrebbe discusso la nomina del nuovo Presidente della Commissione europea, la conferenza dei Presidenti del PE uscente dichiarò ufficialmente che Juncker sarebbe stato il primo a tentare di creare una maggioranza, quale candidato del gruppo parlamentare più grande. Pertanto, il Consiglio europeo veniva invitato a iniziare un dialogo con il PE sulla base di questa dichiarazione e nel rispetto del Trattato. Cfr. Dichiarazione della conferenza dei Presidenti sull’elezione del Presidente della Commissione, 27 maggio 2014, [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu). Il Presidente del Consiglio europeo Hermann Van Rompuy dichiarò che avrebbe preso nota della dichiarazione della conferenza dei Presidenti del PE. Cfr. Osservazioni del presidente Herman Van Rompuy a margine del pranzo informale dei capi di Stato o di governo, 27 maggio 2014, [www.consilium.europa.eu](http://www.consilium.europa.eu).

<sup>67</sup> Cfr. D. DINAN, *op. cit.*, pp. 96-98.

cedura degli *Spitzenkandidaten*, eleggendo Juncker Presidente della Commissione con una solida maggioranza.

Nonostante il successo registrato nel 2014, la campagna elettorale degli *Spitzenkandidaten* nel 2019 è iniziata sotto auspici incerti. Da una parte, il PE ha cercato di “blindare” in via preventiva l’attuazione della procedura attraverso l’adozione di atti giuridici. Nella decisione sulla revisione dell’accordo quadro sulle relazioni tra il Parlamento europeo e la Commissione europea del febbraio 2018, il PE dichiarava per esempio di essere pronto “a respingere qualsiasi candidato, nella procedura d’investitura del Presidente della Commissione, che non sia stato nominato ‘Spitzenkandidat’ in vista delle elezioni europee”<sup>68</sup>. Il nuovo punto 4 dell’accordo quadro ha previsto tra l’altro un riferimento esplicito alla procedura, nella misura in cui autorizza i membri della Commissione in carica ad essere designati *Spitzenkandidat* dai partiti europei per le successive elezioni. In tutta risposta, il Consiglio europeo nel *summit* informale del 23 febbraio 2018 escludeva qualunque forma di automatismo nella designazione del Presidente della Commissione europea<sup>69</sup>. Il PE ribatteva da ultimo con la risoluzione sullo “Stato del dibattito sul futuro dell’Europa” del 13 febbraio 2019, nella quale sottolineava “la sua determinazione a dare seguito al processo degli *Spitzenkandidaten* per l’elezione del prossimo presidente della Commissione”<sup>70</sup>. Si noti che anche la Commissione aveva già confermato il suo sostegno alla procedura con la raccomandazione “sul rafforzare la natura europea e l’efficienza nello svolgimento delle elezioni del Parlamento europeo del 2019” del 14 febbraio 2018<sup>71</sup>.

Nei mesi precedenti alle elezioni, i congressi dei partiti pro-europei hanno scelto un loro candidato ed hanno iniziato la campagna elettorale confidando che anche questa volta la procedura degli *Spitzenkandidaten* sarebbe stata applicata<sup>72</sup>. Le elezioni, celebrate tra il 23 e il 26 maggio 2019, hanno visto prevalere le forze europeiste che, contro molti pronostici, si sono imposte in quasi tutti gli Stati membri<sup>73</sup>. Dal momento che, anche se in discesa rispetto alle precedenti elezioni, il PPE si confermava primo partito, il suo capolista, Manfred Weber, ha potuto reclamare per sé la vittoria della seconda competizione degli *Spitzenkandidaten*. Tuttavia, già in occasione della riunione informale del 28 maggio 2019, il Presidente Tusk ribadiva che il Consiglio europeo avrebbe esercitato il suo ruolo nella nomina del candidato alla Presidenza della Commissione e che pertanto non avrebbero potuto

---

<sup>68</sup> Decisione del Parlamento europeo sulla revisione dell’accordo quadro sulle relazioni tra il Parlamento europeo e la Commissione europea, 7 febbraio 2018, doc. 2017/2233 (ACI).

<sup>69</sup> Osservazioni del presidente Donald Tusk a seguito della riunione informale dei 27 capi di Stato o di governo del 23 febbraio 2018, [www.consilium.europa.eu](http://www.consilium.europa.eu).

<sup>70</sup> Risoluzione del Parlamento europeo sullo stato del dibattito sul futuro dell’Europa, 13 febbraio 2019, doc. 2018/2094 (INI).

<sup>71</sup> Raccomandazione della Commissione europea, del 13 febbraio 2018, sul rafforzare la natura europea e l’efficienza nello svolgimento delle elezioni del Parlamento europeo del 2019, COM(2018)95 final.

<sup>72</sup> Il PPE scelse il suo capogruppo al PE Manfred Weber, il PSE optò per il Vice-Presidente uscente del Parlamento europeo Frans Timmermans, mentre i verdi e i liberali scelsero entrambi una squadra di candidati composta soprattutto da ex parlamentari europei. Perfino i conservatori e riformisti, anche se eurosceettici, optarono per il ceco Jan Zahradil.

<sup>73</sup> Il calo di consenso per i partiti pro-europei tradizionali è stato in gran parte bilanciato dalla crescita di altre forze europeiste, in particolare i verdi e i liberali.

esserci automatismi<sup>74</sup>. Allo stesso tempo, nonostante i gruppi parlamentari confermassero la loro fedeltà alla procedura degli *Spitzenkandidaten*<sup>75</sup>, il sostegno nei confronti della candidatura di Weber non si dimostrava affatto solido. Dubbi sulla sua persona furono espressi da molti eurodeputati, anche tra le fila del suo stesso partito<sup>76</sup>. Non fu pertanto difficile per il Presidente francese Emmanuel Macron, da sempre contrario alla procedura dei capilista e alla nomina di Weber, convincere un numero sufficiente di leader, ed in particolare Angela Merkel, circa l'opportunità di scegliere un candidato diverso e potenzialmente meno divisivo per lo stesso PE.

Caduto il nome di Weber alla riunione del Consiglio europeo del 20 giugno, il 2 luglio 2019 il Consiglio europeo ha finalmente trovato l'accordo intorno alla candidatura della cristiano-democratica Ursula von der Leyen, allora ministro della difesa tedesco, che non aveva partecipato alla procedura degli *Spitzenkandidaten*. Von der Leyen ha ricevuto il sostegno di tutti i *leader*, tranne della stessa Merkel, dal cui governo proveniva e che ha preferito pertanto astenersi. Le reazioni del PE alla decisione del Consiglio europeo sono state diverse. Mentre alcuni deputati hanno espresso rammarico per l'esclusione degli *Spitzenkandidaten* dalla nomina, la maggior parte dei partiti europeisti non si sono opposti al nome di von der Leyen. In seguito ai colloqui bilaterali con la candidata, un rifiuto netto è arrivato solo dagli euroscettici, oltre che dai verdi<sup>77</sup>. Al voto decisivo del 14 luglio, dopo un lungo discorso in cui prometteva tra l'altro di rilanciare il sistema degli *Spitzenkandidaten* per le prossime elezioni, von der Leyen incassava con uno stretto margine il sostegno della maggioranza assoluta degli eurodeputati.

**8.** Mentre il destino della procedura degli *Spitzenkandidaten* ed il possibile ribilanciamento dell'equilibrio istituzionale che ne conseguirebbe restano incerti, il PE è riuscito a conquistare negli ultimi anni un altro strumento di controllo sulla procedura di formazione della Commissione.

In seguito all'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, che gli garantiva il potere di approvare la Commissione, il PE ha modificato il suo regolamento interno per introdurre l'obbligo per i candidati Commissari di essere sottoposti a uno scrutinio parlamentare individuale prima del voto sull'intero collegio. Approfittando del silenzio del TUE, il PE è così riuscito a dedurre dal suo potere di approvazione collegiale quello che, nella sostanza, è un potere di approvazione individuale.

La procedura è prevista dall'attuale allegato VII al regolamento interno del PE. Dopo che il Presidente eletto della Commissione europea ha concordato con i singoli Stati membri una lista di candidati, questi ultimi devono essere confermati innanzitutto dalla commissione parlamentare competente per le questioni giuridiche, che esamina i loro eventuali conflitti di interesse finanziari; quindi, una volta superato questo primo controllo tecnico, i candidati commissari devono comparire davanti alla commissione parlamentare competente per materia in base al portafoglio.

<sup>74</sup> Osservazioni del presidente Donald Tusk a seguito del pranzo informale dei capi di Stato o di governo dell'UE, 28 maggio 2019, [www.consilium.europa.eu](http://www.consilium.europa.eu).

<sup>75</sup> Dichiarazione della conferenza dei Presidenti sull'elezione del Presidente della Commissione, 28 maggio 2019, [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu).

<sup>76</sup> M. DE LA BAUME, D. M. HERSZENHORN, *EPP Loves Weber but Some Party Members Doubt He Is 'The One'*, in *Politico*, 12 giugno 2019, [www.politico.eu](http://www.politico.eu).

<sup>77</sup> Anche i membri tedeschi del PSE si sono opposti, soprattutto per questioni di politica interna alla *Grosse Koalition* al governo in Germania.

glio per il quale sono candidati. Solo dopo tali audizioni ci potrà essere il voto del *plenum* sull'intero collegio. Il regolamento prevede altresì una serie di criteri per la valutazione degli aspiranti commissari. Oltre ai requisiti della competenza generale, impegno europeo ed indipendenza personale, già menzionati nell'art. 17, par. 3, TUE, viene presa in considerazione anche la conoscenza che il candidato ha del futuro portafoglio e la sua capacità di comunicazione, oltre che l'equilibrio di genere all'interno dell'intero collegio.

Lo scrutinio parlamentare ha assunto negli ultimi anni un ruolo sempre più importante per la formazione del collegio. Evidentemente, le audizioni hanno permesso al PE di non dover “prendere o lasciare” l'intera lista di candidati commissari predisposta dai governi, in accordo con il Presidente eletto, ma di partecipare alla sua definizione, anche se in via subordinata. Nella misura in cui il PE – attraverso la commissione parlamentare incaricata dello scrutinio – riesce a condizionare la composizione del collegio, si verifica dunque un'ulteriore trasformazione dell'equilibrio istituzionale.

Si noti tra l'altro che, mentre il Presidente eletto della Commissione non ha mai respinto, almeno apertamente, i candidati proposti dai singoli governi, negli ultimi anni il PE ha usato con sempre maggior frequenza e disinvoltura il suo potere di bocciatura. Si prenda in considerazione la recente formazione della Commissione Von der Leyen. Mentre la commissione affari giuridici del PE ha bloccato la candidata rumena Rovana Plumb ed il candidato ungherese László Trócsányi per presunti conflitti di interesse, le commissioni industria e mercato interno hanno bocciato la candidata francese Silvy Goulard per “questioni etiche” legate ad alcune sue consulenze esterne al *think tank* statunitense Berggruen e ad un'indagine amministrativa relativa ad una sua ex assistente parlamentare. Anche se le motivazioni allegate dal PE riguardavano formalmente la persona del candidato, in realtà i gruppi parlamentari hanno fatto valutazioni più ampie anche di natura politica. Per esempio il candidato ungherese è stato apertamente criticato per le iniziative che lo stesso, in qualità di Ministro della giustizia del governo Orban, ha preso sia in funzione della criminalizzazione delle ONG che lavorano con i rifugiati, sia in funzione dell'indebolimento dell'indipendenza della magistratura<sup>78</sup>. La bocciatura della candidata francese invece è stata interpretata da molti come una “vendetta” del PPE contro il Presidente francese Macron per la sua opposizione alla procedura degli *Spitzenkandidaten*<sup>79</sup>.

9. L'analisi svolta ha dato conto dell'impegno del PE a favore di un'evoluzione dell'equilibrio istituzionale dell'Unione che prenda in maggior considerazione la volontà dei rappresentanti dei cittadini europei. L'iniziativa politica del PE si è tradotta innanzitutto in una serie di richieste di riforma dei Trattati, aventi ad oggetto in particolare l'estensione della regola di codecisione ed il suo coinvolgimento nella procedura di nomina della Commissione. Sulla base dei progressi normativi raggiunti, il PE ha sviluppato una nuova strategia di consolidamento delle sue prerogative e di modifica dell'equilibrio istituzionale dell'Unione a suo vantaggio. Sia la procedura degli *Spitzenkandidaten*, sia l'uso delle audizioni parlamentari

---

<sup>78</sup> Si ricordi la proposta di legge da lui avanzata relativa all'instaurazione di tribunali amministrativi speciali incaricati della lotta alla corruzione sotto il controllo del governo.

<sup>79</sup> Cfr. E. CANNIZZARO, *Editorial. The European Parliament at the First Crusade*, in *European Papers*, 2019, p. 423 ss., spec. p. 423.

hanno cercato di innescare una trasformazione dell'ordinamento giuridico europeo che realizzi una sorta di via europea alla forma di governo parlamentare. Come conseguenza della riduzione dei margini d'azione del Consiglio europeo e del rafforzamento dei candidati del PE, la Commissione dovrebbe ambire ad emanciparsi dall'influenza dei governi nazionali e diventare espressione di una maggioranza parlamentare impegnata a realizzare un programma politico. Tale processo determinerebbe anche la nascita di una sfera pubblica europea e la formazione di veri partiti politici transnazionali<sup>80</sup>.

Resta da chiedersi se il rafforzamento del controllo politico del PE sulla Commissione sia auspicabile e se sia un processo effettivamente in grado di consolidarsi nel quadro giuridico esistente.

I critici di un tale sviluppo osservano che una Commissione politicizzata, il cui Presidente emerga da una competizione elettorale, potrebbe con più fatica esercitare quel ruolo di guardiano *super partes* dei Trattati che il diritto UE le affida. Si ricordi a tale proposito che l'art. 17, par. 3, TUE afferma che la Commissione esercita le sue responsabilità in piena indipendenza. Quest'ultima rappresenta una condizione necessaria per compiere alcune valutazioni e scelte di natura tecnica come la supervisione sulla finanza pubblica nazionale o l'attuazione della normativa *antitrust*<sup>81</sup>. Condizionamenti politici rischiano di pregiudicare l'operato della Commissione e di indebolire la sua autorità nei confronti di quegli Stati membri governati da maggioranze diverse da quelle che siedono nel PE<sup>82</sup>.

Si tratta di preoccupazioni legittime, ma che ormai non possono invertire un processo in atto. È passato infatti il tempo in cui l'integrazione europea era data come qualcosa di scontato ed ineluttabile a cui tutte le forze politiche, o quasi, aderivano, anche se accentuandone aspetti diversi. Il progetto di unificazione del vecchio continente è diventato un tema politicamente divisivo e molto spesso rappresenta la vera linea di demarcazione tra le forze politiche, intorno a cui vengono create maggioranze politiche nei parlamenti nazionali e nelle istituzioni europee<sup>83</sup>. Ciò è dipeso innanzitutto dal progressivo processo di "sovrannazione" dell'Unione, che ormai fa sì che molte delle decisioni che hanno un impatto diretto sulla vita dei cittadini vengano prese a livello europeo. In secondo luogo, è fortemente dibattuto se l'Unione debba essere dotata di nuove competenze al fine di gestire insieme una serie di problematiche comuni, o se i Paesi membri debbano recuperare almeno parte della loro sovranità. Questa evoluzione del processo di integrazione fa sì che, ine-

<sup>80</sup> C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, pp. 163-164.

<sup>81</sup> La tendenza alla politicizzazione sarebbe invece meno preoccupante in relazione alla funzione di iniziativa legislativa della Commissione, essendo questa una funzione tipicamente politica. Cfr. U. VILANI, *Considerazioni sulla democratizzazione dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 217 ss., spec. p. 220.

<sup>82</sup> Sui rischi di politicizzazione della Commissione europea cfr. H. GRABBE, S. LEHNE, *The 2014 Elections: Why A Partisan Commission President Would Be Bad for the EU*, Centre for European Reform, ottobre 2013, [www.carnegieendowment.org](http://www.carnegieendowment.org); E. BEST, S. LANGE, *European Elections and Questions of Legitimacy*, in *BEPA Monthly*, 2014, n. 74, p. 5; B. GUASTAFERRO, *op. cit.*, pp. 532-533. Contro queste critiche è stato notato che in realtà l'indipendenza di cui deve godere la Commissione non ha lo scopo di renderla non politica, quanto di farle mantenere un ruolo di autonomia e neutralità rispetto ai governi al fine di perseguire l'interesse generale: cfr. C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, pp. 164-165.

<sup>83</sup> Sui nuovi equilibri politico-istituzionali a livello europeo ed il confronto tra partiti sovranisti e pro-europei, cfr. G. CAGGIANO, *Brevi riflessioni sugli equilibri politico-istituzionali nella prospettiva dell'elezione del Parlamento europeo del 2019*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 19 ss.

vitabilmente, la Commissione debba esprimere un certo orientamento politico e che la corsa alla Presidenza diventi sempre più competitiva e rilevante per gli elettori.

Mentre il processo di politicizzazione della Commissione è probabilmente inevitabile, il controllo crescente del PE su di essa non ha comunque portato ancora all'esautorazione delle istituzioni intergovernative, i cui equilibri interni continuano a determinare gli esiti della procedura di nomina del collegio. Anche se l'applicazione della procedura degli *Spitzenkandidaten* e l'uso delle audizioni dei candidati commissari hanno il potenziale di attuare una trasformazione dell'ordinamento giuridico che avvicini l'Unione ad un "governo del parlamento", tale processo non si è ancora compiuto. Per il tempo a venire, là dove la prassi dei capilista dovesse continuare, è probabile che la scelta del nome del Presidente e degli altri commissari verrà determinata dai rapporti di forza che di volta in volta si manifesteranno tra i governi ed il PE. Questi dipenderanno in gran parte dalla compattezza interna di ciascun fronte. Quanto più gli Stati membri sosterranno in principio la procedura dei capilista ed i gruppi parlamentari saranno coordinati, tanto più sarà semplice per il PE imporre un suo candidato. Allo stesso tempo, se i partiti europei non si muoveranno compatti dietro agli *Spitzenkandidaten*<sup>84</sup>, sarà più facile per il Consiglio europeo ignorare la procedura.

## Abstract

### The Role of the European Parliament in the Development of the Institutional Balance of the European Union. Some Considerations in the Light of the most Recent Practice

The essay studies the development of the institutional balance in the European Union in the light of the political role played by the European Parliament (EP). The first part of the work recalls a number of preliminary concepts, which help to clarify the analysis, such as the principle of institutional balance, the 'democratic deficit' of the Union and the transformations of the European legal order. The second part considers the most important proposals of Treaties' amendment put forward by the EP over the last decades and verifies how they have been implemented. The third part focuses on the evolution of the institutional balance triggered by some recent political initiatives of the EP, in particular the *Spitzenkandidaten* procedure and the use of parliamentary hearings. The conclusions try to draw on general considerations on the strengthening of the EP in the institutional framework of the Union.

---

<sup>84</sup> Un Parlamento sempre più frammentato, dove nessuna forza riesce a prevalere nettamente, potrebbe avere più difficoltà a sostenere un candidato solido davanti al Consiglio europeo. Cfr. F. SPITALERI, *op. cit.*, p. 854.



Anna Pau\*

# “*Made in Settlements*”! Il consumatore europeo deve sapere se i beni sono prodotti in un territorio palestinese occupato da Israele

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il contesto storico e giuridico della causa in esame e la posizione dell’UE con riguardo ai territori occupati. – 3. I fatti all’origine del rinvio pregiudiziale e gli atti oggetto di interpretazione. – 4. Le conclusioni dell’Avvocato generale. – 5. Il giudizio della Corte di giustizia. – 6. Commento. – 7. Rilievi conclusivi.

1. Il 12 novembre 2019 la Corte di giustizia dell’Unione europea ha emesso una sentenza<sup>1</sup> che tocca ancora una volta, dopo la sentenza *Brita*<sup>2</sup>, il tema dell’indicazione di origine dei prodotti provenienti dagli insediamenti israeliani nei territori palestinesi.

Il rinvio pregiudiziale in esame riguarda l’interpretazione del regolamento n. 1169/2011 relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori<sup>3</sup>. La Corte ha avuto occasione di occuparsi del diritto dei popoli all’autodeterminazione e ha assicurato che l’Unione lo rispetti, in linea con il principio per cui l’Unione contribuisce alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale<sup>4</sup>. Alla base delle conclusioni della Corte vi è la tutela del consumatore europeo, potenzialmente sensibile a tematiche di varia natura, tra le quali viene fatta rientrare – tramite un’interpretazione estensiva della normativa europea – la violazione del diritto internazionale da parte di Israele negli insediamenti dei territori occupati. Tale circostanza sarebbe capace, sulla base della valutazione del giudice europeo,

\* Dottoranda in Diritto internazionale e dell’Unione europea dell’Università di Pisa.

<sup>1</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 2019, causa C-363/18, *Organisation juive européenne e Vignoble Psagot Ltd c. Ministre de l’Économie et des Finances*, in seguito: sentenza *Organisation juive européenne*.

<sup>2</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 25 febbraio 2019, causa C-386/08, *Brita c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, in seguito: sentenza *Brita*.

<sup>3</sup> Regolamento (UE) n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, relativo alla fornitura d’informazioni sugli alimenti ai consumatori, in seguito: regolamento 1169/2011.

<sup>4</sup> Art. 3, par. 5, TUE.

di influenzarne in senso negativo le scelte di acquisto. La Corte ha così avuto occasione di riaffermare che l'Unione rispetta il diritto internazionale, come avvenuto con la sentenza *Brita*. Tuttavia, nella sentenza in esame, si è pronunciata in maniera più netta e convincente, prendendo posizione, nel contesto dell'irrisolto conflitto israeliano-palestinese, contro il riconoscimento della legittimità degli insediamenti.

La presente nota darà brevemente conto della situazione degli insediamenti israeliani nel territorio palestinese, nonché della politica mediterranea dell'Unione europea e degli accordi da questa stipulati con Israele e l'Organizzazione per la liberazione della Palestina<sup>5</sup>. Seguiranno alcune osservazioni sui fatti all'origine del rinvio pregiudiziale e l'illustrazione degli atti oggetto del giudizio in esame. Si esamineranno quindi le argomentazioni dell'Avvocato generale e della Corte, per compiere una riflessione sull'importanza della pronuncia in questione, paragonando la posizione assunta con quella della citata sentenza *Brita* e delle più recenti sentenze *Front Polisario*<sup>6</sup> e *Western Sahara Campaign UK*<sup>7</sup>. Queste ultime riguardano il principio di autodeterminazione nel contesto del conflitto tra popolo Sahrawi e Marocco ed hanno attirato l'attenzione della dottrina e, talvolta, talune critiche<sup>8</sup>.

2. Nel 1967, durante la “guerra dei sei giorni”, Israele ha occupato alcuni territori che precedentemente facevano parte di (o erano controllati da) altri Stati<sup>9</sup>, agendo in violazione della Linea verde stabilita nel 1949 tramite gli armistizi firmati da Israele da una parte, ed Egitto, Giordania, Libano e Siria, dall'altra, con la mediazione delle Nazioni Unite. Per quanto riguarda i territori della Cisgiordania – compresa Gerusalemme Est – e della Striscia di Gaza, questi erano rispettivamente occupati da Giordania ed Egitto<sup>10</sup>. Dal 1967 al 2017 Israele ha stabilito, soltanto nel territorio della Cisgiordania, 121 insediamenti riconosciuti come legittimi dal Ministro dell'interno israeliano, oltre a circa 100 altri insediamenti non ufficialmente autorizzati ma costruiti con supporto ed assistenza governativa<sup>11</sup>. Nel 1979, a seguito di un trattato di pace tra Israele ed Egitto, il territorio del Sinai è stato

<sup>5</sup> In seguito: OLP.

<sup>6</sup> Sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione) del 21 dicembre 2016, causa C-104/16, *Consiglio dell'Unione europea c. Front populaire pour la libération de la saquia-el-hamra et du rio de oro (Front Polisario)* e *Commissione dell'Unione europea*, in seguito: sentenza *Front Polisario*.

<sup>7</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2018, causa C-266/16, *Western Sahara Campaign UK c. Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs, Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, in seguito: sentenza *Western Sahara Campaign UK*.

<sup>8</sup> Per alcuni commenti critici sul metodo interpretativo della Corte di giustizia cfr. J. ODERMATT, *Fishing in Troubled Waters*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 751 ss.; A. C. PRICKARTZ, S. HUMMELBRUNNER, *EU-Morocco Trade Relations, Western Sahara and International Law: The Saga Continues in C-266/16 Western Sahara Campaign UK*, in *European Law Blog*, 2018, reperibile online; E. KASSOTI, *The ECJ and the Art of Treaty Interpretation: Western Sahara Campaign UK*, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 209 ss. Per approfondimenti sulle critiche di quest'ultima Autrice si veda, *infra*, par. 6.

<sup>9</sup> La penisola del Sinai faceva parte dell'Egitto, mentre quest'ultimo aveva amministrato la Striscia di Gaza dal 1948 al 1967; le Alture del Golan facevano parte della Siria; la Giordania aveva amministrato, sempre dal 1948 al 1967, la Cisgiordania e Gerusalemme Est.

<sup>10</sup> Cfr. [www.mfa.gov.il](http://www.mfa.gov.il).

<sup>11</sup> Cfr. lo studio della ONG israeliana B'TSELEM, *The Israeli Information Center for Human Rights in the Occupied Territories, By Hook and By Crook – Israeli Settlement Policy in the West Bank*, 2010, reperibile online, e J. CRAWFORD, *Legal Opinion: Third Party Obligations with Respect to Israeli Settlements in the Occupied Palestinian Territories*, 2012, par. 6 ss., reperibile online.

restituito a quest’ultimo, dopo che gli insediamenti *ivi* presenti furono smantellati. Nel 2005, anche 16 insediamenti nella Striscia di Gaza – e altri 4 nel nord della Cisgiordania – furono eliminati da Israele, in ottemperanza al Piano di disimpegno unilaterale israeliano, portato a termine nell’agosto dello stesso anno<sup>12</sup>. Attualmente la Cisgiordania – compresa Gerusalemme Est – è per gran parte occupata da Israele, mentre la porzione restante di territorio è amministrata dall’Autorità nazionale palestinese. Nel 1974, un’esigua parte di territorio fu restituita da Israele alla Siria, mentre le Alture del Golan sono rimaste sotto occupazione israeliana, dopo essere state annesse da Israele nel 1981.

Le azioni israeliane sono state condannate sia dal Consiglio di sicurezza che dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite con una serie di risoluzioni, nelle quali la situazione degli insediamenti nei territori arabi occupati veniva definita come violazione del diritto internazionale o comunque dichiarata illegittima e quindi disconosciuta<sup>13</sup>. La prima dichiarazione ufficiale dell’allora Comunità economica europea sul conflitto israeliano-palestinese si ebbe soltanto nel 1973<sup>14</sup>. L’Unione europea – tramite la Commissione e l’Alto rappresentante dell’Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza – ha poi più volte affermato l’illegalità degli insediamenti nei territori occupati<sup>15</sup>.

Nonostante ciò, nel contesto del partenariato euromediterraneo, avviato nel 1995 tra CE e Paesi del Mediterraneo del sud, la prima ha stipulato, tra il 1998 e il 2005, degli accordi euromediterranei di associazione con sette Paesi *partner*,

---

<sup>12</sup> Piano di disimpegno unilaterale israeliano dalla Striscia di Gaza e Samaria del Nord, del 15 agosto 2005, del Primo ministro Ariel Sharon.

<sup>13</sup> Tra le varie risoluzioni del Consiglio di sicurezza cfr. la n. 338 del 22 ottobre 1973, n. 446 del 22 marzo 1979, n. 452 del 20 luglio 1979, n. 465 del 1° marzo 1980, n. 1322 del 7 ottobre 2000, n. 1397 del 12 marzo 2002, n. 1403 del 4 aprile 2002, n. 1405 del 19 aprile 2002, n. 1515 del 19 novembre 2003, n. 1544 del 19 maggio 2004, n. 1850 del 16 dicembre 2008, fino alla recente risoluzione n. 2334 del 23 dicembre 2016; tra le risoluzioni dell’Assemblea generale, cfr. la n. ES/10-9 del 24 dicembre 2001, n. 60/183 del 31 gennaio 2006 e n. 68/235 del 7 febbraio 2014; per quanto riguarda la Corte internazionale di giustizia, cfr. il celebre parere del 9 luglio 2004 sulle *conseguenze legali della costruzione di un muro nel territorio palestinese occupato*, in *I.C.J. Reports*, 2004, p. 136, in seguito: *Parere sul Muro*.

<sup>14</sup> EPC Middle East Declaration del 6 novembre 1973, in S. PARDO, J. PETERS (eds.), *Uneasy Neighbors: Israel and the European Union*, Lanham, 2010, pp. 106-107, documento 2/20; tale dichiarazione è basata sul documento Schuman sul Medio Oriente del 13 maggio 1971, *ivi*, p. 101, documento 2/14.

<sup>15</sup> Cfr., ad es., alcuni avvisi della Commissione europea agli importatori: avviso agli importatori: importazioni da Israele nelle Comunità, C-338/12 dell’8 novembre 1997; C-328/6 del 23 novembre 2001; C-328/6 del 25 gennaio 2005; C-232/5 del 3 agosto 2012. Cfr. inoltre le seguenti comunicazioni della Commissione europea: comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Implementation of the interim agreement on trade and trade-related matters between the European Community and Israel*, SEC (1998) 695 del 12 maggio 1998; comunicazione interpretativa, del 12 novembre 2015, relativa all’indicazione di origine delle merci dei territori occupati da Israele dal giugno del 1967, 2015/C 375/05 (in seguito: comunicazione della Commissione del 2015). Cfr., inoltre, gli orientamenti della Commissione europea, del 19 luglio 2013, sull’ammissibilità delle entità israeliane e relative attività nei territori occupati da Israele dal giugno 1967 alle sovvenzioni, ai premi e agli strumenti finanziari dell’UE a partire dal 2014, 2013/C 205/05. Cfr., in aggiunta, le dichiarazioni dell’Alto rappresentante dell’Unione, tra cui quella di Catherine Ashton del 27 settembre 2010, relativa ai discorsi per la pace in Medio Oriente, A190/10, nonché quelle più recenti di Federica Mogherini del 27 marzo e del 18 novembre 2019 (rispettivamente, *Declaration by the High Representative on behalf of the EU on the Golan Heights* e *Statement by High Representative/Vice-President Federica Mogherini on Israeli settlement policy*, reperibili *online* su [www.consilium.europa.eu](http://www.consilium.europa.eu) e [www.eeas.europa.eu](http://www.eeas.europa.eu)).

tra cui Israele<sup>16</sup>, oltre che con l’Autorità palestinese, volti a sostituire gli accordi di cooperazione che erano stati conclusi negli anni Settanta<sup>17</sup>. La finalità di tali accordi è quella di istituire una zona di libero scambio nel Mediterraneo attraverso la progressiva eliminazione dei dazi doganali e il divieto di misure restrittive degli scambi di merci. L’accordo CE-Israele costituisce la base giuridica degli scambi tra l’Unione e lo Stato di Israele: i beni provenienti da Israele ed importati nell’UE – e viceversa – sono sottoposti a trattamento preferenziale e a tariffe doganali agevolate e sono liberi, almeno in principio, da restrizioni quantitative e da misure di effetto equivalente<sup>18</sup>. Dal 1998 in poi, il trattamento giuridico dei prodotti provenienti dai territori occupati ed importati nell’Unione ha costituito motivo di tensione nei rapporti bilaterali. Per Israele tali beni sono assimilabili a quelli prodotti nello Stato di Israele e quindi rientranti nell’ambito dell’accordo di associazione e soggetti a trattamento preferenziale. L’Unione, non riconoscendo il controllo, nemmeno di fatto, di Israele sui territori palestinesi illegittimamente occupati, ha ritenuto applicabile la condizione di favore stabilita nell’accordo CE-Israele con riguardo ai soli prodotti provenienti dallo Stato israeliano, i confini del quale, tuttavia, non sono definiti giuridicamente nell’accordo<sup>19</sup>.

Nel contesto degli scambi tra Israele e l’Unione europea, il 25 febbraio 2010 la Corte di giustizia si è pronunciata nella causa *Brita*<sup>20</sup>, riguardante il campo di appli-

<sup>16</sup> Accordo euromediterraneo di associazione CE-Israele, approvato con decisione 2000/384/CE, CECA del Consiglio e della Commissione, del 19 aprile 2000, relativa alla conclusione di un accordo euromediterraneo che istituisce un’associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e lo Stato di Israele, dall’altra, in seguito: accordo CE-Israele. Gli altri accordi sono stati conclusi, appunto, con l’Autorità palestinese (in seguito: accordo CE-OLP), Egitto, Algeria, Giordania, Libano, Marocco e Tunisia.

<sup>17</sup> Nel 1975, la Comunità economica europea e lo Stato di Israele conclusero il loro primo accordo di libero scambio. Nel 1994, l’Unione ha annunciato il suo desiderio di stabilire una relazione speciale con Israele: cfr. l’estratto delle conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Essen del 9-10 dicembre 1994.

<sup>18</sup> Uno degli obiettivi principali degli accordi commerciali preferenziali è quello della promozione della stabilità politica attraverso la prosperità economica: cfr., a proposito, N. GORDON, S. PARDO, *The European Union and Israel’s Occupation: Using Technical Customs Rules as Instruments of Foreign Policy*, in *Middle East Journal*, 2015, p. 74 ss., reperibile *online*; tali autori affermano che l’Unione si prefigge tale obiettivo e, così facendo, non solo riconosce l’importanza e l’impatto degli accordi che conclude con tali Paesi, ma rivendica il fatto di servirsi di tali strumenti per raggiungere finalità politiche (p. 77).

<sup>19</sup> G. HARPAZ, *The Dispute Over the Treatment of Products Exported to the European Union From the Golan Heights, East Jerusalem, the West Bank and the Gaza Strip – The Limits of Power and the Limits of the Law*, in *Journal of World Trade*, 2004, p. 1049 ss. (e, in particolare, p. 1051-1052).

<sup>20</sup> La sezione tributaria del Tribunale di Amburgo (Germania) aveva proposto domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia nell’ambito di una controversia in materia doganale tra una società di diritto tedesco (la Firma Brita GmbH) e l’amministrazione doganale del porto di Amburgo, dopo che quest’ultima aveva negato alla prima la concessione dell’importazione in regime preferenziale di beni prodotti in Cisgiordania. Per dei commenti alla sentenza *Brita*, cfr., fra i tanti, G. HARPAZ, E. RUBINSON, *The Interface Between Trade, Law and Politics and the Erosion of Normative Power Europe: Comment on Brita*, in *European Law Review*, 2010, p. 551 ss.; I. KORNFELD, *ECJ Holds That West Bank Products Are Outside Scope of the EU-Israel Association Agreement*, in *American Society of International Law Insights*, 2010, reperibile *online*; F. MARTINES, *Norme sull’origine dei prodotti e applicazione territoriale dell’Accordo di Associazione con Israele al vaglio della Corte di giustizia*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2010, p. 691 ss.; R. HOLDGAARD, O. SPIERMANN, *Case C-386/08, Brita GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Hafen, Judgment of the Court of Justice (Fourth Chamber) of 25 February 2010*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1667 ss.; L. PUCCIO, *Understanding EU*

cazione degli accordi di associazione CE-Israele e CE-OLP, confermando la posizione della Commissione nella disputa sui prodotti originari dei territori occupati. La Corte ha dichiarato che le autorità doganali di uno Stato membro di importazione possono negare la concessione del beneficio del trattamento preferenziale quando le merci siano originarie della Cisgiordania – e, quindi, di un territorio palestinese occupato – poiché solo le autorità doganali palestinesi sono autorizzate a rilasciare un certificato di circolazione delle merci EUR.1 per i prodotti originari dei propri territori di competenza, quale stabilita nell’accordo di associazione CE-OLP<sup>21</sup>.

Pochi anni dopo, la Commissione ha affermato la necessità di stabilire la corretta applicazione della legislazione europea sulle indicazioni di origine ai prodotti provenienti dagli insediamenti israeliani nei territori palestinesi<sup>22</sup>. La Commissione ha colto inoltre l’occasione per affermare esplicitamente la posizione dell’Unione con riguardo alla situazione degli insediamenti e, col fine di fare chiarezza a beneficio dei consumatori, degli operatori economici e delle autorità nazionali, ha statuito che l’Unione, in conformità al diritto internazionale, non riconosce la sovranità dello Stato di Israele sui territori occupati dal giugno del 1967, né alcuna modifica dei confini anteriori al 1967 se non quelle concordate dalle parti del processo di pace in Medio Oriente<sup>23</sup>.

3. Il 24 novembre 2016 il Ministro dell’economia e delle finanze francese<sup>24</sup> pubblicava un parere<sup>25</sup> diretto agli operatori commerciali nazionali e relativo all’indicazione di origine delle merci provenienti dai territori occupati dallo Stato di Israele dal 1967. Il parere aveva ad oggetto la corretta etichettatura dei prodotti provenienti da tali territori e richiamava il regolamento 1169/2011, nonché la comunicazione della Commissione del 2015<sup>26</sup>. Agli operatori commerciali si faceva presente che la menzione in etichetta “produit originaire du plateau du Golan” o “produit originaire de Cisjordanie”, omettendo l’informazione geografica complementare secondo la quale il prodotto è originario delle colonie israeliane, è suscettibile di indurre il

---

*Practice in Bilateral Free Trade Agreements: Brita and Preferential Rules of Origin in International Law*, in *European Law Review*, 2011, p. 124 ss.

<sup>21</sup> La motivazione della decisione della Corte si fonda sul rispetto del principio di diritto internazionale generale *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (cfr. art. 34 della convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, in seguito: CVDT), secondo il quale l’accordo CE-Israele non può essere interpretato come investente le autorità israeliane di competenze doganali su beni prodotti in territori palestinesi, creando in capo alle autorità palestinesi l’obbligo di non esercitare le proprie competenze.

<sup>22</sup> Cfr. comunicazione della Commissione del 2015.

<sup>23</sup> *Ivi*, paragrafi 1 e 2.

<sup>24</sup> E, in particolare, la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes del Ministero dell’economia e delle finanze francese, in seguito: MEF francese.

<sup>25</sup> Avis aux opérateurs économiques relatif à l’indication de l’origine des marchandises issues des territoires occupés par Israël depuis juin 1967, del 24 novembre 2016, in seguito: parere del MEF francese.

<sup>26</sup> Pubblicando una comunicazione, la Commissione contribuisce alla cristallizzazione di una prassi ed alla creazione del c.d. *soft law*. Nonostante la Corte abbia stabilito che le autorità degli Stati membri hanno l’obbligo di prendere debitamente in considerazione tali atti di *soft law* in forza dell’obbligo di leale collaborazione sancito dall’art. 4, par. 3, TUE (cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 1989, causa C-322/88, *Grimaldi*, punti 18 e 19, e le conclusioni dell’Avvocato generale Kokott del 6 settembre 2012, causa C-226/11, *Expedia*, punto 38), non sarebbe comunque possibile considerarli come vincolanti – neanche di fatto – quando questo significherebbe eludere la procedura legislativa prevista dallo stesso trattato (cfr. le conclusioni dell’Avvocato generale Wahl del 18 febbraio 2016, causa C-526/14, *Kotnik e a.*, punto 38).

consumatore in errore in merito alla vera origine del prodotto stesso. Il parere francese si allineava quindi alla comunicazione della Commissione, la quale sosteneva che l'indicazione di origine del prodotto – sia quando obbligatoria per legge, che quando fornita per scelta del produttore – deve essere corretta e tale da non risultare ingannevole per il consumatore<sup>27</sup>. Già la Commissione aveva avanzato proposte di indicazioni di provenienza, utilizzando espressioni quali “prodotto delle alture del Golan (insediamento israeliano)” o “prodotto della Cisgiordania (insediamento israeliano)”, riportate anche nell'avviso ministeriale francese.

Il regolamento 1169/2011 è fondato sull'art. 114 TFUE<sup>28</sup>, ma richiama anche l'art. 169 TFUE nel suo preambolo, poiché considera la circolazione di alimenti sicuri e sani un aspetto essenziale del mercato interno europeo<sup>29</sup>. Esso stabilisce che è indispensabile una corretta ed esatta informazione sugli alimenti che il consumatore medio acquista e consuma<sup>30</sup> e sottolinea che le scelte di quest'ultimo possono essere influenzate da criteri di tipo sanitario, economico, ambientale, sociale ed etico<sup>31</sup>. Questo significa che un consumatore, nello scegliere un prodotto, può essere influenzato dalla provenienza dello stesso anche in base a considerazioni di natura molto personale<sup>32</sup>. Pertanto, la legislazione alimentare deve facilitare le scelte consapevoli dei consumatori e prevenire – per quanto possibile – gli errori nei quali gli stessi possono incorrere<sup>33</sup>. Dal regolamento si evince che non solo l'assenza dell'indicazione del Paese di origine e del luogo di provenienza di un prodotto è talvolta suscettibile di indurre in errore il consumatore, ma anche che le informazioni fornite nell'indicazione stessa hanno la potenzialità di creare confusione<sup>34</sup>.

<sup>27</sup> Cfr. comunicazione della Commissione del 2015, par. 5.

<sup>28</sup> Per la realizzazione degli obiettivi previsti dai Trattati, ovvero per assicurare lo sviluppo ed il corretto funzionamento del mercato interno, il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno il potere di adottare misure volte al ravvicinamento e all'armonizzazione delle legislazioni nazionali. In particolare, in merito alla tutela dei consumatori, le istituzioni europee, nell'ambito delle rispettive competenze, devono basarsi su di un livello di protezione elevato (cfr. art. 3 TUE e articoli 26 e 114 TFUE).

<sup>29</sup> L'art. 169 TFUE stabilisce che l'Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori, nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi anche mediante misure adottate nel quadro della realizzazione del mercato interno (cfr. il 2° ‘considerando’ del regolamento 1169/2011).

<sup>30</sup> Cfr. il 3° e 4° ‘considerando’ del regolamento 1169/2011.

<sup>31</sup> Ed infatti, il primo obiettivo generale del regolamento 1169/2011, definito all'art. 3, par. 1, è quello di fornire le basi ai consumatori per effettuare delle scelte consapevoli, proprio nel rispetto delle stesse considerazioni sanitarie, economiche, ambientali, sociali ed etiche.

<sup>32</sup> A titolo di esempio, come ricorda l'Avvocato generale Hogan nelle sue conclusioni del 13 giugno 2019 – cfr., *infra*, par. 3 – molti consumatori europei si opposero all'acquisto di prodotti originari del Sud Africa nel periodo precedente all'anno 1994, quando ancora vigeva l'*apartheid*; altre considerazioni possono riguardare le politiche ambientali intraprese dal Paese d'origine del prodotto, come dimostrato da S. DEKHILI, M. AKLI ACHABOU, *The Influence of the Country-of-Origin Ecological Image on Ecolabelled Product Evaluation: An Experimental Approach to the Case of the European Ecolabel*, in *Journal of Business Ethics*, 2015, p. 89 ss., studio che afferma che i consumatori francesi sono influenzati negativamente se il prodotto (di marchio ecologico) è originario da Paesi con un'immagine (nel senso di reputazione) ecologica sfavorevole.

<sup>33</sup> L'art. 8 del regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, sancisce che la legislazione alimentare, al fine di tutelare il consumatore, mira a prevenire ogni tipo di pratica in grado di indurre in errore il consumatore (cfr. 4° ‘considerando’ del regolamento 1169/2011).

<sup>34</sup> Cfr. il 29° ‘considerando’ del regolamento 1169/2011. È possibile effettuare una distinzione tra dichiarazioni oggettivamente corrette, dichiarazioni oggettivamente scorrette e dichiarazioni oggettivamente

Per la definizione del “luogo di provenienza” di un bene, il regolamento 1169/2011 effettua un rimando alla normativa doganale<sup>35</sup>, affermando che tale è “qualunque luogo indicato come quello da cui proviene l’alimento, ma che non è il paese d’origine come individuato ai sensi [del Codice doganale UE]”<sup>36</sup>. Quest’ultimo, a sua volta, sancisce che le merci interamente ottenute in un unico Paese o territorio sono considerate originarie di tale Paese o territorio, per poi affermare che, per stabilire l’origine di merci non interamente ottenute in un unico Paese o territorio, è necessario considerare il Paese o territorio ove sia avvenuta l’ultima trasformazione o lavorazione sostanziale<sup>37</sup>. Ai sensi del regolamento, è obbligatorio indicare il Paese di origine o il luogo di provenienza quando l’omissione – o, aggiungerei, l’erronea indicazione – possa indurre in errore il consumatore in merito al Paese d’origine o al luogo di provenienza reali dell’alimento<sup>38</sup>.

Con due ricorsi proposti di fronte al Consiglio di Stato di Francia, l’Organisation juive européenne – un’organizzazione nata in Francia per lottare contro l’antisemitismo – e la Vignoble Psagot – una compagnia specializzata nello sfruttamento di vigneti situati nei territori occupati da Israele – chiedevano l’annullamento del parere ministeriale sopra citato, insistendo, nei rispettivi ricorsi, sulla violazione da parte del MEF francese del regolamento 1169/2011. Il Consiglio di Stato francese, ritenendo l’interpretazione del regolamento citato necessaria al fine della definizione dei ricorsi, investiva quindi la Corte di giustizia con due questioni pregiudiziali, domandandosi se il diritto dell’Unione europea imponga che sull’etichetta di un prodotto proveniente da un insediamento israeliano sia inserita l’indicazione della provenienza dal territorio occupato nonché quella, ancora più specifica, della provenienza dall’insediamento; in caso di risposta negativa, se uno Stato membro sia autorizzato ad esigere tale indicazione sulla base del regolamento stesso.

4. Il 13 giugno 2019, l’Avvocato generale Hogan ha presentato le sue conclusioni in merito alle due questioni pregiudiziali<sup>39</sup>. Interrogandosi sulla prima, questi si è domandato se il diritto dell’Unione e, in particolare, il regolamento 1169/2011, impongano, ai fini dell’etichettatura, l’indicazione dell’origine di un prodotto proveniente da un territorio occupato da Israele dal 1967 e, in caso affermativo, quale sia la portata di tale obbligo di etichettatura. Il regolamento mette in contrapposizione

---

vamente corrette che però non corrispondono totalmente alla verità; cfr., a proposito, le conclusioni dell’Avvocato generale Mischo del 12 marzo 1998, causa C-210/96, *Gut Springenheide*, punti 78-87.

<sup>35</sup> Cfr. art. 2, par. 2, lett. g), regolamento 1169/2011, che rimanda al regolamento (CEE) n. 2913/1992 del Consiglio, del 12 ottobre 1992, che istituisce un Codice doganale comunitario, oggi abrogato e sostituito dal regolamento (UE) n. 952/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 ottobre 2013, che istituisce il Codice doganale dell’Unione, in seguito: Codice doganale UE.

<sup>36</sup> Il rimando è agli articoli 23-26 del (già) Codice doganale comunitario, oggi art. 60 del Codice doganale UE.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> Art. 9, par. 1, lett. i), e art. 26, par. 2, lett. a), regolamento 1169/2011. Proprio il combinato disposto degli articoli 9, par. 2, lett. i) e 26, par. 1, lett. a), è oggetto della prima questione pregiudiziale sottoposta alla Corte di giustizia.

<sup>39</sup> Conclusioni dell’Avvocato generale Hogan del 13 giugno 2019, causa C-363/18, *Organisation juive européenne e Vignoble Psagot Ltd c. Ministre de l’Économie et des Finances*. Si ricorda che le conclusioni dell’Avvocato generale, che presentano “con assoluta imparzialità e in piena indipendenza” (ex art. 252, par. 2, TFUE) una soluzione giuridica del caso, non sono vincolanti per la Corte di giustizia; cfr. L. DANIELE, *Diritto dell’Unione Europea*, Milano, 2018, VI ed., p. 92.

il “luogo di provenienza” con il “paese di origine” di un alimento, circostanza che, a suo dire, non può che comportare una differenza tra i due concetti, volutamente utilizzati dal legislatore europeo l’uno per escludere l’altro: l’espressione “paese d’origine” ricomprenderebbe così le merci provenienti da un determinato Stato o dalle sue acque territoriali, mentre il “luogo di provenienza” non indicherebbe né un Paese – né le sue acque territoriali – né tantomeno l’indirizzo dell’operatore alimentare che si rinviene sull’etichetta. Il luogo a cui si riferisce tale ultima espressione, piuttosto, deve consentire di localizzare qualcuno o qualcosa tramite l’indicazione di una situazione spaziale, una posizione geografica che sia più piccola di un Paese ma non circoscritta all’esatta ubicazione di un edificio<sup>40</sup>.

Il secondo aspetto esaminato investe le considerazioni che, solitamente, costituiscono la base dell’acquisto di un consumatore europeo: in alcuni casi, nel contesto odierno, non si tratta soltanto di esaminare il prezzo o la marca di un tale prodotto, ma il consumatore, anzi, è spesso guidato da criteri ambientali, sociali, politici, culturali o etici<sup>41</sup>. Riconosciuta l’obbligatorietà dell’indicazione della provenienza dell’alimento nel caso in cui la mancata precisa indicazione sia suscettibile di indurre il consumatore in errore, l’Avvocato generale sottolinea che la disposizione applicabile<sup>42</sup> non fa riferimento ad una questione di salute, né la finalità del regolamento è quella di tutelare il consumatore dal – solo – punto di vista sanitario. Dal momento che una disposizione di un atto dell’Unione, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>43</sup>, deve essere interpretata non soltanto prendendo in considerazione la sua formulazione, ma anche analizzando il suo contesto e gli obiettivi della legislazione di cui fa parte, l’Avvocato generale evidenzia la necessità di interpretare l’espressione “luogo di provenienza” in modo da non limitarla al nome della zona geografica in questione: ciò al fine di evitare che il consumatore cada in errore<sup>44</sup>.

Un altro aspetto preso in esame riguarda il concetto di “consumatore medio”. Come rilevato nelle conclusioni, non si tratta di un consumatore qualsiasi. Tale figura è opposta, infatti, a quella di chi prende conoscenza delle informazioni relative al prodotto in vendita solo in maniera superficiale ed acritica, senza appro-

<sup>40</sup> *Ivi*, punti 31-35. L’Avvocato generale riconosce, al punto 42, che l’espressione “luogo di provenienza”, se interpretata letteralmente, potrebbe suggerire un riferimento limitato ad una mera zona geografica. Tuttavia, subito di seguito, afferma che non è permessa un’interpretazione isolata e svincolata dal resto della legislazione e dai suoi obiettivi.

<sup>41</sup> L’etichettatura, garante del diritto all’informazione dei consumatori nel contesto della liberalizzazione dei mercati e nota per la sua capacità di coesistere con la libertà degli scambi, mobilità ed ispira un insieme di cause anche molto diverse fra loro, come, fra le altre, quella dello sviluppo sostenibile, del consumo responsabile, dello *slow food* e del consumo a km zero, della lotta contro l’obesità e contro la crudeltà verso gli animali, quella del cambiamento climatico, della promozione dell’agricoltura biologica o contro gli organismi geneticamente modificati. Cfr., in tal senso, É. CONWAY, *Étiquetage obligatoire de l’origine des produits au bénéfice des consommateurs: portée et limites*, in *Revue Québécoise de Droit International*, 2011, n. 2, p. 1 ss., citato anche nelle conclusioni *Organisation juive européenne*, punto 39, nota 15.

<sup>42</sup> L’art. 26 del regolamento 1169/2011.

<sup>43</sup> Cfr. le sentenze del 3 ottobre 2013, causa C-317/12, *Lundberg*, punto 19; del 14 novembre 2013, cause riunite da C-187 a 189/12, *SFIR e a.*, punto 24; del 12 febbraio 2015, causa C-114/13, *Bouman*, punto 31; del 1° luglio 2015, causa C-461/13, *Bund für Umwelt e Naturschutz Deutschland*, punto 30; e le recenti sentenze del 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*, punto 44, e del 26 febbraio 2019, cause riunite C-202 e 238/18, *Rimševičš e BCE c. Lettonia*, punto 45.

<sup>44</sup> Conclusioni *Organisation juive européenne*, punti 38, 44 e 74.

fondire il contenuto delle indicazioni pubblicitarie<sup>45</sup>. La nozione di consumatore medio, insomma, non avrebbe niente a che vedere con la mediocrità delle scelte di acquisto del campione di soggetti considerato e, anzi, se tale tipo di consumatore è “ragionevolmente attento ed avveduto, oltretutto normalmente informato circa le caratteristiche del prodotto”, questo è dovuto precisamente alla sua attitudine ed al suo interesse<sup>46</sup>. Un consumatore così delineato potrebbe considerare importante sapere se un alimento provenga da un territorio occupato con la forza da una potenza occupante. Di conseguenza, alcuni potrebbero opporsi all’acquisto di prodotti provenienti da tali territori, per il fatto che Israele, con le sue politiche di occupazione e di insediamento nelle aree palestinesi, viola il diritto internazionale<sup>47</sup>.

L’Avvocato generale precisa, infatti, che l’occupazione israeliana è contraria alla quarta Convenzione di Ginevra per la protezione delle persone civili in tempo di guerra<sup>48</sup> e quindi illegale, in quanto quest’ultima vieta alla potenza occupante la deportazione o il trasferimento di propri civili nel territorio da essa occupato<sup>49</sup>. Inoltre, la violazione del diritto internazionale da parte di Israele è palese soprattutto con riguardo al diritto all’autodeterminazione dei popoli, diritto legalmente esercitabile *erga omnes* secondo la Corte di giustizia internazionale e la Corte di giustizia dell’Unione europea<sup>50</sup>.

Date le caratteristiche del consumatore medio europeo, le finalità di protezione del regolamento 1169/2011, i potenziali criteri alla base delle scelte di acquisto e, soprattutto, data la violazione del diritto internazionale da parte di Israele negli insediamenti, l’Avvocato generale rileva che un riferimento che si limiti ad indicare “prodotto delle Alture del Golan” o “prodotto della Cisgiordania” non è sufficiente quando l’esatto luogo di provenienza di tali prodotti sia un insediamento israeliano. Le sue conclusioni sulla prima questione pregiudiziale affermano dunque la necessità dell’aggiunta delle espressioni “insediamenti israeliani” all’identificazione geo-

---

<sup>45</sup> Conclusioni *Gut Springenheide*, punto 56, citate al punto 72 delle conclusioni *Organisation juive européenne* per distinguere i tipi di dichiarazioni suscettibili di indurre in errore un consumatore.

<sup>46</sup> *Ivi*, punti 47-48; cfr., inoltre, le sentenze della Corte di giustizia del 16 luglio 1998, causa C-210/96, *Gut Springenheide*, punti 31 e 37; del 4 aprile 2000, causa C-465/98, *Darbo*, punto 20; del 10 settembre 2009, causa C-446/07, *Severi*, punto 61; del 4 giugno 2015, causa C-195/14, *Teekanne*, punti 23 e 36; e del 21 gennaio 2016, causa C-75/15, *Viiniverla*, punto 25.

<sup>47</sup> Conclusioni *Organisation juive européenne*, punti 49 e 51. In seguito, al punto 68, l’Avvocato generale mette in luce la profonda differenza tra l’acquisto di un prodotto proveniente dallo Stato di Israele (internazionalmente riconosciuto) e quello di un prodotto originario di un insediamento (o, più genericamente, di un territorio occupato): nel secondo caso, risulterebbe altamente probabile una scelta in senso negativo.

<sup>48</sup> Convenzione conclusa a Ginevra il 12 agosto del 1949, *United Nations Treaty Series*, vol. 75, p. 287, in seguito: Convenzione di Ginevra.

<sup>49</sup> Conclusioni *Organisation juive européenne*, punto 53. Così recita l’art. 49.6 della Convenzione di Ginevra: “[l]a Potenza occupante non potrà procedere alla deportazione o al trasferimento di una parte della sua propria popolazione civile nel territorio da essa occupato”. In numerose risoluzioni il Consiglio di sicurezza ha affermato che il raggiungimento della pace nel Medio Oriente dovrebbe necessariamente includere il ritiro delle forze armate israeliane dai territori occupati e la fine di ogni rivendicazione e stato di belligeranza (risoluzione 242/1967), ha esortato Israele ad attenersi alla convenzione di Ginevra e, dunque, a cessare le politiche di colonizzazione (risoluzione 446/1979), definite, con la risoluzione 452/1979, una flagrante violazione della Convenzione suddetta. Recentemente, tale istituzione ha riaffermato il carattere flagrante della violazione del diritto internazionale da parte dello Stato di Israele con la risoluzione 2334/2016; cfr., *supra*, nota 12.

<sup>50</sup> Conclusioni *Organisation juive européenne*, punto 55; parere sul Muro, paragrafi 88 e 155; sentenza *Front Polisario*, punto 88.

grafica di origine dei prodotti<sup>51</sup>. L'Avvocato generale ha risposto poi alla seconda questione<sup>52</sup> – alternativa alla prima – in senso negativo<sup>53</sup>.

5. La Corte, prima di giungere alla stessa conclusione dell'Avvocato generale per quanto riguarda la prima questione, esamina il significato dei termini “paese”, “Stato”, “territorio di provenienza” e “luogo di provenienza”, nonché il contenuto del diritto dei popoli all'autodeterminazione. La Corte rileva che il termine “paese” è utilizzato più volte nel TUE<sup>54</sup> e nel TFUE<sup>55</sup> quale sinonimo del termine “Stato”, e tale medesimo significato è da accordare allo stesso quando utilizzato dal Codice doganale e dal regolamento. Per Stato, deve intendersi “un'entità sovrana che esercita, all'interno dei suoi confini geografici, la pienezza delle competenze riconosciute dal diritto internazionale”<sup>56</sup>. Essendo il termine “territorio” alternativo al termine “paese” nel Codice doganale UE, anche le nozioni corrispondenti differiscono tra loro. Se il territorio di origine è altro rispetto al Paese di origine, allora è altro pure rispetto allo Stato di origine. A tal proposito, la stessa Corte, nelle sentenze *Front Polisario* e *Western Sahara Campaign UK*<sup>57</sup>, riconosceva lo *status* distinto del territorio (del Sahara occidentale) rispetto a quello dello Stato (del Marocco), che su di esso non esercita la pienezza delle competenze riconosciutegli, in quanto entità sovrana, dal diritto internazionale. Così come il territorio del Sahara occidentale non rientra, secondo la Corte, nella nozione di territorio dello Stato del Marocco<sup>58</sup>, allora neppure i territori della Cisgiordania – compresa Gerusalemme Est – e

<sup>51</sup> Conclusioni *Organisation juive européenne*, punti 75, 77 e 79.

<sup>52</sup> “In caso di risposta negativa, se le disposizioni del [regolamento n. 1169/2011], in particolare quelle del capo VI, consentano ad uno Stato membro di esigere tale indicazione”, *ivi*, punto 28.

<sup>53</sup> Gli Stati membri, salvo autorizzazione, non possono legiferare nelle materie armonizzate dal regolamento. In base all'art. 39, par. 1, regolamento 1169/2011, i governi nazionali sono legittimati a pretendere indicazioni obbligatorie complementari soltanto per motivi eccezionali e tassativi. Questi sono autorizzati a pretendere, a livello normativo nazionale, l'indicazione dell'origine di un alimento soltanto ove esista “un nesso comprovato tra talune qualità dell'alimento e la sua origine o provenienza” (par. 2) e quindi il fatto che l'origine del prodotto possa influenzare il singolo consumatore nell'acquisto dello stesso è insufficiente per la configurazione di tale potere statale. Per l'Avvocato generale, la provenienza dell'alimento dagli insediamenti israeliani rileva soltanto a livello etico e non incide sulla qualità del prodotto stesso. Gli Stati membri, da soli e in assenza di tale nesso, “non possono esigere (...) l'indicazione del territorio di un prodotto originario di un territorio occupato da Israele dal 1967, né l'indicazione che tale prodotto proviene da un insediamento israeliano” (conclusioni *Organisation juive européenne*, punto 87).

<sup>54</sup> In proposito cfr., specialmente, l'art. 22 TUE: “Le decisioni del Consiglio europeo (...) possono riferirsi alle relazioni dell'Unione con un *paese* o una regione o essere improntate ad un approccio tematico” (corsivo aggiunto).

<sup>55</sup> Fra gli altri, l'art. 95 TFUE stabilisce: “Nel traffico interno dell'Unione sono vietate le discriminazioni consistenti nell'applicazione, da parte di un vettore, di prezzi e condizioni di trasporto differenti per le stesse merci e per le stesse relazioni di traffico e fondate sul *paese* di origine o di destinazione dei prodotti trasportati” (corsivo aggiunto).

<sup>56</sup> Sentenza *Organisation juive européenne*, punto 29, che riprende quanto affermato dalla stessa Corte nella sentenza *Front Polisario*, al punto 95: “risulta quindi che un trattato vincola, di norma, uno Stato, seguendo il senso ordinario da attribuire al termine ‘territorio’, combinato con l'aggettivo possessivo ‘suo’ che lo precede, rispetto allo spazio geografico sul quale tale Stato esercita la pienezza delle competenze riconosciute alle entità sovrane dal diritto internazionale, ad esclusione di ogni altro territorio, come un territorio che può trovarsi sotto la sola giurisdizione o sotto la sola responsabilità internazionale di detto Stato”.

<sup>57</sup> Cfr. sentenze *Front Polisario*, punti 92 e 95, e *Western Sahara Campaign UK*, punti 62-64.

<sup>58</sup> Cfr. sentenze *Front Polisario*, punti 92 e 132, e *Western Sahara Campaign UK*, punti 64 e 83.

delle alture del Golan, occupati da Israele dal 1967, possono essere ricompresi in un’indicazione di origine che indichi, come territorio di provenienza, lo Stato di Israele. Per tale ragione, un’informazione di siffatto tenore è suscettibile di indurre il consumatore in errore in merito alla reale provenienza del prodotto<sup>59</sup>. L’obbligo di indicare il Paese di origine è quindi applicabile non soltanto ai prodotti originari di Paesi – intesi come Stati – ma anche a quelli originari di territori, intesi come “spazi geografici che, pur trovandosi sotto la giurisdizione o sotto la responsabilità internazionale di uno Stato, dispongono, sotto il profilo del diritto internazionale, di uno *status* proprio e distinto da quello di tale Stato”<sup>60</sup>. Per affermare che i territori della Cisgiordania – compresa Gerusalemme Est – e delle alture del Golan possiedono uno *status* proprio e distinto da quello dello Stato di Israele, la Corte richiama il Parere sul Muro della Corte internazionale di giustizia, nel quale quest’ultima si soffermava sul diritto all’autodeterminazione del popolo palestinese e sull’obbligo, gravante su Israele, di rispettare tale diritto<sup>61</sup>. D’altronde, anche l’Assemblea generale riconosceva lo *status* separato e distinto di una colonia o di un territorio non autonomo rispetto a quello dello Stato che l’amministra<sup>62</sup>.

Stante lo *status* territoriale della Cisgiordania (compresa Gerusalemme Est), nonché il fatto che le alture del Golan fanno parte di uno Stato diverso da quello di Israele (ovvero della Repubblica araba di Siria)<sup>63</sup>, al fine di evitare che i consumatori possano essere tratti in inganno o indotti in errore in merito al fatto che lo Stato di Israele è presente, in tali territori, in quanto potenza occupante e non in quanto entità sovrana, è necessario indicare loro che i prodotti non sono originari di tale Stato<sup>64</sup>. Già nella sentenza *Brita* la Corte aveva stabilito che esiste una differenza tra i prodotti originari dello Stato di Israele e dei territori occupati da Israele, affermando che l’Unione esclude i prodotti ottenuti nelle località collocate sotto amministrazione israeliana successivamente al 1967 dal beneficio del trattamento preferenziale definito nell’accordo di associazione CE-Israele<sup>65</sup>. Per le motivazioni esposte, la Corte UE finisce per ritenere obbligatoria l’indicazione del territorio di origine del prodotto<sup>66</sup>.

Ma il ragionamento dei giudici europei prosegue, e la Corte afferma che non è sufficiente neppure l’indicazione del territorio di origine, quando questa possa comunque indurre in errore il consumatore in ordine al reale luogo di provenienza del prodotto stesso<sup>67</sup>. Un’indicazione di origine soltanto parziale, infatti, quale la dicitura “prodotto originario della Cisgiordania” o “delle alture del Golan”, potrebbe far credere al consumatore medio che la merce o l’alimento sia di produzione palestinese o siriana. Riconosciuto che il termine “insediamento” può designare

---

<sup>59</sup> E ricade nell’ambito di applicazione dell’art. 26, par. 2, lett. a), regolamento 1169/2011.

<sup>60</sup> Sentenza *Organisation juive européenne*, punti 31 e 32.

<sup>61</sup> Parere sul Muro, paragrafi 118 e 149.

<sup>62</sup> Cfr. la risoluzione dell’Assemblea generale delle Nazioni Unite, del 24 ottobre 1970, n. 2625, Dichiarazione relativa ai principi di diritto internazionale, concernenti le relazioni amichevoli e la cooperazione fra gli Stati, in conformità con la Carta delle Nazioni Unite, 25<sup>a</sup> sessione, p. 124.

<sup>63</sup> Israele, si ricorda, si è formalmente ritirato dalla Striscia di Gaza nel 2005.

<sup>64</sup> Sentenza *Organisation juive européenne*, punto 37.

<sup>65</sup> Sentenza *Brita*, punto 64.

<sup>66</sup> In forza degli articoli 9 e 26, regolamento 1169/2011.

<sup>67</sup> Sentenza *Organisation juive européenne*, punto 41; cfr., inoltre, il 29° ‘considerando’ del regolamento 1169/2011.

un luogo di provenienza ai sensi del regolamento, la Corte si interroga quindi sul carattere obbligatorio dell'indicazione "insediamento israeliano", consolidando un concetto che già l'Avvocato generale Hogan aveva espresso nelle sue conclusioni: il consumatore europeo potrebbe essere influenzato nelle sue scelte d'acquisto dalla consapevolezza che il prodotto proviene da un luogo in cui sussistono violazioni manifeste del diritto internazionale.

In particolare, la Corte fa riferimento alla Convenzione di Ginevra, che non vieta soltanto le deportazioni forzate della portata di quelle della Seconda guerra mondiale, ma qualsiasi misura che può adottare la potenza occupante al fine di favorire il trasferimento di una parte della sua popolazione nel territorio occupato<sup>68</sup>. Come ha rilevato la Corte internazionale di giustizia, a partire dal 1977 Israele ha portato avanti delle politiche di trasferimento della sua popolazione tramite lo stabilimento di colonie di popolamento nei territori palestinesi occupati, influenzando sensibilmente sulla loro composizione demografica, in chiara e manifesta violazione del diritto internazionale<sup>69</sup>. Oltretutto, le norme di diritto internazionale violate da Israele sono di carattere essenziale<sup>70</sup> e gli obblighi violati sono di natura *erga omnes*, ovvero riguardanti tutti gli Stati i quali, "considerata l'importanza dei diritti in questione" – primo fra tutti quello di autodeterminazione dei popoli – "possono essere considerati latori di un interesse giuridico alla protezione di tali diritti"<sup>71</sup>.

Data l'importanza dei diritti violati e riaffermando che è compito dell'Unione rispettare il diritto internazionale e contribuire al suo rafforzamento, la Corte sottolinea che la violazione di quest'ultimo è suscettibile di influenzare i consumatori europei. Dunque, affinché siano rispettati gli obiettivi del regolamento 1169/2011, è necessario che i consumatori siano messi nella posizione di compiere scelte consapevoli ed informate, che rispettino le loro convinzioni sociali ed etiche e le loro considerazioni sanitarie, ambientali ed economiche. In tal modo, il giudice dell'Unione applica estensivamente i criteri forniti dal regolamento all'art. 3, par. 1, ed inserisce tra gli oggetti delle valutazioni di ordine etico la circostanza che un alimento provenga da un insediamento stabilito in violazione delle norme del diritto internazionale umanitario, per concludere che le disposizioni citate vanno interpretate nel senso che i beni originari di un territorio occupato dallo Stato di Israele devono

<sup>68</sup> Parere sul Muro, par. 120.

<sup>69</sup> *Ibidem*; cfr., inoltre, le risoluzioni del Consiglio di sicurezza 446/1979, 452/1979, 465/1980 e, soprattutto, la più recente risoluzione 2334/2016 (già citate, *supra*, note 12 e 49), con cui si condannano tutte le misure di Israele aventi il fine di alterare la composizione demografica, il carattere e lo *status* dei territori palestinesi occupati dal 1967 (inclusa Gerusalemme Est), compresa la costruzione e l'espansione degli insediamenti, il trasferimento di coloni israeliani, la confisca di territori, la demolizione di abitazioni e lo spostamento di civili palestinesi, in violazione manifesta del diritto internazionale umanitario e delle risoluzioni dello stesso Consiglio.

<sup>70</sup> Sentenza *Organisation juive européenne*, punto 56: "tanto più che alcune di queste norme costituiscono norme essenziali del diritto internazionale". La Corte fa nuovamente leva sul parere sul Muro (cfr. paragrafi 155-159) per mettere in evidenza l'essenzialità delle norme violate negli insediamenti – e con gli insediamenti – dallo Stato di Israele: la Corte internazionale afferma, infatti, che alcune regole consuetudinarie sono talmente fondamentali che si applicano agli Stati indipendentemente dalla loro esplicita ratifica degli strumenti internazionali che le contengono. Cfr., inoltre, il parere consultivo della Corte internazionale di giustizia, dell'8 luglio 1996, sulla liceità della minaccia o dell'uso di armi nucleari richiesto dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, par. 79.

<sup>71</sup> Per l'opponibilità *erga omnes* del diritto all'autodeterminazione dei popoli, cfr. le sentenze della Corte internazionale di giustizia del 5 febbraio 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, par. 33, e del 30 giugno 1995, *Timor Orientale (Portogallo c. Australia)*, par. 29.

recare non solo l’indicazione di detto territorio, ma anche l’indicazione dell’esatto luogo di provenienza, nel caso in cui si tratti di un insediamento israeliano. Infine, la Corte ritiene di non dover rispondere alla seconda domanda, considerata la risposta affermativa alla prima: infatti, essendo l’Unione stessa, tramite il regolamento, ad esigere l’indicazione dell’origine di un prodotto da un insediamento israeliano in territorio palestinese occupato, l’azione integrativa statale si rende superflua.

6. La sentenza in esame risulta particolarmente interessante per la tecnica utilizzata dalla Corte di giustizia al fine di assicurare il rispetto del diritto internazionale da parte dell’Unione europea. Si ritiene utile richiamare la posizione assunta dal giudice europeo in altre importanti sentenze riguardanti l’applicazione di accordi conclusi dall’Unione a porzioni contese di territorio degli Stati terzi, *partner* contraenti di tali trattati bilaterali. Come la sentenza *Brita*, quella in esame consente alla Corte di giustizia di interpretare il diritto dell’Unione in modo conforme alla posizione espressa dalle istituzioni politiche europee per quanto riguarda il territorio dello Stato di Israele<sup>72</sup>.

Tuttavia, mentre in *Brita* la Corte di giustizia interpreta un accordo dell’Unione alla luce della CVDT<sup>73</sup>, in *Organisation juive européenne* l’atto oggetto di interpretazione è interno all’Unione e questo viene interpretato in modo da garantire che l’azione esterna dell’Unione sia conforme alle norme del diritto internazionale. Inoltre, la sentenza più recente si segnala in quanto la posizione della Corte di giustizia con riguardo all’illegalità degli insediamenti israeliani emerge molto più nettamente che non in quella del 2010, pur riconoscendo che la risposta della Corte dipende dai quesiti pregiudiziali che le vengono posti e non da scelte sue proprie.

Vale la pena di svolgere alcune considerazioni con riguardo ai giudizi *Front Polisario* e *Western Sahara Campaign UK*, poiché anch’essi riguardano il principio di autodeterminazione dei popoli. Nelle sentenze concernenti l’accordo euromediterraneo con il Marocco, la Corte, applicando le norme in materia di interpretazione dei trattati<sup>74</sup>, non ha accertato alcuna violazione da parte dell’Unione del diritto internazionale ed ha concluso affermando che gli accordi tra UE e Marocco non sono stati, neppure *de facto*, applicati al territorio del Sahara occidentale. Com’è noto, in *Front Polisario*<sup>75</sup> la Corte ha annullato la sentenza del Tribunale ed ha respinto in quanto irricevibile il ricorso del Fronte Polisario per insussistenza della capacità di agire per l’annullamento della decisione impugnata. Veniva messo in rilievo che il territorio del Sahara occidentale, in forza del principio di autodetermi-

---

<sup>72</sup> La comunicazione della Commissione del 2015 non era infatti la prima: cfr., *supra*, la nota 15 per ulteriori prese di posizione istituzionali e per orientamenti dell’Unione, anche successivi alla sentenza *Brita*.

<sup>73</sup> E, in particolare, dell’art. 34 CVDT e del principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*.

<sup>74</sup> In *Front Polisario* gli articoli 29 e 34 della CVDT; in *Western Sahara Campaign UK* l’art. 31, par. 3, lett. c), della CVDT.

<sup>75</sup> Giudizio conseguente ad un ricorso in annullamento parziale, promosso dal Fronte Polisario (entità che rivendica la sovranità sul Sahara occidentale) della decisione del Consiglio n. 2012/497/UE dell’8 marzo 2012, relativa alla conclusione dell’accordo in forma di scambio di lettere tra l’Unione europea e il Regno del Marocco in merito a misure di liberalizzazione reciproche per i prodotti agricoli, i prodotti agricoli trasformati, il pesce e i prodotti della pesca, alla sostituzione dei protocolli numeri 1, 2 e 3 e dei relativi allegati e a modifiche dell’accordo euromediterraneo che istituisce un’associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e il Regno del Marocco, dall’altra (in seguito: accordo CE-Marocco), con relativi protocolli.

nazione, possiede uno *status* separato e distinto rispetto a quello di qualsiasi altro Stato – compreso il Regno del Marocco – e che proprio per questo motivo i termini “territorio del Regno del Marocco” figuranti all’art. 94 dell’accordo di associazione CE-Marocco non possono essere interpretati in modo da includere detto territorio conteso nell’ambito di applicazione territoriale dell’accordo<sup>76</sup>. Anche l’art. 29 della CVDT, che ha natura consuetudinaria, impediva che il Sahara occidentale potesse essere considerato come terza parte rispetto all’Unione e al Marocco nell’ambito dell’accordo concluso. Quest’ultimo non può applicarsi a detto territorio poiché ciò risulterebbe in violazione del principio dell’effetto relativo dei trattati e di quello di buona fede nell’esecuzione dei trattati.

In *Western Sahara Campaign UK*<sup>77</sup>, la Corte ha precisato nuovamente che la nozione di “territorio del Regno del Marocco” deve essere intesa come riferimento allo spazio geografico sul quale il Regno del Marocco esercita la pienezza delle competenze riconosciute alle entità sovrane dal diritto internazionale, a esclusione di ogni altro territorio, come quello del Sahara occidentale, per concludere che il territorio del Sahara occidentale non rientra nella nozione di “territorio del Regno del Marocco” ai sensi dell’art. 11 dell’accordo di partenariato<sup>78</sup>. Una sua inclusione nella sfera di applicazione dell’accordo, per la Corte, violerebbe lo stesso principio dell’effetto relativo dei trattati, nonché il diritto all’autodeterminazione<sup>79</sup>; di conseguenza, comporterebbe una violazione del diritto internazionale da parte dell’Unione.

Occorre rilevare che l’interpretazione della Corte di giustizia e la sua affermazione per cui viene esclusa l’interpretazione dei Trattati che avrebbe condotto l’Unione a violare il diritto internazionale, ha suscitato alcune perplessità ed ha dato l’impressione che il giudice europeo abbia cercato di “salvare” l’accordo concluso dall’Unione per motivi pragmatici, in virtù dell’importanza di mantenere buoni rapporti con uno Stato come il Marocco, rilevante dal punto di vista geopolitico per l’Unione, e non per la sua effettiva compatibilità con le norme del diritto internazionale, al cui rispetto l’organizzazione è tenuta. In entrambi i casi, la Corte ha colto

<sup>76</sup> Sentenza *Front Polisario*, punto 92. Per alcuni commenti della dottrina alla sentenza cfr. P. HILPOLD, *Self-determination at the European Courts: The Front Polisario Case or The Unintended Awakening of a Giant*, in *European Papers*, 2017, p. 907 ss., reperibile online; E. MILANO, *Front Polisario and the Exploitation of Natural Resources by the Administrative Power*, *ivi*, p. 953 ss.; E. KASSOTI, *The EU and Western Sahara: an Assessment of Recent Developments*, in *European Law Review*, 2018, p. 751 ss.; C. RYNGAERT, R. FRANSEN, *EU Extraterritorial Obligations With Respect to Trade With Occupied Territories: Reflections After the Case of Front Polisario Before EU Courts*, in *Europe and the World: A Law Review*, 2018, p. 1 ss., reperibile online; e U. VILLANI, *La Cour de justice de l’Union européenne et le droit à l’autodétermination du peuples sahraoui*, in *Liber amicorum Antonio Tizzano*, Torino, 2018, p. 1007 ss.

<sup>77</sup> Giudizio conseguente ad un rinvio pregiudiziale riguardante l’applicazione dell’accordo di associazione CE-Marocco, dell’Accordo tra l’UE e il Marocco in merito a misure di liberalizzazione reciproche per i prodotti agricoli e i prodotti della pesca, approvato con risoluzione del Parlamento europeo, del 16 febbraio 2012, sull’accordo tra l’UE e il Marocco concernente misure di liberalizzazione reciproche per i prodotti agricoli e i prodotti della pesca, 2012/2522(RSP), e del Protocollo tra l’Unione europea e il Regno del Marocco che fissa le possibilità di pesca e la contropartita finanziaria previste dall’accordo di partenariato nel settore della pesca tra l’Unione europea e il Regno del Marocco, concluso con la decisione (UE) 2013/720 del Consiglio, del 15 novembre 2013.

<sup>78</sup> Sentenza *Western Sahara Campaign UK*, punti 62 e 64. Cfr., in particolare, A.C. PRICKARTZ, S. HUMMELBRUNNER, *op. cit.*

<sup>79</sup> Sentenza *Western Sahara Campaign UK*, punto 63.

l’occasione per affermare che l’Unione rispetta il diritto internazionale generale per ciò che riguarda le regole sull’interpretazione dei trattati e il principio di autodeterminazione dei popoli, che esprime anche un diritto opponibile *erga omnes*. Tuttavia, la Corte non ha tenuto conto “di ogni ulteriore pratica seguita nell’applicazione del trattato con la quale venga accertato l’accordo delle parti relativamente all’interpretazione del trattato”<sup>80</sup> e, così facendo, non ha conseguito una verifica effettiva del ruolo dell’Unione nell’*enforcement* di altri principi generali applicabili al caso concreto<sup>81</sup>. In nessuno dei due casi possiamo dire che la Corte abbia chiaramente condannato le azioni del Marocco in violazione del principio di autodeterminazione dei popoli.

Diversamente aveva agito il Tribunale<sup>82</sup>, riconoscendo la personalità giuridica e la legittimazione ad agire del Fronte Polisario<sup>83</sup>, concludendo che l’accordo si applica anche al territorio del Sahara occidentale e annullando la decisione impugnata nella parte in cui approva l’applicazione dello stesso a tale territorio<sup>84</sup>.

Il caso in esame presenta una differenza fondamentale rispetto a quelli concernenti l’accordo con il Marocco: tale differenza investe proprio l’applicazione territoriale degli accordi di associazione. L’accordo tra UE ed Israele è affiancato infatti da un altro accordo, quello tra UE e OLP<sup>85</sup>. In tale contesto, l’Unione ha concluso accordi con due entità distinte invece che col solo Marocco. Nonostante nell’accordo CE-Israele non sia presente una clausola che definisca cosa si debba intendere per “Stato di Israele”, né una riaffermazione chiara della posizione dell’Unione rispetto alla legalità degli insediamenti e alla violazione del diritto internazionale *ivi* perpetrata, la sua applicazione territoriale può essere facilmente determinata per esclusione, rientrando la Cisgiordania e la Striscia di Gaza nell’ambito di applicazione dell’accordo CE-OLP<sup>86</sup>. Oltretutto, l’Unione ha incluso, tra gli allegati dell’accordo, delle istruzioni per le autorità doganali da seguire nei casi in cui le

---

<sup>80</sup> Art. 31, par. 3, lett. b), CVDT; in questo caso, una verifica in tal senso avrebbe probabilmente svelato l’applicazione del medesimo al territorio occupato del Sahara occidentale o alle acque adiacenti allo stesso.

<sup>81</sup> Primi fra tutti, l’obbligo di non riconoscimento di una situazione internazionalmente illegittima e il divieto di dare aiuto ed assistenza; cfr. art. 42, par. 2, del Draft Articles on Responsibility of International Organizations della Commissione di diritto internazionale. Cfr., a proposito, E. KASSOTI, *The ECJ and the Art of Treaty Interpretation*, cit., p. 225-229; l’Autrice rileva l’importanza attribuita alla c.d. “*subsequent practice*” dalla Commissione di diritto internazionale, che l’ha definita “*authentic means of interpretation*” nel rapporto della CDI sul lavoro della sua 16ma sessione, dell’11 maggio - 24 luglio 1964, in *Yearbook of the ILC*, II, New York-Geneva, 1964, p. 203, par. 13.

<sup>82</sup> Sentenza del Tribunale del 10 dicembre 2015, causa T-512/12, *Front populaire pour la libération de la saquia-el-hamra et du rio de oro (Front Polisario) c. Consiglio dell’Unione europea*, in seguito: sentenza del Tribunale *Front Polisario c. Consiglio*. Per un’analisi della pronuncia cfr. G. VIDIGAL, *Trade Agreements, EU Law, and Occupied Territories - A Report on Polisario v Council*, in *European Journal of International Law: Talk!*, 2015, reperibile online; Id., *Trade Agreements, EU Law, and Occupied Territories (2): The General Court Judgment in Frente Polisario v Council and the Protection of Fundamental Rights Abroad*, *ivi*; S. HUMMELBRUNNER, A.-C. PRICKARTZ, *It’s not the Fish that Stinks! EU Trade Relations with Morocco under the Scrutiny of the General Court of the European Union*, in *Utrecht Journal of International and European Law*, 2016, p. 19 ss., reperibile online.

<sup>83</sup> Cfr. sentenza del Tribunale *Front Polisario c. Consiglio*, punti 60 e 110-111.

<sup>84</sup> *Ivi*, punti 103 e 247.

<sup>85</sup> Ed infatti, anche il Tribunale (*ivi*, punti 96-97) aveva notato tale differenza rispetto al caso *Brita*.

<sup>86</sup> Cfr. articoli 4 e 5, accordo CE-OLP.

merci provengano dai territori occupati<sup>87</sup>. Proprio la circostanza della conclusione di un accordo di associazione tra UE ed OLP ha limitato, nel caso *Brita*, l'applicazione dell'altro accordo – quello tra UE ed Israele – ai territori palestinesi occupati.

L'applicazione delle regole di origine<sup>88</sup> poggia su due presupposti: l'origine del prodotto deve essere determinata e il territorio di provenienza non deve essere occupato. Imprescindibile, dunque, è la sovranità dello Stato esportatore sul territorio di provenienza della merce esportata<sup>89</sup>. Il regime delle regole di origine poggia quindi sulla chiara delimitazione e distinzione dei rispettivi territori: ogni accordo crea uno schema bilaterale di scambio tra le parti, che si fonda sulla definizione del territorio degli Stati contraenti, nonché sulla precisa individuazione delle autorità preposte al rilascio di certificati di origine<sup>90</sup>. Nel caso degli accordi CE-OLP e CE-Israele, la definizione del territorio di applicazione era desumibile anche dalle numerose prese di posizione dell'Unione in favore del non riconoscimento della legittimità dell'occupazione israeliana. Con la sentenza *Brita*, inoltre, la Corte ha riconfermato le conclusioni raggiunte nella sentenza *Anastasiou I*<sup>91</sup>: la questione affrontata in quest'ultimo caso riguardava la validità ed il riconoscimento da parte dell'Unione dei certificati di origine rilasciati dalle autorità turche di Cipro del nord. La Corte si è rifiutata in tale occasione di riconoscere la validità dei certificati turchi, affermando che solo le autorità della Repubblica di Cipro avevano il potere di fornire la prova dell'origine dei prodotti provenienti dal territorio oggetto dell'accordo CE-Cipro del 1972. Come è stato affermato, il sistema degli accordi di libero scambio è fondato sull'idea che tutti gli accordi siano eguali e coesistenti e con la pronuncia *Brita* la Corte ha voluto preservare l'integrità di ognuno di essi<sup>92</sup>.

<sup>87</sup> Cfr. l'accordo tra l'UE e il governo d'Israele riguardo agli aspetti tecnici da includere nell'attuazione del Protocollo 4 dell'accordo euro-mediterraneo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee ed i loro Stati membri da una parte e lo Stato d'Israele dall'altra, firmato a Bruxelles il 15 marzo 2013.

<sup>88</sup> Le regole di origine – o di provenienza – fissano i criteri usati per determinare il Paese di origine di un determinato prodotto e possono essere di due tipi: preferenziali e non preferenziali. Queste ultime sono applicate soltanto nel contesto di accordi di scambio, anch'essi preferenziali, all'interno di una zona di mercato libero.

<sup>89</sup> N. GORDON, S. PARDO, *op. cit.*, p. 76-77; cfr. anche C. HAUSWALDT, *Problems Under the EC-Israel Association Agreement: The Export of Goods Produced in the West Bank and the Gaza Strip Under the EC-Israel Association Agreement*, in *European Journal of International Law*, 2003, p. 591 ss.

<sup>90</sup> L. PUCCIO, *op. cit.*, p. 127.

<sup>91</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 5 luglio 1994, causa C-432/92, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte S.P. Anastasiou (Pissouri) ltd. e a.*, in seguito: sentenza *Anastasiou I*. La sentenza ha ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte dalla *High Court of Justice*, e vertente sull'interpretazione dell'accordo del 1972 che istituisce un'associazione fra la Comunità economica europea e la Repubblica di Cipro (in seguito: accordo CE-Cipro), allegato al regolamento (CEE) del Consiglio del 14 maggio 1973, n. 1246, nonché della direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1976 concernente le misure di protezione contro l'introduzione negli Stati membri di organismi nocivi ai vegetali o ai prodotti vegetali (77/93/CEE). Nella pronuncia la Corte afferma, ai punti 39-40: “[l]’accettazione dei certificati da parte delle autorità doganali dello Stato di importazione dimostra un completo affidamento di queste ultime nel sistema di controllo dell’origine dei prodotti attuato dalle competenti autorità dello Stato di esportazione. (...) Un sistema del genere può pertanto funzionare solo qualora le procedure di collaborazione amministrativa vengano rigorosamente rispettate. Ora, siffatta cooperazione è esclusa con le autorità di un’entità come quella stabilita nella parte settentrionale di Cipro, che non è riconosciuta dalla Comunità né dagli Stati membri, i quali riconoscono unicamente la Repubblica di Cipro”.

<sup>92</sup> L. PUCCIO, *op. cit.*, p. 128, e I. KORNFELD, *op. cit.*, par. III, lett. C.

Mentre la Commissione riconosceva l'amministrazione *de facto* del Regno del Marocco sul territorio del Sahara occidentale, nell'attesa di una soluzione che consentisse al popolo Sahrawi di esercitare il suo diritto all'autodeterminazione<sup>93</sup> e, più avanti, pubblicava un rapporto sui benefici dell'accordo CE-Marocco per il popolo del Sahara occidentale, nonché sulle consultazioni con il Fronte Polisario – praticamente inesistenti – relative all'estensione delle tariffe preferenziali ai prodotti provenienti da tale territorio conteso<sup>94</sup>, il Consiglio UE esprimeva la sua volontà di impegnarsi, nel rispetto del diritto internazionale, affinché tutti gli accordi tra l'Unione e lo Stato di Israele indicassero inequivocabilmente ed esplicitamente la non applicabilità degli stessi ai territori occupati da Israele dal 1967<sup>95</sup>. Non desta dunque sorprese il fatto che all'Unione sia stata mossa l'accusa di usare due pesi e due misure nell'applicazione delle regole di provenienza contenute negli accordi con Israele e l'OLP e in quelli conclusi con il Marocco<sup>96</sup>.

Detto ciò, anche se la sentenza *Brita* forniva un chiarimento giuridico riguardo all'applicazione territoriale dei due accordi di associazione, comunque, rifugiandosi nella pronta soluzione del divieto di concorso di qualificazioni<sup>97</sup>, essa non si spingeva fino a condannare la situazione degli insediamenti israeliani, né fino a dichiararne l'illegalità sul piano internazionale. La Corte, piuttosto, faceva un implicito riferimento all'esistenza di un confine tra Israele e Palestina, delimitando il potere di certificazione delle autorità israeliane ai beni provenienti dal territorio dello Stato di Israele. Il risultato non è stato quello di bloccare le importazioni provenienti dagli insediamenti israeliani nei territori arabi occupati, ma di evitare che i prodotti provenienti da tali insediamenti beneficiassero del trattamento preferenziale ai sensi dell'accordo CE-Israele<sup>98</sup>. Oltretutto, come è stato rilevato, il fatto di non aver preso in considerazione il contesto internazionale generale e l'obbligo dell'Unione di non riconoscimento di una situazione in violazione del diritto internazionale nell'applicazione dell'accordo CE-Israele è criticabile e, secondo taluni, ha reso apolitico e distaccato il ragionamento della Corte<sup>99</sup>.

---

<sup>93</sup> Sentenza del Tribunale *Front Polisario c. Consiglio*, punto 56.

<sup>94</sup> Commissione europea e Servizio europeo per l'azione esterna, Report on Benefits for the People of Western Sahara and Public Consultation on Extending Tariff Preferences to Products from Western Sahara, dell'11 giugno 2018.

<sup>95</sup> Conclusioni del Consiglio sul processo di pace del Medio Oriente, 3209° incontro del Consiglio Affari Esteri, 10 dicembre 2012; tale volontà è evidente anche negli orientamenti approvati dalla Commissione nel 2013.

<sup>96</sup> Cfr., ad es., E. RUBINSON, *More than Kin and Less than Kind: The Status of Occupied Territories under the European Union Bilateral Trade Agreements*, KAS Working Paper, n. 97, 2011, il quale rileva che, anche se entrambi (territori arabi e Sahara occidentale) sono considerati territori occupati, l'Unione ha permesso al Marocco di usufruire dei benefici dell'accordo di associazione anche per i prodotti originari da tale territorio. Cfr., inoltre, N. GORDON, S. PARDO, *op. cit.*, p. 81.

<sup>97</sup> Sentenza *Brita*, punto 58: “(...) le autorità doganali dello Stato membro di importazione non possono procedere ad un concorso di qualificazioni lasciando aperta la questione dell'individuazione dell'accordo applicabile nella specie”.

<sup>98</sup> F. BICCHI, B. VOLTOLINI, *Europe, the Green Line and the Issue of the Israeli-Palestinian Border: Closing the Gap Between Discourse and Practice?* in *Geopolitics*, LSE Research Online, 2017, p. 124 ss., reperibile online.

<sup>99</sup> G. HARPAZ, E. RUBINSON, *op. cit.*; E. KASSOTI, *The EU's Duty of Non-recognition and the Territorial Scope of Trade Agreements Covering Unlawfully Acquired Territories*, in *Europe and the World: A Law Review*, 2019, p. 1 ss., reperibile online.

Con tutta probabilità, la politica europea delle regole di provenienza non ha inciso in modo significativo sulla situazione israeliano-palestinese<sup>100</sup>; allo stesso tempo, però, ha fatto sì che a livello statale – da parte dell’autorità doganale tedesca, nel caso *Brita*, e da parte del MEF francese, nel caso *Organisation Juive Européenne* – si pretendesse una precisa indicazione di origine delle merci, nel rispetto delle regole internazionali pattizie – ad esempio, quella sul pagamento dei dazi doganali – e dei diritti dei consumatori, come quello ad una corretta e leale informazione sul prodotto.

Con la sentenza *Organisation Juive Européenne*, la Corte ha compiuto il passo successivo, garantendo ai consumatori la trasparenza nelle informazioni di provenienza dei prodotti e, allo stesso tempo, pronunciandosi esplicitamente sulla flagrante violazione del diritto internazionale da parte di Israele, in ottemperanza all’obbligo di non riconoscimento e al divieto di dare aiuto ed assistenza ad una situazione che viola il diritto internazionale<sup>101</sup>. Dopo la sentenza *Western Sahara Campaign UK*, la Corte era stata criticata soprattutto per aver fatto affidamento, nell’interpretazione degli accordi tra UE e Marocco, sull’assunzione che l’Unione non avrebbe (mai) potuto agire in violazione del diritto internazionale, quello che è stato definito il “could not be what must not be argument”<sup>102</sup>. Certo, nel caso in esame non si trattava di giudicare se le azioni esterne dell’Unione violassero i principi di diritto internazionale – come invece nei casi *Front Polisario* e *Western Sahara Campaign UK* – e, dunque, una condanna della politica israeliana non ha inciso sulla validità dell’accordo concluso con Israele.

*Last but not least*, l’innovatività della pronuncia in esame risiede anche nella tecnica giuridica utilizzata dai giudici europei, i quali hanno basato la loro decisione sull’interpretazione di un regolamento europeo che ha ad oggetto la protezione dei consumatori, orientata ad assicurare la coerenza tra l’applicazione delle regole interne e l’azione esterna dell’Unione, che si basa sul rispetto del diritto internazionale. Il ragionamento seguito dalla Corte in base al quale Israele viola il diritto internazionale<sup>103</sup> e l’Unione deve conseguentemente offrire ai consumatori un modo di identificare che gli alimenti sono originari di un territorio occupato dallo Stato di Israele è sicuramente nuovo e consente di riaffermare che l’Unione contribuisce alla rigorosa osservanza del diritto internazionale.

7. Come afferma Marise Cremona, nei Trattati non si rinvergono scelte politiche definite capaci di guidare l’azione esterna dell’Unione, come l’apertura dei mercati o il divieto di discriminazione: piuttosto, all’Unione è assegnato un compito – quello di sviluppare relazioni e creare legami con Stati terzi ed organizzazioni internazionali –, un numero di campi nei quali operare, un set di strumenti da utilizzare e degli obiettivi aperti e non graduati tra loro tra i quali figurano il consolidamento e il sostegno alla democrazia, allo Stato di diritto, ai diritti dell’uomo e ai principi del diritto internazionale (art. 21, par. 2, lett. b, TUE); in questo quadro, sono le

<sup>100</sup> N. GORDON, S. PARDO, *op. cit.*, p. 84 ss.; tali autori sostengono che la politica delle regole di provenienza ha toccato non più dello 0,5% delle esportazioni israeliane.

<sup>101</sup> Commissione di diritto internazionale, art. 41, par. 2, dei *Draft Articles on Responsibility of States* della Commissione di diritto internazionale, e art. 42, par. 2, dei *Draft Articles on Responsibility of International Organizations*.

<sup>102</sup> E. KASSOTI, *The ECJ and the Art of Treaty Interpretation*, cit., p. 220.

<sup>103</sup> Art. 49, par. 6, della Convenzione di Ginevra.

istituzioni a dover fissare la direzione e gli obiettivi specifici dell’azione esterna dell’Unione<sup>104</sup>. Con la sentenza *Organization juive européenne* la Corte di giustizia ha contribuito ad assicurare la coerenza tra le varie politiche ed azioni dell’Unione e l’insieme dei suoi obiettivi – *ex art. 7 TFUE* – in particolare di quelli relativi all’azione esterna.

Considerata anche la recente dichiarazione del Segretario di Stato statunitense Mike Pompeo sulla legalità degli insediamenti<sup>105</sup> e l’ancora più recente comunicazione, da parte del ministro della difesa israeliano Naftali Bennett, dell’intenzione di costruire un nuovo insediamento a Hebron, nel territorio palestinese della Cisgiordania<sup>106</sup> – probabilmente la prima, diretta conseguenza del *revirement* da parte del governo americano – per non parlare della pubblicazione, da parte dell’amministrazione Trump, del piano “Peace to Prosperity”<sup>107</sup>, che prevede l’estensione della sovranità di Israele sui territori occupati e la creazione di uno Stato palestinese con capitale Gerusalemme Est, la sentenza esaminata spicca per la sua importanza e distingue l’Unione dagli Stati Uniti con riguardo al rispetto del diritto internazionale. Nell’attuale momento storico, la presa di posizione della Corte ha contribuito non solo all’allineamento dell’azione esterna dell’Unione con la posizione da questa assunta da tempo nei confronti dello Stato di Israele e dei suoi insediamenti, dimostrando coerenza, ma ha anche concorso all’*enforcement* del principio di autodeterminazione e della sovranità permanente dei popoli sulle risorse naturali oltretutto, con essi, del diritto internazionale generale. Facendo leva sulla normativa europea posta a tutela dei consumatori, tramite un’interpretazione estensiva dei parametri di protezione stabiliti nel regolamento, i giudici europei sono quindi riusciti ad affermare chiaramente l’illegittimità delle politiche dello Stato di Israele nei territori palestinesi sotto occupazione, pretendendo per i prodotti con tale origine non solo la disapplicazione del trattamento preferenziale, ma anche una completa trasparenza nelle informazioni di origine a beneficio del consumatore.

---

<sup>104</sup> M. CREMONA, *Structural Principles and Their Role in EU External Relations Law*, in *Current Legal Problems*, 2016, p. 35 ss.

<sup>105</sup> Per la notizia della dichiarazione del 18 novembre 2019 cfr., tra i tanti, il sito [www.edition.cnn.com](http://www.edition.cnn.com).

<sup>106</sup> Per la notizia della comunicazione del 1° dicembre 2019 cfr., tra i tanti, il sito [www.aljazeera.com](http://www.aljazeera.com).

<sup>107</sup> Piano presentato il 28 gennaio 2020, reperibile *online* al sito [www.whitehouse.gov](http://www.whitehouse.gov).

## Abstract

### ‘Made in Settlements’! The European Consumer Must Know if Goods Are Produced in a Palestinian Territory Occupied by Israel

In the case discussed in this comment (Case C-363/18, *Organisation juive européenne v Vignoble Psagot Ltd c. Ministre de l'Économie et des Finances*) the Court of Justice has ruled that goods originating from an Israeli settlement situated in a Palestinian occupied territory must contain that specific origin in their label. In the judgment, the Court has had the opportunity to deal with the people's right to self-determination and ensures that the Union respects it, in line with the principle that the Union contributes to the strict observance and development of international law. At the heart of the Court's conclusions is the protection of the European consumer, who is potentially sensitive to various issues, including the violation of international law by Israel in the settlements of the occupied territories. Thus, the Court has had the chance to reaffirm that the Union respects international law. However, this time, it has taken a clearer and more convincing statement than in the past, taking a stand, in the context of the unresolved Israeli-Palestinian conflict, against the recognition of the legitimacy of the settlements.

Cinzia Peraro\*

# Lo scambio di informazioni tra le imprese nell'epoca di Internet: considerazioni sulle regole

SOMMARIO: 1. Internet e *antitrust*. – 2. La prassi della Commissione e la giurisprudenza della Corte di giustizia. – 3. Orientamenti della prassi e della giurisprudenza amministrativa italiana. – 4. Il dominio dell'algoritmo e le nuove prospettive. – 5. Conclusioni.

1. L'avvento di Internet ha costretto le imprese e le autorità di regolazione a confrontarsi con nuove realtà economiche e giuridiche, consentendo alle prime di utilizzare nuove tecnologie in grado “di raccogliere, registrare ed elaborare una enorme mole di dati, a grande velocità, in breve tempo e a basso costo”<sup>1</sup>, e le seconde a riconsiderare le modalità di applicazione delle regole esistenti per adattare le tradizionali categorie giuridiche alla rivoluzione digitale. Non a caso è stato affermato che il diritto *antitrust*, di fronte al mutato scenario concorrenziale, deve “reinventarsi”<sup>2</sup>. Tale esigenza di innovazione viene di sovente sottolineata avendo riguardo al necessario equilibrio che deve instaurarsi nel mercato digitale con riferimento all'uso dei dati (personali e non) che, raccolti (grezzi) in grande quantità (*big data*)<sup>3</sup>, vengono trasformati, mediante lo sviluppo di appositi algoritmi, in informazioni utilizzabili dalle imprese, quando tale processo interferisce con la concorrenza<sup>4</sup>. La domanda

\* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea dell'Università degli studi di Verona.

<sup>1</sup> M. OREFICE, *I big data. Regole e concorrenza*, in *Politica del diritto*, 2016, pp. 687-744, a p. 698.

<sup>2</sup> R. PARDOLESI, *Prefazione*, in C. COLANGELO, V. FALCE (a cura di), *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell'innovazione*, Bologna, 2017, p. 10.

<sup>3</sup> Per uno sforzo di definizione della nozione di *big data* nel contesto concorrenziale, OECD, *Big data: bringing competition policy to the digital era - Background Note by the Secretariat*, 29-30 novembre 2016, DAF/COMP(2016)14, www.oecd.org, p. 5 ss. In generale, per tutti, anche per i riferimenti alla vastissima dottrina in materia, vedi G.M. RUOTOLO, *I dati non personali: l'emersione dei big data nel diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, pp. 97-116, da p. 97 ss.; A. STAZI, F. CORRADO, *Datificazione dei rapporti socio-economici e questioni giuridiche: profili evolutivi in prospettiva comparatistica*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2019, pp. 443-487. Si veda anche l'indagine conoscitiva sui *big data* dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Garante per la protezione dei dati, febbraio 2020, reperibile *online*, p. 5 ss.

<sup>4</sup> Le autorità sulla concorrenza francese e tedesca (Autorité de la concurrence e Bundeskartellamt) hanno presentato nel novembre 2019 uno studio congiunto su *Algorithms and Competition*, reperibile *online*, dove, dando atto della elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, vengono distinte tre diverse ipotesi di possibile uso degli algoritmi: “algorithms as supporters or facilitators of ‘traditional’ anti-competitive practices”; “algorithms-driven collusion between competitors involving a third party”; e

da porsi è se sia sufficiente che il diritto della concorrenza si adatti ai nuovi scenari<sup>5</sup> imposti dalla tecnologia, applicando in via estensiva e per analogia le regole vigenti, o sia invece necessaria una riscrittura della grammatica stessa della concorrenza, per scongiurare il rischio che detta tecnologia venga utilizzata per creare asimmetrie informative a scapito del consumatore. Ad essere messa alla prova è dunque la stessa elasticità del diritto della concorrenza<sup>6</sup>, vale a dire la sua capacità, anzitutto, di riconoscere e analizzare e, quindi, nel caso, di colpire e sanzionare, con le attuali norme, una ampia serie di comportamenti dettati dall'innovazione digitale e del tutto eterogenei rispetto a quelli per i quali detto diritto è stato fissato.

In questa sede ci si soffermerà in particolare sull'impatto che lo sviluppo tecnologico ha avuto su uno dei paradigmi tradizionali della concorrenza, ovvero lo scambio di informazioni, destinato in futuro ad avvenire, se già non avviene, principalmente tramite piattaforme *online*<sup>7</sup>. Esso rappresenta uno degli aspetti più delicati della normativa sulla concorrenza, dove il rischio per le aziende interessate di incorrere in comportamenti non consentiti dalla disciplina vigente è particolarmente elevato. La raccolta dei dati e la diffusione di nuove tecnologie di *data analytics*<sup>8</sup> finiscono infatti per incidere significativamente sulla capacità delle autorità *antitrust* di combattere gli accordi collusivi<sup>9</sup>, mentre, dall'altro, l'utilizzo di algoritmi consente alle imprese di coordinare più agevolmente le proprie condotte sul mercato. Non va infatti dimenticato che l'analisi dei *big data* conduce le imprese ad acquisire una maggiore conoscenza sia dei concorrenti e delle loro scelte strategiche, sia delle preferenze in generale dei consumatori. Questa sostanziale trasparenza circa i comportamenti dei rivali diviene tuttavia problematica quanto asimmetrica, "ossia quando per effetto della stessa siano soltanto le imprese a conoscere le rispettive scelte strategiche"<sup>10</sup>. In tali circostanze possono realizzarsi forme, le più varie, di

---

"collusion induced by the parallel use of individual algorithms". Per una analisi dei problemi posti dalle forme di intelligenza artificiale sul piano del diritto, nei suoi molteplici profili, vedi E. GABRIELLI, U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza Artificiale e diritto*, in *Giurisprudenza italiana*, 2019, pp. 1657-1778, e, in particolare, il contributo di A.M. GAMBINO, M. MANZI, *Intelligenza Artificiale e tutela della concorrenza*, *ivi*, pp. 1744-1748.

<sup>5</sup> M. OREFICE, *op. cit.*, p. 701.

<sup>6</sup> F. BASSAN, *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia. La sovranità perduta sui servizi*, Soveria Mannelli, 2019, p. 59.

<sup>7</sup> La Commissione europea non ha allo stato ritenuto di fornire una definizione puntuale della nozione di piattaforma digitale, limitandosi ad indicare una lista di attività che ricadono sotto tale nozione, stante la continua evoluzione e l'impossibilità dunque di fissare modelli omogenei: comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, del 25 maggio 2016, *Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa*, COM(2016)288 def. Nel senso che non esista "un'idea conclusiva" su come possano definirsi le piattaforme digitali, ma che piuttosto esse "possono essere concettualizzate in modi diversi a seconda del rilievo che si vuole dare ad una o ad alcune delle loro caratteristiche", M. MAGGIOLINO, *Concorrenza e piattaforme: tra tradizione e novità*, in C. COLANGELO, V. FALCE (a cura di), *op. cit.*, pp. 45-72, a p. 53.

<sup>8</sup> Su cui L. CALZOLARI, *La collusione fra algoritmi nell'era dei big data: l'imputabilità alle imprese delle "intese 4.0" ai sensi dell'art. 101 TFUE*, in *MediaLaws - Rivista di diritto dei media*, 2018, n. 3, pp. 219-239.

<sup>9</sup> G. COLANGELO, *Big Data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, 2016, pp. 425-460, a p. 449.

<sup>10</sup> M. MAGGIOLINO, *I big data e il diritto antitrust*, Milano, 2018, p. 278.

collusione, che alterano il mercato a detrimento del benessere del consumatore<sup>11</sup>, e che l'uso degli algoritmi<sup>12</sup>, che processano i *big data* mediante tecniche di analisi, accentuando la asimmetria, non può non favorire, consentendo alle imprese di raggiungere un equilibrio di cartello.

Da sempre, ad essere oggetto di attenzione da parte delle autorità preposte a vigilare sul rispetto delle regole sulla concorrenza è, soprattutto, lo scambio di informazioni sensibili relative a quantità e prezzi, sia direttamente tra le imprese sia tramite una associazione d'impresе. Il quadro dei possibili comportamenti meritevoli di attenzione ora tuttavia si arricchisce e al contempo si semplifica nelle sue forme, manifestandosi attraverso comportamenti anticompetitivi “that could not be committed without such technology”<sup>13</sup>, che si affiancano, per il momento, a quelli tradizionalmente considerati, creando una duplicità di condotte per ora soggette ad una disciplina comune e uniforme. Come è stato osservato, “l'utilizzo di algoritmi in grado di monitorare l'andamento dei prezzi sul mercato, prevedere gli scenari futuri e determinare automaticamente una reazione ad ogni mutamento rilevato finirebbe per supportare la collusione tacita ed il parallelismo consapevole consentendo alle imprese di individuare autonomamente, senza bisogno di alcun coordinamento esplicito, gli equilibri collusivi nei mercati interessati”<sup>14</sup>. Un effetto collusivo “between pricing algorithms may be an automatic consequence of increased market transparency caused by the widespread availability of data market conditions”<sup>15</sup>. Il parallelismo consapevole dei comportamenti, determinati dalle macchine, sfuggirebbe così inevitabilmente alla pratica concordata di cui all'art. 101 TFUE secondo i parametri abituali.

Di qui il convincimento che le categorie usuali del diritto della concorrenza debbano per lo meno essere rilette attraverso il prisma digitale. Se infatti può essere vero che “[t]here is no need to rethink the fundamental goals of competition law in the light of the digital ‘revolution’”, lo è altrettanto osservare che “the specific characteristics of platforms, digital ecosystems, and the data economy require esta-

---

<sup>11</sup> Ivi, p. 284 s., dove viene affermato che allo stato non è in realtà “possibile stabilire se l'uso di algoritmi chiamati a lavorare sui big data renderà i mercati più prони alla collusione o meno”, anche perché l'algoritmo è per sua natura neutrale, tanto da consentire “anche di elaborare algoritmi per potenziare le capacità di scelta dei consumatori e le abilità investigative delle autorità antitrust”.

<sup>12</sup> In assenza di una nozione codificata di algoritmo, con questo termine si è soliti “indicare quella determinata sequenza di regole e istruzioni – spesso iterative e assai complesse – che vengono impartite ai computer affinché essi derivino dai big data raccolti un particolare risultato”: così M. MAGGIOLINO, *I big data*, cit., p. 281 s. Vedi anche OECD, *Algorithms and Collusion - Background Note by the Secretariat*, 21-23 giugno 2017, DAF/COMP(2017)4, www.oecd.org, a p. 6, par. 8, dove si legge che “[a]n algorithm is an unambiguous, precise, list of simple operations applied mechanically and systematically to a set of tokens or objects (e.g., configurations of chess pieces, numbers, cake ingredients, etc.). The initial state of the tokens is the input; the final state is the output”. Sulle tipologie di algoritmi utilizzate per l'analisi dei *big data*, v. Indagine conoscitiva sui *big data*, p. 23 ss. e p. 112 s.

<sup>13</sup> L. CALZOLARI, *International and EU Antitrust Enforcement in the Age of Big Data*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2017, pp. 855-879, spec. p. 874.

<sup>14</sup> G. COLANGELO, *op. cit.*, p. 450. Nello stesso senso v. A. COLAPS, *Big Data: Is EU Competition Law Ripe Enough to Meet the Challenges?*, in R. MASTROIANNI, A. ARENA (eds.), *60 Years of EU Competition Law. Stocktaking and Future Prospects*, Napoli, 2017, pp. 31-45, spec. p. 42.

<sup>15</sup> L. CALZOLARI, *International and EU Antitrust Enforcement*, cit., p. 874.

blished concepts, doctrines and methodologies, as well as competition enforcement more generally, to be adapted and refined”<sup>16</sup>.

2. Nell’ottica tradizionalmente seguita dalla Commissione, lo scambio di informazioni sensibili, che riguardi cioè i c.d. parametri di concorrenza (ad esempio: le quantità e i prezzi), viene sanzionato in quanto tale, anche in assenza di un espresso intento collusivo, costituendo una autonoma pratica concordata ai sensi dell’art. 101 TFUE. Si presume, infatti, in tali circostanze che detto scambio possa costituire un mezzo per facilitare un cartello sui prezzi o una ripartizione di mercati e/o clientela, pur non essendovi prova di più ampi accordi di cui lo scambio di informazioni sarebbe in tal caso solo elemento accessorio. Non viene, invece, sanzionato lo scambio di informazioni che non riguardi i suddetti parametri, a meno che venga dimostrato in concreto che le informazioni così scambiate miravano ad indirizzare le scelte commerciali delle imprese interessate e a condizionare per l’appunto i dati sensibili, relativi a quantità e prezzi. In altre parole, viene esclusa l’applicazione dell’art. 101 TFUE, in primo luogo, quando non sussiste alcuno specifico accordo collusivo tra le imprese; in secondo luogo, laddove si tratti di dati che a tal fine non possono essere considerati sensibili, sicché il relativo scambio di informazioni non può essere ritenuto rilevante ai fini concorrenziali; e, infine, se tale scambio non comporta, sul piano del comportamento delle imprese interessate, una restrizione della concorrenza, vuoi per oggetto vuoi per effetto.

Nelle linee direttrici sull’applicabilità dell’art. 101 TFUE<sup>17</sup>, la Commissione distingue, nell’ambito degli scambi di informazioni “strategiche” (o “sensibili”), quelli che, avendo come oggetto informazioni ritenute “più strategiche”<sup>18</sup>, sono di per sé restrittivi della concorrenza e quelli che invece possono produrre un effetto restrittivo della concorrenza. Quanto ai primi, per i quali già il mero scambio può costituire un’intesa restrittiva “per oggetto”, viene in considerazione il caso della circolazione di informazioni individualizzate relative “ai prezzi e alle quantità per il futuro, seguite da quelle sui costi e sulla domanda” nonché da quelle sui “dati tecnologici”, ovvero, come già osservato, relativi ai parametri di concorrenza. Quanto ai secondi, che, pur non riguardando direttamente i parametri di concorrenza, possono avere l’effetto di consentire alle imprese di venire a conoscenza delle strategie di mercato dei propri concorrenti, deve sussistere la probabilità che lo scambio abbia significativi effetti negativi su uno o più di tali parametri, ovvero prezzo, produzione, qualità o varietà del prodotto o innovazione. Tali effetti, anche solo probabili, vanno valutati caso per caso, avendo riguardo al tipo di informazioni scambiate, vale a dire alla natura aggregata dei dati, alla loro attualità e alla modalità e frequenza dello scambio delle informazioni, nonché alle caratteristiche del mercato interessato, in specie del suo grado di concentrazione. Non è peraltro chiaro se per la Commissione sia sufficiente una valutazione astratta di tale potenziale offensività

<sup>16</sup> J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER (Final report by), *Competition Policy for the Digital Era*, 2019, p. 3, reperibile *online*.

<sup>17</sup> Comunicazione della Commissione europea, del 14 gennaio 2011, Linee direttrici sull’applicabilità dell’articolo 101 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, 2011/C 11/01 (in breve: “linee direttrici”).

<sup>18</sup> *Ivi*, par. 86.

della condotta od occorra anche verificare gli specifici effetti restrittivi della condotta, ovvero fornire una prova concreta del suo impatto<sup>19</sup>.

Va rilevato, inoltre, che, nonostante l'approccio rigorosamente strutturale della Commissione, basato sulle caratteristiche formali di talune condotte considerate di per sé restrittive, sono possibili deroghe al divieto assoluto quando dallo scambio di informazioni derivino effetti positivi per la concorrenza che eccedono quelli negativi, laddove cioè ne conseguano per le imprese benefici in termini di efficienza<sup>20</sup>. Questo accade, in particolare, quando lo scambio di informazioni sia strumentale unicamente alle attività di *benchmarking*, ovvero quando lo scambio di indicazioni su medie e percentuali di un settore sia volto a migliorare il rendimento e la performance delle singole imprese, consentendo a ciascuna il raggiungimento di efficienze economiche che possono incentivare la concorrenza a tutto vantaggio del mercato.

In taluni casi lo scambio di informazioni è stato sanzionato dalla Commissione quando tale comportamento era in realtà strumentale alla realizzazione di più vaste intese volte a coordinare detti comportamenti. Ciò è avvenuto con riguardo allo scambio di informazioni nel settore finanziario, in tema, in particolare, di concorrenza nel settore dei derivati sui tassi di interesse in yen<sup>21</sup>. La Commissione ha infatti ritenuto che la Icap, impresa di servizi d'intermediazione attraverso reti vocali ed elettroniche, altresì fornitore di servizi di post-negoziamento (di cui fanno parte l'Icap plc, l'Icap Management Services Ltd. e l'Icap New Zealand Ltd.), operando come intermediario sul mercato dei depositi in contante di yen giapponesi, avesse fornito agli operatori di tale mercato stime sia sui volumi disponibili sia sui prezzi, la cui finalità era quella di facilitare la conclusione di accordi tra tali operatori. La decisione della Commissione è stata confermata dal Tribunale con sentenza del 10 novembre 2017<sup>22</sup>, rilevando come la stessa Commissione avesse correttamente accertato che le infrazioni così sanzionate includevano due forme di comportamento, "ossia, da un lato, la discussione delle offerte di almeno una delle banche per influenzare l'andamento di tale offerta e, dall'altro, la comunicazione o la ricezione d'informazioni sensibili sotto il profilo commerciale"<sup>23</sup>, limitandosi però a considerare solo il primo profilo, che consentiva "la creazione di una situazione di 'informazione asimmetrica' a vantaggio delle sole banche partecipanti"<sup>24</sup>. Per quanto attiene invece allo scambio di informazioni riservate, il Tribunale, una volta accertato che il comportamento delle imprese comportava un coordinamento delle

---

<sup>19</sup> *Ivi*, par. 76. In merito v. G. BELOTTI, E. GAMBARARA, *La (il)liceità dello scambio di informazioni sensibili nel diritto antitrust con particolare riferimento allo scambio e all'acquisto di informazioni tramite società terze*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2011, pp. 523-540; A. FRIGNANI, *Lo scambio di informazioni nella comunicazione della Commissione sugli accordi di cooperazione orizzontale* (relazione al X convegno internazionale di Treviso del 17-18 maggio 2012), in E.A. RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea*, Bruxelles, 2013, pp. 449-470, a p. 463; L. VASQUES, *Scambio di informazioni e antitrust negli Stati Uniti e nell'Unione europea*, in *Mercato concorrenza regole*, 2015, pp. 141-180, a p. 163.

<sup>20</sup> Linee direttrici, par. 57. Vedi al riguardo art. 101, par. 3, TFUE.

<sup>21</sup> Decisione della Commissione europea, del 4 febbraio 2015, caso AT.39861 - Derivati sui tassi di interesse in yen. Vedi anche le decisioni della Commissione, del 7 dicembre 2016, caso AT.39914 - Derivati dei tassi di interesse in euro, e del 21 ottobre 2014, caso AT.39924 - Derivati su tassi di interesse del franco svizzero.

<sup>22</sup> Sentenza del Tribunale del 10 novembre 2017, causa T-180/15, *Icap*.

<sup>23</sup> *Ivi*, punto 58.

<sup>24</sup> *Ivi*, punto 63.

offerte tale da giustificare la qualificazione come infrazione per oggetto, ha ritenuto non necessario esaminare se lo scambio fosse tale da giustificare anch'esso una siffatta qualificazione<sup>25</sup>; ciò non di meno, seppure *incidenter tantum*, il Tribunale ha affermato che di per sé “la sola comunicazione d'informazioni riguardante le offerte future” avrebbe potuto configurare una restrizione della concorrenza ai sensi dell'art. 101, par. 1, TFUE<sup>26</sup>.

Diversamente, nei casi *Forex - Three Way Banana Split* e *Forex - Essex Express*, la Commissione ha sanzionato il mero scambio di informazioni sensibili sullo scambio di valute avvenuto tramite *chatrooms* tra i *traders* di alcune banche, che occasionalmente poteva anche dare luogo a forme di coordinamento, quale l'astensione da parte di uno dei *trader* per non interferire nelle attività di un concorrente, anch'egli partecipante alla *chatroom*<sup>27</sup>.

Non pare dunque che possano esservi dubbi sul fatto che lo scambio di informazioni sensibili, nel senso sopra chiarito, possa costituire già di per sé una restrizione non consentita dalla normativa sulla concorrenza. Depone del resto in tal senso anche la giurisprudenza costante della Corte di giustizia, secondo la quale lo scambio di informazioni può costituire un accordo anticoncorrenziale quando abbia come risultato quello di eliminare ogni incertezza circa il comportamento delle imprese concorrenti, determinando un allineamento delle politiche commerciali in una sorta di tacito parallelismo.

In effetti, in base al principio sancito nella sentenza *T-Mobile*<sup>28</sup>, devono ritenersi informazioni “sensibili” quelle che, in vario modo, sono idonee a ridurre l'incertezza strategica del mercato e quindi l'indipendenza decisionale dell'impresa, sulla base di una valutazione delle condizioni particolari del mercato<sup>29</sup>.

Tale orientamento è stato seguito nella sentenza resa nel caso *Dole*<sup>30</sup>, dove la Corte di giustizia, dopo aver ripercorso la propria giurisprudenza, confermando la decisione del Tribunale<sup>31</sup>, ha ribadito una sorta di “tolleranza zero” per ogni forma di scambio di informazioni relative ai prezzi fra imprese concorrenti, considerata

<sup>25</sup> *Ivi*, punto 73.

<sup>26</sup> *Ivi*, punto 75.

<sup>27</sup> Commissione europea, Press Release IP/19/2568 del 16 maggio 2019, *Commission fines Barcalys, RBS, Citigroup, JPMorgan and MUFG euro 1.07 billion for participating in foreign exchange spot trading cartel* (caso AT.40135 - Forex (Essex express) e Forex (Three way banana split)). Il 14 maggio 2019, la Commissione ha annunciato di aver avviato una indagine nei riguardi della Insurance Ireland, un'associazione di compagnie assicuratrici operanti in Irlanda, che gestisce un database (Insurance Link) cui i partecipanti fanno affluire in maniera continuativa i dati relativi ai sinistri: v. Press release IP/19/2509 del 14 maggio 2019, *Commission opens investigation into Insurance Ireland data pooling system* (caso AT.40511), dove a venire in considerazione è l'eventuale obbligo di dare accesso a terzi alle informazioni così scambiate fra le parti.

<sup>28</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile*.

<sup>29</sup> Sentenze della Corte di giustizia del 28 maggio 1998, causa C-7/95 P, *John Deere*; e del 23 novembre 2006, causa C-238/05, *Asnef-Equifax*.

<sup>30</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 19 marzo 2015, C-286/13 P, *Dole*. Su cui v. S. CHEEMA, *Bananas and the European Commission: A Comment on Case C-286/13 P Dole Food Company Inc., and Dole Fresh Fruit Europe v European Commission*, in *Manchester Review of Law, Crime and Ethics*, 2015, pp. 146-159, reperibile online.

<sup>31</sup> Sentenza del Tribunale del 14 marzo 2013, causa T-588/08, *Dole Food e Dole Germany*, punti 63-64, dove il Tribunale, secondo una giurisprudenza consolidata, ha sostenuto l'irrelevanza della circostanza che il contatto o lo scambio informativo abbia un nesso diretto con le quantità, i prezzi o il mercato.

di per sé una grave violazione delle regole di concorrenza, qualificabile come una restrizione per oggetto.

Nel caso di specie le imprese interessate, tutte operanti nel settore delle banane, fissavano ogni giovedì mattina il prezzo di riferimento dei propri prodotti, destinati alla esportazione e commercializzazione in alcuni Paesi dell'Unione. Prima però che venissero stabiliti detti prezzi di riferimento, le stesse imprese si scambiavano comunicazioni bilaterali di pretariffazione nel corso delle quali venivano discussi i fattori relativi ai prezzi di riferimento per la settimana successiva, oppure venivano discusse le tendenze di andamento dei prezzi o comunque fornite indicazioni al riguardo. Come rilevato dalla Commissione, lo scopo di tali scambi di informazioni era quello di "ridurre l'incertezza legata al comportamento delle imprese circa i prezzi di riferimento che esse dovevano fissare nella mattinata del giovedì"<sup>32</sup>. Un ulteriore scambio di informazioni, successivo alla fissazione dei prezzi di riferimento, consentiva alle stesse imprese una verifica delle decisioni di tariffazione effettivamente adottate con riferimento alle precedenti comunicazioni, rafforzando così l'affidabilità delle previsioni e quindi i margini di coordinamento. In conclusione, secondo la Commissione, le comunicazioni di pretariffazione svoltesi tra le imprese "potevano influire sui prezzi praticati dagli operatori, erano relative alla fissazione dei prezzi e avevano dato luogo ad una pratica concordata avente ad oggetto di restringere la concorrenza ai sensi dell'art. 81 CE [ora 101 TFUE]"<sup>33</sup>.

La Corte, di fronte alle argomentazioni della società Dole, secondo cui lo scambio di informazioni non era idoneo ad eliminare le incertezze quanto all'evoluzione dei prezzi e dunque al comportamento pianificato dalle imprese, ricorda, anzitutto<sup>34</sup>, come in base alla propria giurisprudenza nel caso *Cartes bancaires*<sup>35</sup>, talune forme di coordinamento tra imprese possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza<sup>36</sup>, senza che si renda perciò necessario l'esame dei loro effetti<sup>37</sup>. Ciò avviene specialmente quando "la probabilità che certi comportamenti collusivi, quali quelli che portano alla fissazione orizzontale dei prezzi da parte dei cartelli, abbiano effetti negativi, in particolare, sul prezzo, sulla quantità o sulla qualità dei prodotti e dei servizi è talmente alta che può essere ritenuto inutile (...) dimostrare che tali comportamenti abbiano effetti concreti sul mercato"<sup>38</sup>. Solo dunque in assenza "di un grado sufficiente di dannosità per la concorrenza"<sup>39</sup> occorrerà valutarne gli effetti, tenendo conto che, per determinare se un tipo di coordinamento presenti un grado sufficiente di dannosità per essere considerato una restrizione della concorrenza per oggetto, occorre riferirsi agli obiettivi ed al contesto economico e giuridico nel quale esso si colloca<sup>40</sup>. La conclusione della Corte è che correttamente la Commissione ha ritenuto "che le comunicazioni di pretariffazione avevano per oggetto di pervenire a condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato

---

<sup>32</sup> Sentenza *Dole*, punto 16.

<sup>33</sup> *Ivi*, punto 20.

<sup>34</sup> *Ivi*, punti 112 e 113.

<sup>35</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'11 settembre 2014, causa C-67/13 P, *Cartes bancaires*.

<sup>36</sup> *Ivi*, punto 50.

<sup>37</sup> *Ivi*, punto 49.

<sup>38</sup> Sentenza *Dole*, punto 115.

<sup>39</sup> *Ivi*, punto 116.

<sup>40</sup> *Ivi*, punto 117.

in quanto permettevano a ciascun partecipante di ridurre l'incertezza circa il prevedibile comportamento dei concorrenti e hanno dunque dato luogo ad una pratica concordata avente per oggetto di restringere la concorrenza"<sup>41</sup>, ai sensi dell'art. 101 TFUE.

In definitiva, non diversamente da quanto sostenuto dalla Commissione, lo scambio di informazioni non deve essere necessariamente strumentale a precedenti intese, ma, ove riguardi informazioni sensibili, quali i prezzi futuri, può costituire di per sé una pratica concordata in violazione dell'art. 101 TFUE<sup>42</sup>.

La sentenza *Dole* si segnalerebbe dunque, da un lato, per la riaffermazione dell'approccio strutturale, in quanto le regole *antitrust* non tutelano "soltanto gli interessi immediati di singoli concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale"<sup>43</sup>, e dall'altro, per il particolare rigore con cui viene trattato lo scambio di informazioni tra concorrenti, anche quando esse fossero limitate a "segnali, tendenze e/o indicazioni diretti al mercato"<sup>44</sup>, senza che "l'accertamento della sussistenza dell'oggetto anticoncorrenziale di una pratica concordata" possa "essere subordinato all'accertamento di un legame diretto di quest'ultima con i prezzi al dettaglio"<sup>45</sup>. La sentenza non ci fornirebbe invece indicazioni circa la possibilità di applicare i tradizionali criteri del coordinamento e della collaborazione, costitutivi di una pratica concordata, alle nuove modalità di acquisizione delle informazioni e di loro valutazione consentite dal ricorso agli algoritmi, non fosse per il (consueto) richiamo alla necessità che in materia di concorrenza "ogni operatore economico deve determinare autonomamente la condotta che intende seguire sul mercato comune"<sup>46</sup>, che si presta ad una nuova e diversa lettura. Seguendo una giurisprudenza consolidata<sup>47</sup> recepita nelle linee direttrici<sup>48</sup>, viene infatti precisato che "la suddetta esigenza di autonomia non esclude il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o atteso dei loro concorrenti"<sup>49</sup>, fermo restando che rimangono vietati quei contatti, diretti o indiretti, fra gli stessi operatori che "abbiano per oggetto, o producano l'effetto, di realizzare condizioni di concorrenza diverse da quelle normali nel mercato in

<sup>41</sup> *Ivi*, punto 134.

<sup>42</sup> Linee direttrici, par. 61. In tal senso vedi anche le conclusioni dell'Avvocato generale Kokott dell'11 dicembre 2014, cause riunite C-293 e 294/13 P, *Fresh Del Monte Produce*, per la quale "l'accertamento della sussistenza dell'oggetto anticoncorrenziale di una pratica concordata non può essere subordinato all'accertamento di un legame diretto fra quest'ultima e i prezzi al dettaglio. Né tantomeno deve sussistere un nesso diretto fra le informazioni scambiate e i prezzi al dettaglio"; ne consegue che "per ritenere sussistente un obiettivo anticoncorrenziale è sufficiente, piuttosto, che fra i concorrenti vengano scambiate informazioni su fattori rilevanti per la loro rispettiva politica dei prezzi oppure – più in generale – per il loro comportamento sul mercato" (punto 215). In generale v. V.H.S.E. ROBERTSON, *A Counterfactual on Information Sharing: The Commission's Horizontal Guidelines 2011 Applied to the Leading Cases*, in *World Competition*, 2013, pp. 459-488.

<sup>43</sup> Sentenza *Dole*, punto 125.

<sup>44</sup> *Ivi*, punto 18.

<sup>45</sup> *Ivi*, punto 125.

<sup>46</sup> *Ivi*, punto 119.

<sup>47</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 1975, cause riunite da 40 a 48, 50, da 54 a 56, 111, 113 e 114/73, *Suiker Unie*, punto 174; sentenza *John Deere*, punto 86.

<sup>48</sup> Linee direttrici, par. 61.

<sup>49</sup> Sentenza *Dole*, punto 120.

questione, tenuto conto della natura dei prodotti o delle prestazioni fornite, dell'importanza e del numero delle imprese e del volume di detto mercato"<sup>50</sup>.

La prima riflessione è che la connotazione attuale del mercato è una maggiore trasparenza che in passato, in virtù della accresciuta disponibilità e accessibilità di dati relativi alle condizioni del mercato stesso. È inevitabile che tale trasparenza faciliti la capacità delle imprese di accertare e reagire alle condotte dei concorrenti<sup>51</sup>, senza che ciò richieda una collusione fra le imprese stesse. Grazie infatti “agli sviluppi dell'intelligenza artificiale e del c.d. machine learning, i computer hanno oggi imparato a elaborare e eseguire algoritmi anche in modo autonomo, ossia a risolvere i problemi, prendere decisioni e fare previsioni senza che un programmatore li istruisca al riguardo”<sup>52</sup>. Se ciò è vero, risulta evidente come la stessa nozione di “collusione tacita”, basata sulla autonomia dei comportamenti e contrapposta alla pratica concordata, venga posta in discussione e soprattutto esiga una diversa lettura, dal momento che i contatti fra gli operatori, da un lato, non sono più la fonte, per lo meno la principale, delle informazioni, e, dall'altro, lo scambio stesso di tali informazioni non può incidere sul funzionamento dell'algoritmo che, per fare un esempio, determina autonomamente il prezzo da fissare (c.d. *pricing algorithms*), portando a compimento forme di concertazione del prezzo, anche senza che fra le imprese sia intervenuta una intesa da eseguire, quando gli algoritmi giudichino da sé “conveniente la fissazione di un prezzo o di una quantità di cartello”<sup>53</sup>.

Nello scenario tradizionale, il comportamento delle imprese era basato sulle condizioni di mercato che si determinavano indipendentemente da loro e che esse potevano cercare perciò di alterare mediante scambi di informazioni; nel nuovo mercato digitale, ciascuna impresa concorre invece con le informazioni che la riguardano a creare le condizioni del mercato stesso rispetto al quale esse reagiscono in modo sostanzialmente analogo ma autonomo. Difficile quindi immaginare che il semplice scambio di informazioni possa ancora essere ritenuto di per sé una violazione delle regole di concorrenza, soprattutto quando sul piano degli effetti essi sarebbero irrilevanti. A venire in rilievo è invece il carattere autonomo della decisione che viene così assunta dall'impresa, in quanto l'eventuale illiceità del comportamento deve essere ravvisata nelle modalità di funzionamento di acquisizione dei dati e di loro gestione, soprattutto quando ciò avvenga all'interno di una piattaforma, che non necessariamente assicura condizioni di eguaglianza nell'accesso e soprattutto può prestarsi a comportamenti illeciti anche, ma non solo, sotto il profilo dell'abuso di posizione dominante.

Il possibile realizzarsi di comportamenti non trasparenti e dunque anticoncorrenziali nella gestione, da parte di un terzo, senza contatti diretti tra i concorrenti, dei flussi informativi delle piattaforme *online* è stato oggetto di esame nella causa *Eturas UAB*<sup>54</sup>, dove la Corte di giustizia ha affrontato la questione dello scambio illecito di informazioni per il tramite di un sistema comune di prenotazione viaggi *online*. In quel caso l'amministratore del software aveva inviato un messaggio riguardante un'azione anticoncorrenziale comune alle agenzie di viaggio parteci-

---

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> L. CALZOLARI, *International and EU Antitrust Enforcement*, cit., p. 874 s.

<sup>52</sup> M. MAGGIOLINO, *I big data*, cit., p. 282.

<sup>53</sup> *Ivi*, p. 283.

<sup>54</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 21 gennaio 2016, causa C-74/14, *Eturas UAB*.

panti a tale sistema<sup>55</sup>. In queste circostanze, la Corte di giustizia ha ritenuto esistesse “una concertazione tra le agenzie di viaggio che erano a conoscenza del contenuto del messaggio controverso (...), potendosi considerare che esse avevano tacitamente acconsentito ad una pratica concordata”<sup>56</sup>, non essendosi pubblicamente dissociate da tale pratica<sup>57</sup>.

Avendo riguardo in particolare allo scambio di informazioni che si realizza tramite piattaforma, verrebbe poi immediato il riferimento alla distinzione tracciata dalla Corte di giustizia nella già ricordata causa *Asnef-Equifax*, che verteva sul sistema spagnolo di scambio di informazioni sul credito. In quel caso, la Corte ritenne infatti che uno scambio di informazioni sulla solvibilità dei debitori servisse principalmente a migliorare il funzionamento del mercato e a creare le stesse condizioni di concorrenza per tutti i fornitori di credito, senza che un operatore del mercato comunicasse in qualsivoglia modo ai suoi concorrenti, tramite tale scambio, le condizioni che intendeva riservare alla propria clientela. Una situazione per molti versi analoga si crea sulla piattaforma, dove affluiscono informazioni che migliorano di per sé la conoscenza del mercato, ma che non rilevano il comportamento che in concreto la singola impresa intende adottare<sup>58</sup>. Sarà infatti il ricorso agli algoritmi a dettare la strategia commerciale dell’operatore in condizioni di concorrenza che corrispondono, nell’era di Internet, a quelle normali di mercato, dove la possibilità di “collusioni tacite”, intese come comportamenti concordanti e paralleli, è il risultato di tale normalità e non il frutto di una sua alterazione.

**3.** A livello nazionale l’Autorità garante della concorrenza e del mercato (“AGCM”), allineandosi agli orientamenti della Commissione, ha sempre condannato lo scambio di informazioni, realizzato anche per il tramite di forme di associazioni di categoria, quando comunque relativo a dati riguardanti prezzi o quantità previsti, indipendentemente dal contesto di mercato<sup>59</sup>.

Nel caso *Jet Fuel*<sup>60</sup>, l’AGCM ha compiuto un passo ulteriore, ritenendo restrittivo della concorrenza uno scambio di informazioni tra società petrolifere, in apparenza limitato alla attività di stoccaggio e messa a bordo del carburante, poiché esso

<sup>55</sup> *Ivi*, punto 43.

<sup>56</sup> *Ivi*, punto 44.

<sup>57</sup> *Ivi*, punto 46. Vedi anche sentenza della Corte di giustizia del 21 luglio 2016, causa C-542/14, *VM Remonts*, dove la Corte afferma che la pratica concordata può “essere imputata all’impresa utilizzatrice stessa se essa poteva ragionevolmente prevedere che il prestatore al quale si è rivolta avrebbe condiviso le sue informazioni commerciali con i suoi concorrenti o era disposta ad accettare il rischio” (punto 31).

<sup>58</sup> Nel senso che in presenza di comportamenti anticoncorrenziali rientranti nella nozione di pratica concordata occorre provare che la singola impresa tramite il proprio comportamento “intendesse contribuire al complesso degli obiettivi comuni perseguiti dagli altri partecipanti all’intesa e che fosse al corrente di tutti gli altri comportamenti illeciti previsti o attuati da tali partecipanti nel perseguire i medesimi obiettivi, o che potesse ragionevolmente prevederli o fosse pronta ad accettarne il rischio”, vedi la sentenza della Corte di giustizia del 24 giugno 2015, cause riunite C-293 e 294/13 P, *Fresh Del Monte Produce*, punto 159. Il che significa che la semplice presenza nella piattaforma tramite la quale si realizzano comportamenti illeciti non è sufficiente per imputare all’impresa interessata una partecipazione alla pratica concordata, pur costituendone un indizio.

<sup>59</sup> Provvedimenti dell’AGCM del 1° luglio 1999, n. 7339, caso I364, *Tecnoaslfati*; 22 aprile 1999, n. 7115, caso A248, *Riello*; 28 luglio 2000, n. 8546, caso I377, *RC Auto*, confermati questi ultimi rispettivamente dalle sentenze del Consiglio di Stato del 20 marzo 2001, n. 1671, *Riello*; e 30 aprile 2002, n. 2199, *RC Auto*.

<sup>60</sup> Provvedimento dell’AGCM del 14 giugno 2006, n. 15604, caso I641, *Jet Fuel*.

si spingeva al di là di quanto strettamente necessario all'operatività delle imprese, finendo per determinare i loro comportamenti sul mercato, tanto da poter essere ritenuto sintomatico di una collusione anti-competitiva tra le imprese stesse<sup>61</sup>. Più di recente, l'AGCM ha sanzionato, il 20 dicembre 2018<sup>62</sup>, le società finanziarie (c.d. *captive banks*) dei principali gruppi automobilistici operanti in Italia nel settore della vendita di autoveicoli mediante finanziamenti, avendo accertato l'attuazione di un'intesa unica, complessa e continuata avente ad oggetto il coordinamento delle strategie commerciali delle stesse *captive banks* attraverso lo scambio di informazioni sensibili relative a quantità e prezzi, anche attuali e futuri. In particolare, l'Autorità ha rilevato che "l'intesa si è realizzata per il tramite di un intenso scambio, bilaterale e multilaterale, anche in sede associativa, di informazioni concorrenzialmente sensibili, in ragione anche dell'intensità, tipologia delle informazioni condivise nonché del contesto di mercato"<sup>63</sup>. In tali circostanze, una volta "comprovato l'oggetto anticoncorrenziale dei comportamenti addebitati"<sup>64</sup>, diviene superfluo prendere in considerazione gli effetti dell'intesa, quando, in particolare, si tratti di uno scambio di informazioni.

Tale orientamento restrittivo è seguito anche dai giudici amministrativi, per i quali lo scambio di dati assume una rilevanza autonoma, in quanto destinato a favorire forme più o meno consapevoli di parallelismi di comportamento. Ciò emerge già dalla nozione assunta del carattere sensibile dei dati scambiati che, per il TAR Lazio, è "determinato dall'attitudine dei medesimi a rivelare le future condotte e strategie delle imprese"<sup>65</sup>. Il Consiglio di Stato ha ribadito, nel 2008, il carattere potenzialmente restrittivo dello scambio di informazioni, quando questo determini "un clima di mutua sicurezza relativamente alle future politiche commerciali dei concorrenti"<sup>66</sup>. Peraltro, lo stesso Consiglio di Stato era già giunto nel 2002, nella citata decisione del caso *RC Auto*, ad affermare che gli scambi di informazioni tra i concorrenti si prestano ad essere censurati in quanto tali, senza la necessità di verificare rigorosamente né i presupposti di mercato, nei quali si inserisce la condivisione informativa, né gli effetti restrittivi causalmente ricollegabili al presunto illecito. Anche dunque a prescindere da un più ampio intento collusivo e dal grado di concentrazione del mercato, in quanto "il solo fatto di scambiare con concorrenti informazioni basta a manifestare l'esistenza di uno spirito anticoncorrenziale"<sup>67</sup>.

Tale orientamento, che si basa sulle caratteristiche delle informazioni scambiate e sugli effetti potenzialmente anticoncorrenziali, ovvero sull'astratta capacità dell'informazione scambiata a ridurre il livello di incertezza sui comportamenti futuri dei concorrenti, secondo il principio sancito dalla Corte di giustizia nel già ricordato caso *T-Mobile*, ha trovato ulteriore conferma nella decisione del Consiglio di Stato nel caso *IAMA Consulting* del 2010<sup>68</sup>. Si trattava dello scambio di informazioni commerciali tra compagnie di assicurazione mediante la condivisione di un

---

<sup>61</sup> *Ivi*, par. 313.

<sup>62</sup> Provvedimento dell'AGCM del 20 dicembre 2018, n. 27497, caso I811, *Finanziamenti auto*.

<sup>63</sup> *Ivi*, par. 297.

<sup>64</sup> *Ivi*, par. 231.

<sup>65</sup> TAR Lazio, sentenza del 27 febbraio 2007, n. 1746.

<sup>66</sup> Consiglio di Stato, sentenza del 20 febbraio 2008, n. 595.

<sup>67</sup> Sentenza *RC Auto*. Per un commento v. R. PARDOLESI, *Sul "nuovo che avanza" in antitrust: l'illeceità oggettiva dello scambio di informazioni*, in *Il Foro italiano*, 2002, parte III, c. 500 ss.

<sup>68</sup> Sentenza del Consiglio di Stato del 29 dicembre 2010, n. 9565.

*database* gestito da terzi che, ad avviso della AGCM<sup>69</sup>, configurava una pratica concordata. Il Tribunale amministrativo aveva annullato il provvedimento<sup>70</sup>, ritenendo i dati di natura pubblica (e dunque non sensibili) e che non fosse stata comunque fornita dimostrazione dell'efficacia anticoncorrenziale della pratica contestata.

Il Consiglio di Stato ha riformato la decisione del TAR e dunque confermato il provvedimento dell'AGCM, ravvisando nell'attività di raccolta del tipo di informazioni in questione, condivise tra i concorrenti per il tramite di una società esterna, un'intesa con oggetto restrittivo, che non richiede una verifica degli effetti<sup>71</sup>. In particolare, viene riaffermato che lo scambio di informazioni avrebbe un'astratta idoneità a restringere i margini di incertezza riguardo ai comportamenti commerciali dei concorrenti e quindi una natura oggettivamente anticoncorrenziale, senza che sia richiesta la prova del verificarsi in concreto, e non solo in potenza, dell'effetto restrittivo, quando, come nel caso di specie, riguarda le tariffe praticate agli assicurati e altre condizioni di contratto.

In apparente discontinuità con la precedente giurisprudenza si erano poi poste le sentenze del TAR Lazio, tutte del 6 giugno 2016<sup>72</sup>, nel caso dei servizi di post-produzione RAI. In esse, il giudice amministrativo aveva escluso che lo scambio di informazioni tra le imprese coinvolte, avvenuto anche tramite l'associazione di categoria *New Italian Broadcasting Association* (NIBA), potesse costituire un'intesa anticoncorrenziale, in quanto, da un lato, le informazioni erano state ritenute inidonee a influenzare il comportamento delle imprese nelle gare future, e, dall'altro, non vi era prova sufficiente dell'intesa. Il Consiglio di Stato<sup>73</sup>, accogliendo il ricorso dell'AGCM, ha invece ritenuto, anzitutto, non condivisibile la valutazione del materiale probatorio effettuato dal TAR, giudicandola fondata su un'analisi "parcellizzata" dei singoli elementi probatori, quando invece "le singole condotte delle imprese vanno valutate tenendo conto del quadro complessivo e non in modo atomistico"<sup>74</sup>. I giudici di Palazzo Spada hanno poi sottolineato la natura strategica dei dati scambiati, anche se riferiti a comportamenti di prezzo storici<sup>75</sup>, concludendo che l'oggetto delle comunicazioni era "costituito da dati potenzialmente idonei ad incidere sulle determinazioni di prezzo di ciascuna impresa, consentendo di svelare i recenti e dettagliati comportamenti di mercato dei concorrenti, al fine di orientare i prezzi delle offerte future"<sup>76</sup>. Ne conseguiva, secondo l'orientamento tradizionale, che, a prescindere da quelli che fossero gli scopi, anche leciti, perseguiti dall'associazione di categoria, il risultato era la sussistenza di un illecito anticoncorrenziale

<sup>69</sup> Provvedimento dell'AGCM del 30 settembre 2004, n. 13622, caso I575, *RAS Generali c. IAMA Consulting*.

<sup>70</sup> TAR Lazio, sentenza dell'8 agosto 2005, n. 6088.

<sup>71</sup> Consiglio di Stato, sentenza 9565/2010, su cui v. M. GRILLO, *Il caso IAMA al Consiglio di Stato: avanti tutta!*, in *Mercato concorrenza regole*, 2011, pp. 151-158; L. VASQUES, *op. cit.*, p. 169 ss.; S. COLOMBO, A. PIGNATARO, *Raccolta e condivisione di big data: quali effetti sulla collusione?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2019, pp. 315-336, p. 320 s.

<sup>72</sup> TAR Lazio, sentenze del 6 giugno 2016, nn. 6470, 6471, 6474, 6475, 6476, 6477, 6478, 6483, 6484, 6486, 6503. Per un commento v. L. VILLANI, *Lo scambio di informazioni nel diritto antitrust italiano e dell'Unione europea. Recenti sviluppi*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2016, pp. 46-62, a p. 61.

<sup>73</sup> Sentenza del 21 marzo 2018, n. 1822.

<sup>74</sup> *Ivi*, par. 3.1.

<sup>75</sup> *Ivi*, par. 8.4.

<sup>76</sup> *Ivi*, par. 9.1.

perpetrato dalle parti con svariate forme di condotta, tra cui principalmente gli scambi di informazioni<sup>77</sup>.

Infine, con la sentenza del 19 febbraio 2019, in un caso riguardante i prezzi del cemento, il Consiglio di Stato ha ritenuto che il parallelismo delle condotte tenuto da imprese operanti in un mercato oligopolistico, che potrebbe essere in sé lecito, se non frutto di concertazione, diviene invece il risultato di un'intesa anticoncorrenziale vietata in presenza di un elemento endogeno, "ovvero la non plausibilità della condotta come effetto delle normali dinamiche di mercato", e di uno esogeno, ovvero, in particolare, l'accertata sussistenza "di scambi di informazioni fra imprese concorrenti circa le proprie iniziative e strategie di mercato, nonché la condivisione di valutazioni che in un mercato concorrenziale ogni impresa terrebbe per sé"<sup>78</sup>.

In definitiva, il criterio valutativo cui si affida la giurisprudenza amministrativa è quello della idoneità dello scambio informativo a produrre, anche solo in via presuntiva, una maggiore prevedibilità del comportamento dei concorrenti. Tuttavia, va rilevato come, a ben vedere, si è sempre trattato di informazioni che finivano per incidere sulle tariffe e le politiche di vendita e che quindi, sul piano degli effetti anticoncorrenziali, assumevano un carattere particolarmente sensibile. Non avrebbero un pari rilievo le condizioni particolari del mercato<sup>79</sup>, che assumono invece una notevole importanza nella esperienza della giurisprudenza comunitaria, che finisce per valutare con maggiore severità gli scambi di informazione che riguardino mercati a struttura oligopolistica<sup>80</sup> o addirittura per considerare l'effetto restrittivo della concorrenza in relazione al grado (più o meno) concentrato del mercato<sup>81</sup>. In particolare, nel caso *Asnef-Equifax*, la Corte di giustizia ha ritenuto che lo scambio di informazioni relative alla solvibilità dei mutuatari tra le imprese concorrenti non fosse idoneo a ridurre il grado di incertezza relativamente al comportamento futuro dei concorrenti stessi<sup>82</sup>. Tutto ciò dopo una attenta analisi delle condizioni di mercato, al termine della quale la Corte concludeva che il mercato non risultava particolarmente concentrato<sup>83</sup>, che il sistema di scambio di informazioni non consentiva l'identificazione dei singoli creditori<sup>84</sup> e, infine, che non vi erano preclusioni all'accesso ai dati da parte di tutti gli operatori attivi nel settore<sup>85</sup>. Stante il fatto che nel caso *Dole* la Corte ammette la presunzione di anti-concorrenzialità, se si può

<sup>77</sup> *Ivi*, par. 12. Vedi anche Consiglio di Stato, sentenza del 21 marzo 2018, n. 1821, dove si afferma che per la presenza dell'illecito è "sufficiente la presenza dell'oggetto anticoncorrenziale, non anche necessariamente dell'effetto" e che nel caso di specie "la dimostrazione della sussistenza dell'intesa vietata emerge dalle prove documentali che hanno evidenziato la presenza di accordi e scambi di informazioni fondamentali nonché dalla conseguente ripartizione della clientela" (par. 3.4).

<sup>78</sup> Consiglio di Stato, sentenza del 19 febbraio 2019, n. 1160.

<sup>79</sup> Vedi Consiglio di Stato, sentenza 9565/2010, per il grado di concentrazione del mercato, dove afferma che "la concentrazione oligopolistica del mercato rilevante non è necessaria per ravvisare il carattere pregiudizievole dello scambio di informazioni tra competitori (Cons. Stato, VI, n. 2199/2002, già ricordata), dato che la concentrazione più o meno accentuata del mercato di riferimento ha una diretta interferenza sul fronte della efficacia anticoncorrenziale dello scambio informativo di dati sensibili. In un mercato oligopolistico, lo scambio di informazioni su dati sensibili tra i pochi offerenti è considerato un illecito in sé, a differenza di ciò che accade in un mercato meno concentrato".

<sup>80</sup> Così nella sentenza *John Deere*.

<sup>81</sup> Sentenza *Asnef-Equifax*, punto 58.

<sup>82</sup> *Ivi*, punto 62.

<sup>83</sup> *Ivi*, punto 58.

<sup>84</sup> *Ivi*, punto 59.

<sup>85</sup> *Ivi*, punto 60.

prevedere “un grado sufficiente di pericolosità”<sup>86</sup>, si potrebbe ritenere, anche alla luce della decisione nel già ricordato caso *Cartes bancaires*, che comunque, rispetto alla Commissione, la Corte, da un lato, sia orientata verso un approccio più rigoroso in tema di prova degli effetti anti-concorrenziali, evitando indebite dilatazioni della nozione di illecito anti-competitivo per oggetto<sup>87</sup>, e, dall’altro, rimanga pur sempre attenta alle caratteristiche del mercato e del suo livello di concentrazione oligopolistica, pur non risultando la questione ancora risolta in via definitiva<sup>88</sup>.

Seguendo dunque l’indirizzo già espresso dalla Commissione nelle linee direttrici, la prassi e la giurisprudenza amministrativa italiane sono orientate nel senso che, qualunque sia la natura dei dati scambiati, le comunicazioni tra concorrenti, per lo meno quelle relative alle rispettive intenzioni, anche se realizzate al di fuori di un mercato oligopolistico, sono da considerare con estremo rigore, in quanto, seppur non finalizzate a fini collusivi, possono, per effetto, favorire comportamenti anti-concorrenziali. In tali circostanze, lo scambio di informazioni strategiche, da mero elemento sintomatico di una collusione, diviene a tutti gli effetti una fattispecie vietata, a prescindere da una analisi di mercato, realizzandosi una sorta di presunzione di anti-concorrenzialità dello scambio che rende “superflua” la determinazione degli effetti restrittivi<sup>89</sup>.

La conseguenza è che la liceità di tali scambi di informazioni finirebbe per dover essere valutata unicamente nel contesto dei meccanismi derogatori previsti dall’art. 101, par. 3, TFUE, con l’onere per le imprese di provare l’indispensabilità e il beneficio per i consumatori degli scambi stessi<sup>90</sup>, dovendo le restrizioni non essere superiori a quanto strettamente necessario per conseguire i benefici in termini di efficienza, che a loro volta dovranno essere trasferiti ai consumatori in misura tale da controbilanciare gli effetti restrittivi sulla concorrenza determinati da detto scambio di informazioni.

**4.** Ben diverso, come si accennava all’inizio, è quanto accade quando ad operare le scelte sul mercato per le imprese sono gli algoritmi. La prima situazione che viene in considerazione è quella in cui il mercato rilevante coincide con quello gestito da una piattaforma. All’interno di questo mercato vige la massima trasparenza in relazione ai dati forniti dalla piattaforma e di conseguenza le imprese possono definire i propri comportamenti e migliorare l’offerta dei propri prodotti. Tutto ciò finisce certamente per favorire anche comportamenti paralleli senza un esplicito intento collusivo.

Sorge a questo punto spontanea la domanda se l’automaticità delle scelte, frutto dell’abbondanza delle informazioni disponibili e liberamente accessibili per le parti, possa essere considerata necessariamente un bene per il consumatore, relegando l’illiceità ad ipotesi quale quella del caso *Eturas UAB*, dove si era manifestato un espresso intento fraudolento da parte del terzo amministratore del sistema<sup>91</sup>.

<sup>86</sup> Sentenza *Dole*, punto 116.

<sup>87</sup> L. VASQUES, *op. cit.*, p. 179, nota 79.

<sup>88</sup> In merito v. A.C. WITT, *The European Court of Justice and the More Economic Approach to EU Competition Law - Is the Tide Turning?*, in *The Antitrust Bulletin*, 2019, pp. 172-213, a p. 212.

<sup>89</sup> A. FRIGNANI, *op. cit.*, p. 463.

<sup>90</sup> Linee direttrici, paragrafi 101 e 103.

<sup>91</sup> Più in generale, sulla responsabilità di parti terze per condotte anticoncorrenziali, v. M. KNAPP, *Liability for Anti-Competitive Conduct of a Third Party under EU Competition Law*, in *Yearbook of*

La dottrina sembra aderire a questa linea di ragionamento, laddove ritiene che, pur ammettendo che si tratti di una forma di collusione tacita, ad escluderne il carattere anticoncorrenziale sia il fatto che la politica commerciale in oggetto, ad esempio, relativa alla fissazione dei prezzi, “results from unilateral and rational decisions taken by each of the undertakings active in a market”<sup>92</sup>. I comportamenti paralleli divengono così l’effetto coincidente dell’operare dei vari algoritmi che, da un lato, consentono di monitorare in tempo reale le variazioni di condizioni e prezzi operate dai concorrenti, e, dall’altro, perseguono tutti, sulla base delle medesime informazioni rese così accessibili dall’appartenenza comune ad una piattaforma o comunque rese pubbliche attraverso Internet, il medesimo obiettivo di massimizzazione dei prezzi. Mentre dunque “nello scenario analogico le imprese agiscono in modo razionale sulla base delle condizioni di mercato *esistenti*, nello scenario digitale le imprese contribuiscono attivamente alla *creazione* delle condizioni che, in seguito, permettono ai loro algoritmi razionali di colludere tacitamente”<sup>93</sup>. L’alterazione fraudolenta delle condizioni di mercato parrebbe pertanto, di regola<sup>94</sup>, ontologicamente estranea alla maggiore trasparenza del mercato assicurata dagli algoritmi e, con riguardo alla valutazione delle strategie di mercato delle imprese, l’attenzione delle autorità di vigilanza dovrebbe piuttosto spostarsi “a monte”, sulle modalità di acquisizione dei dati, ma soprattutto sulle istruzioni impartite agli algoritmi per la conversione dei dati così raccolti, piuttosto che sulle condotte finali delle imprese. Nella stessa direzione ci pare si pongano le dichiarazioni della Commissaria europea Margrethe Vestager, secondo la quale il concetto della “compliance by design” potrebbe essere applicato alla politica della concorrenza<sup>95</sup>, nel senso che “il rispetto per le regole (a tutela della concorrenza) dovrebbe essere parte dell’algoritmo configurato nell’interesse della società, per il quale, in caso di effetti distorsivi della concorrenza, quest’ultima potrebbe essere chiamata a rispondere”<sup>96</sup>. In tal modo, il sistema diverrebbe controllabile a livello dell’uso degli algoritmi piuttosto che delle condotte delle imprese, che dovrebbero a questo punto porsi il problema dell’uso dei dati “without hurting consumers” nel momento in cui programmano l’algoritmo iniziale<sup>97</sup>.

La giurisprudenza della Corte di giustizia, in ciò seguita dalla Commissione europea nonché dalla prassi e dalla giurisprudenza amministrativa italiana, ha ela-

---

*Antitrust and Regulatory Studies*, 2018, pp. 75-92, spec. p. 84 ss.

<sup>92</sup> L. CALZOLARI, *International and EU Antitrust Enforcement*, cit., p. 875.

<sup>93</sup> L. CALZOLARI, *La collusione*, cit., p. 221 e p. 230.

<sup>94</sup> Per indicazioni nel senso che gli algoritmi potrebbero in realtà facilitare il verificarsi di fenomeni collusivi espressi e taciti, consentendo “la conclusione e la gestione di veri e propri cartelli”, vedi L. CALZOLARI, *op. ult. cit.*, p. 220.

<sup>95</sup> Speech, *Algorithms and Competition*, 16 marzo 2017, reperibile *online*.

<sup>96</sup> A. MASTRORILLI, *Algoritmo scellerato?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2019, pp. 343-351, a p. 350. In generale sulla “competition by design”, v. S. VEZZOSO, *Competition by Design*, Faculty of Law, Stockholm University Research Paper n. 39, 2017, reperibile *online*; S. MILLWOOD, *Big Airlines with Big Data: The European Competition Law Issues Associated with Price-Setting in the Airline Industry Using Big Data Analytics and Machine-Learning and the Case for ‘Competition-by-Design’*, in *Air Space Law*, 2018, pp. 287-301; M. VAN ROOZENDAAL, *Algorithms: Teenage Troublemakers of EU Competition Law. A Closer Look at Algorithms as the New Price-Fixing Tool in EU Competition Law*, 2018, reperibile *online*.

<sup>97</sup> Commissaria europea Vestager, speech, *Big data and competition*, 29 settembre 2016, reperibile *online*.

borato una nozione quanto mai ampia di pratica concordata che implica una forma di comportamento tra le imprese che, senza giungere fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una collaborazione pratica fra le stesse ai rischi della concorrenza. Ciò non esclude, è naturale, il diritto delle imprese di reagire intelligentemente al comportamento dei concorrenti, ma impedisce che fra i concorrenti abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi lo scopo o l'effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti a quelle normali del mercato di cui trattasi. È dunque vietato qualsiasi contatto diretto o indiretto tra concorrenti avente lo scopo o l'effetto d'influire sul comportamento tenuto sul mercato da un concorrente reale o potenziale o di rivelare, a tali concorrenti, il comportamento che la singola impresa ha deciso, o prevede, di tenere sul mercato, facilitando un esito collusivo sullo stesso.

Se quella descritta era sicuramente la situazione con cui si confrontava in passato, e in parte ancora oggi, l'*antitrust*, è altrettanto vero che il ruolo assunto dai *big data* e soprattutto dai processi di loro analisi impone di rispondere alla domanda iniziale sulla necessità o meno di adattare le regole della concorrenza ai nuovi fenomeni. L'orientamento dominante, “che di fatto ricollega l'illiceità del parallelismo oligopolistico all'evidenza di scambi di informazioni, reca con sé indubbi vantaggi”<sup>98</sup>, in termini di certezza giuridica, accuratezza ed efficacia dell'intervento *antitrust*, ma “finisce per obliterare le caratteristiche specifiche del parallelismo oligopolistico, ossia la possibilità che l'effetto coordinato, restrittivo della concorrenza, emerga in modo genuinamente tacito e senza il supporto di contatti diretti e di scambi volontari di informazioni tra le imprese”<sup>99</sup>. E se quest'ultima poteva essere ritenuta prima della rivoluzione digitale un'ipotesi meramente teorica, per cui condizione imprescindibile per il parallelismo delle condotte era lo scambio di informazioni strategiche, lo scenario ora è sostanzialmente mutato e lo scambio di informazioni non può più essere il discrimine fra una condotta lecita e una che non lo è, divenendo indispensabile, al fine di stabilire l'esistenza di un “coordinamento cosciente e volontario”, rivolgere l'indagine verso modelli più sofisticati in grado “di dedurre indizi di collusione da altre variabili”<sup>100</sup>, diverse dagli scambi di informazioni, divenuti di fatto superflui oltre che difficili da provare. L'allineamento delle imprese non sarebbe così fondato necessariamente sullo scambio di informazioni strategiche, ma sulla mera consapevolezza che una condotta diversa, “da parte anche di una sola delle imprese, determinerebbe un'apertura concorrenziale del mercato a valle”<sup>101</sup>.

Sul piano pratico la conseguenza è che, secondo l'approccio tradizionale, le condotte sopra indicate finirebbero per essere qualificate “in termini di adattamento unilaterale e razionale alle condizioni di mercato”<sup>102</sup> e, perciò, sarebbero considerate lecite, mentre, adottando “criteri analitici di tipo strategico-comportamentale”<sup>103</sup>, le

<sup>98</sup> M. FILIPPELLI, *Il problema dell'oligopolio nel diritto antitrust europeo: evoluzione, prospettive e implicazioni sistematiche*, in *Rivista delle società*, 2018, pp. 567-613, a p. 574.

<sup>99</sup> *Ivi*, p. 575.

<sup>100</sup> *Ivi*, p. 584, dove, in una ottica di analisi economica delle condotte, si fa riferimento, in via esemplificativa, a “l'eccesso di capacità produttiva inutilizzata, le decisioni di investimento nel breve e lungo termine, l'artificiosa differenziazione tra prodotti”.

<sup>101</sup> *Ivi*, p. 585.

<sup>102</sup> *Ivi*, p. 585 s.

<sup>103</sup> *Ivi*, p. 586.

stesse condotte potrebbero essere qualificate “in termini di scelta strategica di tipo collusivo, in contrasto con i divieti antitrust”<sup>104</sup>. Considerazioni queste che ben possono adattarsi al caso in cui le condotte parallele siano apparentemente determinate dal solo operare degli algoritmi, senza che *prima facie* risulti una consapevolezza che esprime concertazione. Si potrebbe anche dire che l'attuale disciplina della concorrenza è propria di un mondo analogico, dove la carenza di informazioni era un fattore condizionante, tanto da indurre le imprese a cercare di reperirle anche fraudolentemente, contrapposto ad un mondo digitale, dove i dati sono invece accessibili in abbondanza e l'illiceità può conseguire al loro sfruttamento, ad esempio abusivo, nel caso di impresa dominante, o lesivo della privacy, quando irrispettoso dei diritti dei titolari, ma non alla loro acquisizione.

5. Ovviamente la risposta al quesito iniziale circa l'adeguatezza della attuale normativa concorrenziale a fornire idonee soluzioni ai nuovi problemi posti dall'innovazione digitale richiede una valutazione alla luce degli obiettivi che si ritiene debbano essere perseguiti da tali regole di concorrenza.

La rivoluzione digitale si accompagna ad una nuova dimensione del mercato in cui i comportamenti delle imprese, guidati da sempre più precisi algoritmi alimentati dalla mole sempre maggiore di dati messi a disposizione, prescindono di regola da specifici intenti penalizzanti nei confronti dei concorrenti, anche laddove, favorendo reazioni contestuali e comuni agli operatori più attenti ai nuovi modelli di business, determinano di fatto discriminazioni a danno di quelli più deboli, destinati ad essere esclusi in nome di una efficienza economica basata sulla migliore valorizzazione dei dati. Ciò non esclude ovviamente che gli algoritmi possano essere utilizzati dalle imprese per rilevare eventuali scostamenti nei prezzi praticati dai concorrenti rispetto ad accordi di cartello, ma questo appartiene pacificamente al campo di applicazione del diritto *antitrust* e non costituisce connotazione necessaria del ricorso ad algoritmi di prezzo<sup>105</sup>. Lo stesso non può dirsi necessariamente per l'utilizzo degli algoritmi che, se favoriscono il realizzarsi di forme di collusione tacita<sup>106</sup>, non sono immediatamente qualificabili come pratiche concordate, in assenza di contatti diretti tra le imprese.

In realtà, finisce per riprodursi anche in questa fase di evoluzione tecnologica la tradizionale contrapposizione fra coloro che scorgono in tutto ciò il naturale risultato del gioco del libero mercato, capace di rimediare da sé al suo mal funzionamento soprattutto attraverso la c.d. *disruptive innovation*<sup>107</sup>, e coloro che invece “paventano il rischio di *tipping*”<sup>108</sup>, o ancora “che questi processi conducano a situazioni di

---

<sup>104</sup> *Ibidem*.

<sup>105</sup> L. CALZOLARI, *La collusione*, cit., p. 222.

<sup>106</sup> A tal riguardo v. T. KLEIN, *Autonomous Algorithmic Collusion: Q-Learning Under Sequential Pricing*, Amsterdam Law School Research Paper n. 2018-15, reperibile *online*.

<sup>107</sup> Ossia quell'innovazione “tanto rivoluzionaria da sbaragliare eventuali posizioni di dominio”: M. MAGGIOLINO, *Concorrenza e piattaforme*, cit., p. 45.

<sup>108</sup> G. COLANGELO, *op. cit.*, p. 459. Tale problema (“tipping point” problem) sorge “when, once one company has attracted sufficiently many customers, rival firms find it increasingly difficult to compete. (...) the larger platform will find it easier to attract new customers as network effects take hold and its value relative to other platforms increases. This will further reinforce its position, further increasing its attractiveness relative to its competitors. Beyond the tipping point, therefore, the market moves towards there being a single, large platform”: C. PICKARD, *Competition Policy and the Rise of Digital Platform*, in *European Competition Law Review*, 2019, pp. 507-510, a p. 508.

monopolio pericolose non solo per gli equilibri competitivi, ma anche (e soprattutto) per la neutralità della rete o la privacy degli individui<sup>109</sup>. Come si è avuto modo di rilevare, i due paradigmi concorrenziali, quello tradizionale in cui il parallelismo dei comportamenti se accompagnato da uno scambio di informazioni assume la natura di pratica concordata, a prescindere dalla dimostrazione di intenti collusivi, che viene così presunto, e quello in cui lo stesso fenomeno può essere frutto dell'utilizzo a fini commerciali delle nuove metodologie di analisi fondate sugli algoritmi, tuttora coesistono e continueranno probabilmente a farlo per tutto il tempo necessario perché il mercato raggiunga nuovi equilibri competitivi, alla luce anche degli obiettivi che il diritto della concorrenza sarà chiamato a perseguire nella realtà virtuale.

Di certo, se il parallelismo di comportamenti sul mercato, che è la manifestazione sintomatica della concertazione, non solo non è condizione sufficiente, ma neppure necessaria, perché la nozione di pratica concordata possa essere integrata<sup>110</sup>, lo scambio di informazioni sensibili assume in tale contesto un carattere determinante, in quanto riduce il grado di incertezza in ordine al funzionamento del mercato di cui trattasi, col risultato che il divieto di pratiche concordate e quello relativo allo scambio di informazioni fra imprese concorrenti finiscono inevitabilmente per sovrapporsi. Il venir meno di tale incertezza per fattori estranei allo scambio informativo fra le imprese concorrenti farebbe dunque venir meno anche il principale dei fondamenti della disciplina vigente.

In altri termini, la riduzione dell'incertezza dei comportamenti, quale risultato dello scambio informativo, posta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia al centro della propria analisi, si rivela del tutto inadeguata in una realtà il cui connotato distintivo è la condivisione dell'informazione. Se poi, come sostenuto in dottrina, il discrimine, in caso di utilizzo degli algoritmi, è da rinvenire nell'esistenza di una "specifica condotta abusiva in aggiunta al lecito utilizzo di un algoritmo"<sup>111</sup>, ovvero nella dimostrazione di un concorso di volontà tra le parti, che si traduce in effettivo intento anticoncorrenziale nel momento in cui le imprese ne decidono l'uso, è evidente che il rischio è quello di una *probatio diabolica*, a meno di non ricorrere estensivamente a forme di presunzione, ben note al diritto *antitrust*, ma destinate a scontrarsi con il principio di presunzione di innocenza<sup>112</sup>, la cui applicazione, quando riferita all'utilizzo di forme di intelligenza artificiale, è ancora tutta da valutare.

In realtà, la situazione risulta ben diversa. La stessa digitalizzazione delle attività economiche può consentire la tracciabilità dei comportamenti delle imprese dal momento che "l'utilizzo da parte di imprese concorrenti di algoritmi programmati per fissare i prezzi secondo criteri tra loro simili, oppure progettati per monitorarsi e coordinarsi reciprocamente, potrebbe (e dovrebbe) essere considerata la proverbiale 'pistola fumante' circa l'esistenza di un cartello"<sup>113</sup>.

<sup>109</sup> M. MAGGIOLINO, *Concorrenza e piattaforme*, cit., p. 46.

<sup>110</sup> F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *Le pratiche concordate nel diritto antitrust europeo, ossia: quando giochi a carte, tienile coperte*, in *Rivista delle società*, 2013, pp. 1238-1280, a p. 1240.

<sup>111</sup> L. CALZOLARI, *La collusione*, cit., p. 228.

<sup>112</sup> Vedi sentenza *Eturas UAB*, punto 38. La Corte ritiene al riguardo che, costituendo la presunzione di innocenza un principio generale del diritto dell'Unione, la presunzione di causalità tra una concertazione e il comportamento sul mercato delle imprese deve trovare fondamento in "altri indizi oggettivi e concordanti" (punto 40).

<sup>113</sup> L. CALZOLARI, *La collusione*, cit., p. 224.

L'intento collusivo, o meglio il concorso di volontà, contenuto necessario e sufficiente della nozione di intesa, così come la consapevole collaborazione lo è nel caso di pratica concordata, non è dunque rinvenibile nei comportamenti sul mercato, ma, prima ancora, va rintracciato nelle modalità di programmazione ed eventuale condivisione dell'algoritmo<sup>114</sup>, che consistono in una serie di istruzioni necessarie per il raggiungimento dei fini più disparati delle imprese. Dovessero le imprese, infatti, condividere degli algoritmi per la determinazione dei loro prezzi, come accade nel modello *Hub and Spoke*, laddove vi è una piattaforma (il c.d. Hub) che favorisce la collusione orizzontale tra i vari operatori (i c.d. Spoke) “che fanno affidamento sulle medesime istruzioni per sviluppare le rispettive strategie di tariffazione”<sup>115</sup>, potrebbe considerarsi tale pratica alla stregua di un cartello<sup>116</sup>; analogamente, qualora una impresa svelasse il suo algoritmo ai concorrenti, si potrebbe configurare una intesa, ove essi non se ne dissociassero pubblicamente<sup>117</sup>, o meglio, tale comportamento, raffigurando una sorta di invito a colludere, potrebbe integrare gli estremi di uno scambio di informazioni strategiche e dunque di una pratica concordata<sup>118</sup>. O ancora, infine, l'uso dell'algoritmo potrebbe essere finalizzato ad eseguire una volontà collusiva delle parti, anche se per effetto del comportamento del gestore del sistema, come avvenuto nel caso *Eturas UAB*, già ricordato<sup>119</sup>. In

---

<sup>114</sup> Per tutti v. A. ERZACHI, M.E. STUCKE, *Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition*, 2015, reperibile online; V.D. ROMAN, *Digital markets and pricing algorithms - a dynamic approach towards horizontal competition*, in *European Competition Law Review*, 2018, pp. 37-45; S.F. JANKA, *Antitrust 4.0 - the rise of Artificial Intelligence and emerging challenges to antitrust law*, *ivi*, pp. 112-123.

<sup>115</sup> M. MAGGIOLINO, *I big data*, cit., p. 302.

<sup>116</sup> *Ivi*, p. 295. Si vedano anche le conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar dell'11 maggio 2017, causa C-434/15, *Uber systems Spain*, secondo il quale, affrontando, seppure solo *incidenter tantum*, la questione della possibile configurazione di Uber come “una piattaforma che raggruppa autonomi prestatori di servizi” (punto 62), osserva che “l'utilizzo da parte di concorrenti del medesimo algoritmo per calcolare il prezzo non è di per sé illegale, ma potrebbe suscitare preoccupazioni rispetto alla *hub-and-spoke conspiracy* con l'aumentare del potere della piattaforma” (*ivi*, in nota 23).

<sup>117</sup> M. MAGGIOLINO, *I big data*, cit., p. 302.

<sup>118</sup> *Ivi*, p. 296 s.

<sup>119</sup> La fattispecie di causa si differenziava, ad avviso dell'Avvocato generale, dalla cosiddetta collusione “hub and spoke”, “che implica lo scambio di informazioni tra concorrenti attraverso un partner commerciale nell'ambito di rapporti verticali, quali gli scambi tra distributori attraverso un fornitore comune”, in quanto nel caso di specie si trattava di un messaggio trasmesso simultaneamente a tutte le imprese considerate dal loro comune partner commerciale che, per il suo contenuto, “non potrebbe in nessun modo essere considerato parte di un legittimo dialogo commerciale”: conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar del 16 luglio 2015, causa C-74/14, *Eturas UAB*, punto 65. Lo stesso Avvocato generale precisa che il messaggio inviato dall'amministratore del sistema “attraverso il campo delle note informative di un sistema elettronico” non può essere considerato equivalente ad altre modalità tradizionali di comunicazione tra imprese, visto che le stesse non sono parti di un dialogo commerciale ed “il collegamento tra loro è chiaramente più tenue di quello esistente tra imprese che si mantengono in contatto tramite posta elettronica o attraverso riunioni” (punto 60). Se ne deduce che di per sé tali forme di “dialogo” non testimoniano di un intento collusivo. Nel caso di specie tuttavia i termini e le modalità della comunicazione lasciavano intendere che si trattasse di “un'iniziativa diretta ad intraprendere una pratica anticoncorrenziale illecita” (punto 62). L'utilizzo delle nuove tecnologie di trasmissione delle informazioni fa dunque sì che il mero scambio di informazioni non possa più essere considerato in sé una attività anticoncorrenziale, imponendosi invece un esame più approfondito volto ad accertare in concreto un intento collusivo, rintracciato nella assenza da parte delle imprese destinatarie del messaggio di una immediata reazione volta a dissociare le proprie posizioni da quella che altrimenti avrebbe assunto la natura di una pratica concordata.

definitiva, sicuramente vi sono ipotesi in cui l'autorità *antitrust* può procedere nel modo tradizionale, qualificando l'uso dell'algoritmo secondo le usuali categorie del diritto sulla concorrenza, stante la sua strumentalità rispetto ad esse, ma rimane il dubbio su quali siano i limiti raggiungibili con gli strumenti tradizionali di fronte ad una realtà sempre più caratterizzata da comportamenti apparentemente tra loro indipendenti delle imprese<sup>120</sup>, il cui risultato è una struttura di mercato il cui equilibrio potrebbe fissarsi, per l'uso degli algoritmi, in corrispondenza di un prezzo superiore a quello di concorrenza perfetta<sup>121</sup>.

Resterebbe da considerare un ulteriore profilo di criticità relativo alla possibilità di ricondurre l'attività di controllo reciproco posta in essere dagli algoritmi nell'ambito della diffusione al pubblico di informazioni sensibili<sup>122</sup>, che viene qualificata dalla Commissione nelle linee direttrici come una violazione per oggetto ai sensi dell'art. 101 TFUE<sup>123</sup>, specie ove riguardi le intenzioni strategiche delle imprese e anche se non vi siano contatti diretti fra le imprese stesse. La questione non trova allo stato una risposta definitiva e rientra fra quelle da considerare nel momento in cui ci si accinga ad una riflessione sulle regole *antitrust* nel nuovo contesto digitale.

Quello del coordinamento delle condotte delle imprese, specie nella prospettiva della c.d. collusione fra algoritmi, è tuttavia solo uno dei problemi con cui la disciplina *antitrust* è chiamata a confrontarsi. La difficile convivenza fra privacy, quando siano in gioco dati personali, e concorrenza<sup>124</sup> è infatti un altro segnale, da un lato, di quelle sfide che sempre più di sovente l'affermarsi di modelli di business basati sulla raccolta e sull'utilizzo commerciale dei *big data* pone per il regolatore e, dall'altro, di quelle criticità che la diffusione di piattaforme che sostengono e sviluppano il fatturato delle imprese mediante algoritmi non può che accentuare, ogniqualvolta si debba raffrontare l'efficienza economica dei comportamenti delle imprese, favorita dalle nuove tecniche commerciali, con la protezione del consumatore.

In definitiva, per rispondere alla domanda iniziale, ci pare non sia ancora emersa l'esigenza di introdurre nuove regole che rispondano ai bisogni della economia digitale<sup>125</sup>, ma, al contempo, non risulta affatto agevole una mera estensione per ana-

<sup>120</sup> Vedi Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, *op. cit.*, p. 75 ss., dove si afferma che allo stato l'attuale disciplina sulla concorrenza è in grado di rispondere alle nuove problematiche create dall'utilizzo degli algoritmi, anche se la crescente complessità e la varietà delle situazioni che si creano nel mercato digitale richiedono "a constant vigilance towards the further development as well as the use of algorithms by companies" (a p. 77).

<sup>121</sup> M. MAGGIOLINO, *I big data*, cit., p. 346.

<sup>122</sup> Agli algoritmi è infatti chiesto "di monitorare il comportamento dei concorrenti (sulla base di informazioni volontariamente rese disponibili *online* dalle imprese interessate)": L. CALZOLARI, *La collusione*, cit., p. 232.

<sup>123</sup> Linee direttrici, paragrafi 73-74.

<sup>124</sup> M. MERIANI, *Digital platforms and the spectrum of data protection in competition law analyses*, in *European Competition Law Review*, 2017, pp. 89-95; R. CAFARI PANICO, *L'identità digitale quale diritto del cittadino dell'Unione, fra tutela dei dati personali e concorrenza*, in *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, pp. 815-840, a p. 829.

<sup>125</sup> D. MANDRESCU, *Applying EU competition law to online platforms: the road ahead - Part I*, in *European Competition Law Review*, 2017, pp. 353-365, per il quale "[a]t first glance one may say that the legal criteria are sufficiently broad and flexible in order to cover most of the competition law concern, which can be foreseen the case of online platforms" (p. 365). Sul punto v. anche L. CALZOLARI, *La collusione*, cit., p. 233, per il quale "la collusione tra algoritmi non presenta peculiarità tali da posizionarla all'esterno del perimetro di azione della Commissione". Sull'adattamento delle norme *antitrust* europee all'uso dei *signaling algorithms* che creano veri e propri "meetings of minds", v. P. MANZINI, *Algoritmi*

logia degli attuali orientamenti, quali recepiti nelle linee direttrici, alle innovazioni prodotte sul piano della concorrenza dalla rivoluzione tecnologica, soprattutto se si affermasse il bisogno di procedere ad un'analisi giuridica completa al fine di valutare l'illiceità delle condotte determinate dall'utilizzo degli algoritmi, sulla base, in sostanza, di un giudizio di ragionevolezza e proporzionalità. La rivoluzione a questo punto sarebbe completa, accompagnandosi il passaggio dall'analogico al digitale a quello dall'approccio strutturale all'economico.

## Abstract

### The Exchange of Information between Companies in the Internet Era: Comments on the Existing Rules

The article addresses the problems created in terms of competition between companies by the so-called digital revolution and the increasing use of algorithms to determine the behaviour of companies. In particular, it examines the question of the lawfulness of the exchange of information between competitors through the use of platforms, in order to verify whether the current rules laid down in Article 101 TFEU are still suitable to regulate the new forms of collusion also between the algorithms themselves. After examining both national and European case-law and practice, the author argues that the need to introduce new rules which meet the needs of the digital economy has not yet emerged, but that at the same time a mere analogical extension of the current criteria, as transposed in the Commission's Guidelines, to innovations produced by new technologies is not at all straightforward.

---

*collusivi e diritto antitrust europeo*, in *Mercato concorrenza regole*, 2019, pp. 163-183, spec. p. 171 ss. Nel senso che “per affrontare con grande efficacia le criticità concorrenziali nell'economia digitale” occorra un più efficiente coordinamento delle autorità europee v. AGCM, Presentazione del Presidente Rustichelli, *Relazione sull'attività svolta nel 2018*, Roma, 2 luglio 2019, reperibile *online*, a p. 11, dove afferma: “L'Autorità non ritiene che siano necessari stravolgimenti dell'attuale assetto istituzionale, ma l'adattamento di quest'ultimo alle nuove dinamiche evolutive, anche attraverso forme sempre più strette di cooperazione tra le autorità coinvolte. La crescente interdipendenza dei mercati fa sì, infatti, che le questioni sollevate dall'economia dei dati assumano spesso carattere trans-nazionale, per cui, in questo scenario nuovo ed evolutivo, un coordinamento fra le autorità europee della concorrenza non è solo auspicabile, ma necessario”. Dello stesso avviso, fra gli altri, A. COLAPS, *op. cit.*, secondo la quale, per rispondere alle “new and sophisticated challenges to competition law” (p. 44) occorrono una riflessione comune delle varie autorità a diverso titolo coinvolte e un approccio integrato che consideri unitariamente la tutela di tutti i diversi diritti interessati dalla realtà digitale. A tal fine l'A. propone l'istituzione di una “Digital Clearinghouse as a voluntary network of willing authorities to share best practices within the remit of each authority's competency” (p. 45). Si pongono nella stessa direzione le Linee guida e raccomandazioni di *policy* allegate all'Indagine conoscitiva sui *big data*, p. 114 ss.



Lorenzo Cecchetti\*

# Il principio di non discriminazione sulla base della religione o delle convinzioni personali in controversie orizzontali: il caso *IR*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Contesto normativo di riferimento. – 3. Fatti di causa e questioni pregiudiziali. – 4. Le conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet. – 5. La sentenza della Grande Sezione. – 6. Disparità di trattamento e obbligo di lealtà nei confronti dell'etica dell'organizzazione ai sensi dell'art. 4, par. 2, co. 2, della direttiva 2000/78. – 7. L'interazione tra disposizioni della direttiva 2000/78 e diritto primario in controversie c.d. orizzontali. – 8. Considerazioni conclusive.

1. La sentenza *IR*<sup>1</sup> concerne il licenziamento di un lavoratore (JQ) da parte di una società di diritto privato connessa, come meglio si illustrerà, con la Chiesa romano-cattolica (IR) a seguito della conclusione da parte di JQ di un matrimonio invalido per l'ordinamento di tale Chiesa. Viene in rilievo, più in particolare, la compatibilità con il diritto dell'Unione della legislazione tedesca in tema di licenziamento come interpretata dal *Bundesverfassungsgericht* (Corte costituzionale federale, Germania) – applicabile alle attività di Chiese o di altre organizzazioni, pubbliche o private, la cui etica è fondata sulla religione o su convinzioni personali –, la quale consente a un regolamento di base dei rapporti di lavoro nella Chiesa cattolica di prevedere alcuni obblighi di lealtà, in capo ai dipendenti, graduati in ragione della confessione degli stessi.

La sentenza deve essere analizzata nel contesto delle pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea (la "Corte") circa gli effetti esplicati da direttive che danno espressione concreta a principi generali del diritto dell'Unione – ed in particolare della direttiva 2000/78<sup>2</sup> – nell'ambito di controversie aventi natura c.d. orizzontale<sup>3</sup>. A tale

\* Dottorando di ricerca in Diritto europeo dell'Università di Bologna e dell'Université Paris II Panthéon-Assas.

<sup>1</sup> Sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione) dell'11 settembre 2018, causa C-68/17, *IR*.

<sup>2</sup> Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

<sup>3</sup> Ossia una controversia tra soggetti privati, che si contrappone a controversie tra un individuo e uno Stato membro (c.d. verticale). Non sfugge la differenza tra natura (orizzontale o verticale) della controversia davanti al giudice nazionale e natura del rapporto giuridico, ovvero sia del soggetto che sosterrà gli effetti, per lui pregiudizievole, derivante dall'applicazione del diritto dell'Unione (v. sul punto A. ROSAS, L. ARMATI, *EU Constitutional Law*, Oxford, 2018, III ed., p. 174 ss.). Anche in controversie verticali la non applicazione del diritto nazionale in contrasto con il diritto dell'Unione è capace di in-

riguardo, assume rilevanza l'interazione tra diverse fonti normative: i principi generali del diritto dell'Unione (inerenti la tutela dei diritti fondamentali)<sup>4</sup>, i diritti fondamentali sanciti dalle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la "Carta"), alla quale – come è noto – è stato attribuito valore giuridico di diritto primario con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, e, in terzo luogo, disposizioni di diritto secondario – e per quanto interessa ai fini della presente analisi, delle direttive – e relativo scopo di applicazione<sup>5</sup>.

La peculiarità del caso in esame consiste nel porsi – allo stesso tempo – in prosimità di due importanti spartiacque registratisi nel diritto primario dell'Unione in relazione alla tutela del principio di non discriminazione sulla base della religione e delle convinzioni personali. Da un lato, il licenziamento da cui trae origine la controversia è intervenuto in un momento temporale immediatamente precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Dall'altro lato, la decisione si pone in un momento immediatamente successivo al riconoscimento da parte della Corte, nella sentenza *Egenberger*<sup>6</sup>, di un principio generale del diritto dell'Unione consistente nel divieto di discriminazione sulla base della religione e delle convinzioni personali, oggi previsto dall'art. 21, par. 1, della Carta<sup>7</sup>. In altre parole, con la sentenza in esame, la Grande Sezione torna ad occuparsi, per la seconda volta nell'arco di sei mesi, di questioni pregiudiziali di interpretazione sollevate dal *Bundesarbeitsgericht* (Corte federale del lavoro, Germania) in relazione a fattispecie rientranti nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 2000/78, nelle quali viene in rilievo l'*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (legge generale sulla parità di trattamento) del 14 agosto 2006 ("AGG")<sup>8</sup>. I casi sono assimilabili nella misura in cui concernono atti implicanti un trattamento differenziato emanati – da enti di natura o affiliazione ecclesiastica nella loro veste di parte datoriale<sup>9</sup> – sulla base di regolamenti di base dei rapporti di lavoro nelle Chiese.

cidere sulla sfera giuridica soggettiva di altri singoli (v. ad esempio la sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 1996, causa C-194/94, *CIA Security International*, e la sentenza della Corte di giustizia del 26 settembre 2000, causa C-443/98, *Unilever*). D'altra parte, non è detto che in controversie orizzontali sia il singolo a dover sostenere in ultima analisi gli effetti conseguenti all'applicazione del diritto dell'Unione, specialmente quando la non conformità con quest'ultimo sia dovuta ad una legislazione nazionale e vi sia stata inazione da parte del singolo (v. sul punto le riflessioni svolte nelle conclusioni dell'Avvocato generale Bobek del 25 luglio 2018, causa C-193/17, *Cresco Investigation*, punti 172 ss.).

<sup>4</sup> I principi generali del diritto dell'Unione relativi alla tutela dei diritti fondamentali sono annoverati, ai sensi dell'art. 6, par. 3, TUE, tra le fonti dei diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento dell'Unione. Essi, da un lato, rappresentano una sottocategoria del più ampio *genus* dei "principi generali di diritto", dall'altro lato non si sovrappongono alla categoria dei "principi" ai sensi delle disposizioni generali della Carta. V. su questo tema C. AMALFITANO, *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Cheltenham, 2018.

<sup>5</sup> Entrambi i profili non esauriscono il proprio interesse sul piano teorico ma presentano importanti risvolti pratici. Tra questi, la possibilità per i singoli di invocare innanzi a un giudice nazionale nei confronti della parte datoriale ciascuno dei divieti di discriminazione oggi sanciti dall'art. 21, par. 1, della Carta.

<sup>6</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*.

<sup>7</sup> Sentenza *Egenberger*, punti 75-77.

<sup>8</sup> L'AGG rappresenta la legge di recepimento nell'ordinamento tedesco della direttiva 2000/78.

<sup>9</sup> La particolare natura della parte datoriale distingue la pronuncia in commento da altre recenti sentenze della Corte in relazione alla tutela apprestata in ambito lavorativo contro discriminazioni basate sulla religione o sulle convinzioni personali, v. le sentenze della Corte di giustizia del 14 marzo 2017, causa C-188/15, *Bougnouli e ADDH*; del 14 marzo 2017, causa C-157/15, *G4S Secure Solutions*; del 22 gennaio 2019, causa C-193/17, *Cresco Investigation*.

Il contesto normativo di riferimento, i fatti di causa, le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte e le conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet<sup>10</sup> sono presentati brevemente. Segue l'analisi della pronuncia della Grande Sezione, con particolare riferimento ad alcuni interrogativi sottesi alla prima applicazione giurisprudenziale dell'art. 4, par. 2, co. 2, della direttiva 2000/78 (par. 6) e alla interazione, nell'*iter* logico-argomentativo della Corte in relazione a controversie c.d. orizzontali, tra le disposizioni di tale direttiva e il principio generale del diritto consistente nel divieto di discriminazione sulla base della religione o delle convinzioni personali (par. 7).

2. Il rinvio pregiudiziale ha ad oggetto l'interpretazione dell'art. 4, par. 2, co. 2, della direttiva 2000/78. Il contesto normativo di diritto dell'Unione analizzato dalla Corte risulta limitato alle disposizioni della direttiva<sup>11</sup>. Ai sensi della norma in esame, “[a] condizione che le sue disposizioni siano d'altra parte rispettate, la (...) direttiva non pregiudica pertanto il diritto delle chiese o delle altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, e che agiscono in conformità delle disposizioni costituzionali e legislative nazionali, di esigere dalle persone che sono alle loro dipendenze un atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti dell'etica dell'organizzazione”. La Corte impone una lettura congiunta di tale disposizione con il primo comma dello stesso articolo<sup>12</sup>, ai sensi del quale le legislazioni degli Stati membri<sup>13</sup> possono prevedere – in relazione ad “attività professionali [dei predetti soggetti]” – che una differenza di trattamento basata su questi motivi non costituisca discriminazione “laddove, per la natura di tali attività, o per il contesto in cui vengono espletate, la religione o le convinzioni personali rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione”<sup>14</sup>. Viene inoltre precisato che “[t]ale differenza di trattamento si applica tenuto conto delle disposizioni e dei principi costituzionali degli Stati membri, nonché dei principi generali del diritto comunitario”<sup>15</sup>.

L'art. 4, par. 2, co. 2, della direttiva, qui sopra esaminato, viene in rilievo in quanto la parte datoriale (IR) adduce quale giustificazione del licenziamento – sulla

---

<sup>10</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet del 31 maggio 2018, causa C-68/17, *IR*.

<sup>11</sup> Questo *modus operandi* sembra coerente con la primaria importanza costantemente attribuita dalla Corte alle disposizioni della direttiva 2000/78, interpretate alla luce dei ‘considerando’ e degli obiettivi della stessa (v. ad esempio sentenza *IR*, punto 48), – nel “bilanciamento che occorre compiere per garantire un giusto equilibrio tra (...) diritti eventualmente concorrenti” (così sentenza *Egenberger*, punto 53), rispetto al ruolo attribuito al diritto primario a tal fine. Senza che ciò porti a conclusioni contrastanti, è possibile notare come nelle conclusioni *IR* l'Avvocato generale ricomprenda nel quadro normativo di diritto dell'Unione l'articolo 17 TFUE, che sancisce il rispetto da parte dell'Unione della libertà e dell'autonomia goduta dalle istituzioni religiose secondo il diritto nazionale.

<sup>12</sup> Sentenza *IR*, punti 46 e 47; confronta conclusioni *IR*, punti 51-52. Questo profilo è esaminato nel par. 6.

<sup>13</sup> Legislazioni in vigore alla data di adozione della direttiva 2000/78 o che riprendono le prassi nazionali vigenti a tale data.

<sup>14</sup> Differentemente da quanto previsto nel primo paragrafo dell'art. 4 della direttiva 2000/78 – che prevede la possibilità di imporre un requisito per lo svolgimento dell'attività lavorativa sulla base di un qualunque dei motivi di cui all'art. 1 della direttiva – non è richiesto che tale requisito sia – anche – “determinante”. Sul punto v. E. ELLIS, P. WATSON, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford, 2012, II ed., p. 396.

<sup>15</sup> Art. 4, par. 2, co. 1, ultimo al., direttiva 2000/78. Nella sentenza *Egenberger*, punto 68, la Corte ha valorizzato il richiamo ai “principi generali del diritto comunitario” sancendo che il requisito professionale imposto dalle Chiese e organizzazioni assimilate debba essere conforme al principio di proporzionalità, pur non esplicitamente previsto nella disposizione in discorso.

base del regolamento di base del servizio ecclesiastico nell'ambito dei rapporti di lavoro nella Chiesa cattolica ("GrO")<sup>16</sup> – la violazione da parte del lavoratore (JQ) dell'obbligo di buona fede e lealtà nei confronti dell'etica dell'impresa, per aver contratto un matrimonio invalido per l'ordinamento della Chiesa<sup>17</sup>. La possibilità di graduare gli obblighi di lealtà gravanti in capo ai propri dipendenti in funzione della loro posizione e della loro confessione religiosa o agnosticismo prevista dal GrO – e quindi di operare trattamenti differenziati su tali basi – comporta che il licenziamento di JQ ricada nel campo di applicazione *ratione materiae* della direttiva 2000/78<sup>18</sup> e che venga pertanto in rilievo l'art. 9, par. 2, AGG<sup>19</sup>. Ai sensi di quest'ultimo, le comunità religiose, le istituzioni ad esse correlate, a prescindere dalla forma giuridica, e le associazioni che coltivano in comune una religione o convinzioni personali hanno il diritto di "chiedere ai [propri] dipendenti un atteggiamento di buona fede e di lealtà ai sensi delle regole della propria coscienza". Eccezion fatta per l'*incipit*, il tenore letterale della disposizione nazionale di recepimento (l'art. 9, par. 2, AGG, per l'appunto) è "sostanzialmente identico" all'art. 4, par. 2, co. 2<sup>20</sup>. Differentemente, l'art. 9, par. 1, AGG sembra concedere un più ampio margine di manovra alle predette istituzioni<sup>21</sup> rispetto a quanto richiesto dall'art. 4, par. 2, co. 1, della direttiva. L'obbligo di tenere in considerazione la natura dell'attività lavorativa nell'imposizione del requisito, difatti, è soltanto eventuale e alternativo a quello di considerare le regole di coscienza della rispettiva comunità religiosa o associazione. Non è previsto, inoltre, che il requisito professionale debba essere "essenziale" e "legittimo". Questo aspetto assume importanza nella misura in cui la Corte opta, come anticipato, per una congiunta del primo e del secondo comma dell'art. 4, par. 2, della direttiva.

La particolare rilevanza attribuita dall'ordinamento tedesco al diritto fondamentale all'autodeterminazione ecclesiastica trova espressione nella giurisprudenza costituzionale della Corte costituzionale federale in relazione al

<sup>16</sup> Il *Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse* del 22 settembre 1993 ("GrO"), vincolante per le istituzioni affiliate alla Chiesa cattolica, stabilisce all'art. 4 gli "obblighi di lealtà" cui viene richiesto di conformarsi a tre differenti categorie di lavoratori (di confessione cattolica, di religione cristiana non cattolica, tutti i lavoratori), prevedendo – tra l'altro – per le figure dirigenziali (tra le quali è possibile ricomprendere JQ) "la necessaria testimonianza di vita ispirata ai principi del credo e dell'etica cattolica". Ai sensi dell'art. 5 del GrO la violazione da parte di un lavoratore operante a livello direttivo dei predetti obblighi di lealtà – ad esempio mediante la "conclusione di un matrimonio invalido secondo l'interpretazione del credo e l'ordinamento della Chiesa" – costituisce motivo di licenziamento.

<sup>17</sup> Ai sensi del Canone 1085 del *Codex Iuris Canonici* (codice di diritto canonico, CIC), difatti, contrae un matrimonio invalido "chi è legato dal vincolo di un matrimonio precedente, anche se non consumato".

<sup>18</sup> Ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. c), la direttiva in discorso trova applicazione "[n]ei limiti dei poteri conferiti alla Comunità (...) a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico, per quanto attiene", *inter alia*, "all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento (...)".

<sup>19</sup> L'AGG, come anticipato, mira a trasporre nel diritto tedesco la direttiva 2000/78. A tal fine, l'art. 7 AGG vieta ogni discriminazione sulla base dei motivi di cui all'art. 1 della direttiva, tra i quali sono ricomprese la religione e le convinzioni personali.

<sup>20</sup> Conclusioni IR, punto 78.

<sup>21</sup> Ai sensi di tale disposizione, difatti, "(...), una differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali nel rapporto d'impiego con comunità religiose (...) è altresì lecita quando una determinata religione o convinzione personale costituisce, tenuto conto delle regole di coscienza della rispettiva comunità religiosa o associazione sotto il profilo del suo diritto all'autodeterminazione o a seconda della natura della sua attività, un requisito professionale giustificato".

*Kündigungsschutzgesetz* (legge sulla tutela contro il licenziamento) del 25 agosto 1969 (“KSchG”), che trova applicazione al licenziamento di JQ<sup>22</sup>. In particolare, nell’ambito di controversie relative a rapporti di lavoro al servizio delle Chiese, le leggi che tutelano i lavoratori – come il KSchG – dovrebbero essere interpretate alla luce del principio di autodeterminazione ecclesiastica sancito dall’art. 137, par. 3, della *Verfassung des Deutschen Reichs* del 1919 (c.d. Costituzione di Weimar)<sup>23</sup> e il controllo giurisdizionale sui licenziamenti motivati da una violazione dell’obbligo di lealtà dovrebbe essere articolato su due fasi<sup>24</sup>. In primo luogo, i giudici nazionali sarebbero tenuti a verificare, “sulla base dell’identità propria di ciascuna Chiesa”, se l’organizzazione o l’istituzione religiosa partecipi alla realizzazione della missione fondamentale della Chiesa, se un determinato obbligo di lealtà costituisca l’espressione di un dogma religioso e quale rilevanza debba riconoscersi, sempre sulla base dell’identità propria della Chiesa, all’obbligo di lealtà e ad un inadempimento del medesimo”<sup>25</sup> (c.d. criterio di plausibilità). In secondo luogo, occorre procedere ad una ponderazione complessiva tra gli interessi ecclesiastici e i diritti fondamentali del lavoratore interessato, fermo restando il particolare rilievo da riconoscere all’identità propria della Chiesa (c.d. criterio di ponderazione)<sup>26</sup>. È in relazione alla giurisprudenza costituzionale appena descritta che viene in rilievo la questione del controllo effettivo, da parte del giudice nazionale, sull’applicazione dell’art. 4, par. 2, co. 2, della direttiva 2000/78<sup>27</sup>.

3. La controversia in esame trae origine dal licenziamento intimato il 30 marzo 2009, con effetti decorrenti dal 30 settembre dello stesso anno, da IR, società a responsabilità limitata regolata dal diritto tedesco, nei confronti di JQ, proprio dipendente, per essere, quest’ultimo, gravemente venuto meno agli obblighi derivanti dal contratto di lavoro (contraendo un secondo matrimonio secondo il diritto tedesco in mancanza del previo annullamento del primo matrimonio concluso in conformità al rito cattolico). La società IR gestisce un ospedale con sede in Düsseldorf (Germania) e ha come oggetto sociale il conseguimento dei compiti della confederazione internazionale delle organizzazioni cattoliche a scopo caritativo (Caritas), quale espressione della Chiesa romano-cattolica. Essa non persegue preminenti scopi di lucro ed è soggetta alla vigilanza dell’Arcivescovo di Colonia (Germania). Dall’altra parte,

---

<sup>22</sup> In particolare, ai sensi dell’art. 1 del KSchG, il licenziamento di un lavoratore dipendente – il cui contratto è durato ininterrottamente oltre sei mesi nella stessa impresa, condizione integrata nel caso in esame – è giuridicamente inoperante quando non è “socialmente giustificato”. Non sono socialmente giustificati i licenziamenti, come quello di JQ, basati su motivi diversi da quelli collegati alla persona o al comportamento del lavoratore ovvero a urgenti necessità dell’impresa che ostano alla conservazione del posto.

<sup>23</sup> V. conclusioni IR, punti 34-37, spec. 34. La Costituzione dell’Impero tedesco è stata adottata l’11 agosto 1919 a Weimar e ai sensi e per gli effetti dell’articolo 140 del *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Costituzione della Repubblica federale di Germania) del 23 maggio 1949 (“Legge Fondamentale”), costituisce parte integrante di quest’ultima.

<sup>24</sup> V. conclusioni IR, punti 34-37.

<sup>25</sup> Conclusioni IR, punti 35-36, ove viene precisato come la Corte costituzionale federale avesse sancito la possibilità, per le associazioni religiose, di prevedere una graduazione degli obblighi di lealtà gravanti sui loro dipendenti in funzione della loro posizione e dalla loro confessione religiosa.

<sup>26</sup> Conclusioni IR, punto 37.

<sup>27</sup> Differentemente dalla sentenza *Egenberger* (v. spec. punto 41), nel caso di specie non era stata formulata alcuna questione pregiudiziale in relazione a tale dovere di controllo effettivo da parte del giudice nazionale. Il profilo in discorso è ciononostante affrontato dalla Corte nei punti 43-48 della sentenza IR.

JQ, di confessione cattolica, è medico e lavora dal 2000 presso l'IR in qualità di primario del reparto di medicina interna del predetto ospedale sulla base di un contratto di lavoro stipulato in conformità al GrO.

La vicenda processuale origina quindi nella forma di contenzioso giuslavoristico tra due soggetti privati e coinvolge i tre gradi della giurisdizione tedesca competente in materia, sino ad approdare innanzi alla Corte costituzionale federale. Più nel dettaglio, l'autorità giudiziaria è adita dal lavoratore, il quale ricorre innanzi all'*Arbeitsgericht* (Tribunale del lavoro, Germania) asserendo l'illegittimità del licenziamento per contrarietà al principio di parità di trattamento. Il Tribunale accoglie il ricorso del lavoratore dichiarando che la violazione del divieto di contrarre un secondo matrimonio sancito dal canone 1085 CIC non costituiva una grave violazione dell'obbligo di lealtà<sup>28</sup>. In secondo grado, il *Landesarbeitsgericht* (Tribunale superiore del lavoro del Land, Germania) respinge l'impugnazione, riformando tuttavia la sentenza del giudice di prime cure in punto di motivazione<sup>29</sup>. La successiva sentenza della Corte federale del lavoro – che respinge il ricorso per *revision* ritenendo il licenziamento non giustificato – viene annullata per difetto di motivazione dalla Corte costituzionale federale con ordinanza del 22 ottobre 2014, sul presupposto che, nell'ambito di controversie relative a rapporti di lavoro al servizio delle Chiese, le leggi che tutelano i lavoratori – come il KSchG – devono essere interpretate alla luce del principio di autodeterminazione ecclesiastica sancito dall'art. 137, par. 3, della Costituzione di Weimar<sup>30</sup>. La Corte federale del lavoro, chiamata a decidere la causa a seguito della predetta ordinanza, sospende il procedimento e opera il rinvio pregiudiziale rilevando come l'art. 9, par. 2, AGG, dal quale dipende la soluzione della controversia, debba essere interpretato in conformità con il diritto dell'Unione e che, pertanto, la portata di tale disposizione dipende dall'interpretazione dell'art. 4, par. 2, della direttiva 2000/78. Sono sottoposte alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali, di cui la seconda, proposta in via subordinata, risulta divisa in due distinti capi.

Con la prima questione e con il secondo capo della seconda questione viene domandato se l'art. 4, par. 2, co. 2, della direttiva 2000/78, debba essere interpretato nel senso che la Chiesa cattolica possa imporre ad un'organizzazione quale IR di trattare in maniera differente – in punto di atteggiamento di lealtà e di correttezza richiesto – i lavoratori con funzioni direttive appartenenti alla Chiesa stessa rispetto a quelli aderenti ad altra Chiesa, ovvero aconfessionali, e quali requisiti – ai sensi della citata disposizione – debbano applicarsi ed essere rispettati a tal fine. Dalla lettura dell'ordinanza di rinvio emerge come il giudice tedesco si domandi preli-

<sup>28</sup> In primo grado, JQ invocava il principio della parità di trattamento nei confronti del proprio datore di lavoro sostenendo che, ai sensi del GrO, per i primari di confessione protestante o atei un secondo matrimonio non avrebbe prodotto alcuna conseguenza giuridica sul loro rapporto di lavoro con IR. Quest'ultima resisteva in giudizio rilevando che il licenziamento dovrebbe essere considerato socialmente giustificato stante il grave inadempimento degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro (v. conclusioni IR, punto 30). Sul concetto di licenziamento "socialmente giustificato" v. *supra* nota 22.

<sup>29</sup> Pur ritenendo che la violazione del canone 1085 CIC – con la conclusione di un secondo matrimonio – costituisse una grave violazione dell'obbligo di lealtà, il licenziamento non poteva ritenersi "socialmente giustificato" in quanto contrario al principio della parità di trattamento (v. conclusioni IR, punti 31 e 32). Questa rappresenta, come accennato, la tesi prospettata dal lavoratore in primo grado.

<sup>30</sup> Conclusioni IR, punto 34.

minarmente se IR, in quanto società regolata dal diritto privato, possa rientrare nel campo di applicazione soggettivo della disposizione in discorso<sup>31</sup>.

Con il primo capo della seconda questione pregiudiziale, la Corte federale del lavoro domanda se – nell’ipotesi in cui la differenza di trattamento costituisca una discriminazione vietata dal diritto dell’Unione – l’art. 9, par. 2, AGG, in base al quale un siffatto trattamento appare giustificato, debba essere disapplicato. Nell’ordinanza di rinvio<sup>32</sup>, il giudice tedesco si interroga circa la possibilità per il divieto di discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, sancito dall’art. 21, par. 1, della Carta, di conferire un diritto soggettivo invocabile dinanzi ai giudici nazionali e comportante l’obbligo di disapplicare – nell’ambito di controversie tra privati – disposizioni nazionali non conformi a tale divieto<sup>33</sup>. Secondo la Corte federale del lavoro, difatti, non potrebbe escludersi che, anche prima dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il divieto di discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali godesse del rango di principio generale del diritto dell’Unione, prevalendo pertanto sul diritto nazionale, anche di rango costituzionale, in forza del principio del primato del diritto dell’Unione<sup>34</sup>.

4. Le conclusioni dell’Avvocato generale Wathelet – similmente alla sentenza *IR* – sono basate in misura rilevante sui principi affermati nella sentenza *Egenberger*. Le considerazioni dell’Avvocato generale si discostano tuttavia dall’approccio seguito dalla Grande Sezione in relazione a tre profili di interesse.

Un primo profilo concerne il campo soggettivo di applicazione dell’art. 4, par. 2, co. 2, della direttiva 2000/78 e, in particolare, l’interpretazione dell’inciso “altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali” e il ruolo del giudice nazionale a tale riguardo. Secondo l’Avvocato generale quest’ultimo sarebbe tenuto a valutare l’etica della parte datoriale rispetto alle sue attività – tra cui, nel caso in esame, la fornitura di servizi sanitari mediante la gestione di ospedali – e ad accertare che le modalità di fornitura di detti servizi siano riconducibili alla dottrina della Chiesa cattolica e pertanto considerevolmente differenti rispetto a quelle degli ospedali pubblici<sup>35</sup>. La possibilità per IR di legittimamente esigere dai propri dipendenti un atteggiamento di buona fede e di lealtà sarebbe condizionata dal positivo accertamento della sussistenza di tali caratteri.

In secondo luogo, l’Avvocato generale non condivide le premesse alla base del primo capo della seconda questione pregiudiziale. Da un lato, difatti, il “tenore letterale (...) sostanzialmente identico” delle due disposizioni sembrerebbe escludere una non corretta trasposizione dell’art. 4, par. 2, co. 2, della direttiva 2000/78, così come la impossibilità, paventata dal giudice tedesco, di interpretare l’art. 9,

---

<sup>31</sup> Sentenza *IR*, punto 32.

<sup>32</sup> Dopo aver – correttamente – ricordato come la valutazione circa la possibilità di una interpretazione conforme della disposizione nazionale al diritto europeo rappresenti una propria prerogativa, così come la decisione circa la totale o parziale disapplicazione della disposizione nazionale qualora la composizione in via interpretativa risulti impossibile (v. sentenza *IR*, punto 34).

<sup>33</sup> Sentenza *IR*, punto 35.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> Conclusioni *IR*, punti 44-48 e spec. punto 47, tenendo conto, a questi fini, “delle questioni etiche nel settore della sanità che rivestono particolare importanza nella dottrina della Chiesa cattolica, in particolare, l’aborto (...), l’eutanasia (...), la contraccezione o gli altri metodi di controllo della riproduzione (...).”

par. 2, AGG in modo conforme alla disposizione della direttiva<sup>36</sup>. Dall'altro lato, nonostante il giudice del rinvio richiami soltanto l'art. 9, par. 2, AGG, la questione dell'interpretazione conforme e della eventuale disapplicazione dovrebbe coinvolgere entrambi i paragrafi dell'art. 9 AGG dato che la differenza di trattamento sulla base della religione è trattata dal par. 1 dell'art. 9 dell'AGG<sup>37</sup>.

In terzo luogo, la natura di “principio generale del diritto dell'Unione” dovrebbe riconoscersi al divieto di discriminazione sulla base della religione o delle convinzioni personali, anche in relazione al periodo temporale antecedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, sulla base dei precedenti della Corte in tema di principio generale del diritto dell'Unione di non discriminazione in base all'età<sup>38</sup>. Secondo l'Avvocato generale, difatti, da un lato, il divieto di discriminazione sulla base della religione costituirebbe “un valore costituzionale fondamentale” alla luce del contesto storico in cui l'Unione è stata fondata<sup>39</sup>. Dall'altro lato, la natura di principio generale del diritto dell'Unione dovrebbe essere riconosciuta a tutti i divieti di discriminazione oggi sanciti dall'art. 21, par. 1, della Carta<sup>40</sup>. Non può non rilevarsi come queste due affermazioni parrebbero porsi in potenziale contrasto tra loro, dato che la predetta centralità nel processo d'integrazione europeo del divieto di discriminazione sulla base della religione e delle convinzioni personali non sembrerebbe caratterizzare tutti i motivi di discriminazione oggi previsti – peraltro in maniera non tassativa<sup>41</sup> – dall'art. 21, par. 1, della Carta.

**5.** La Corte, in risposta agli interrogativi formulati con la prima questione e con il secondo capo della seconda questione, afferma innanzitutto che il licenziamento di un dipendente – anche quando operato da parte di un'organizzazione privata –, motivato dall'inosservanza di un atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti dell'etica dell'organizzazione, deve poter essere oggetto di un controllo giurisdizionale effettivo al fine di garantire che siano rispettati i criteri di cui all'art. 4, par. 2, co. 1, della direttiva 2000/78, non ostando a quanto precede eventuali contrarie normative o prassi nazionali vigenti<sup>42</sup>. Questa precisazione in merito al dovere di controllo giuri-

<sup>36</sup> Conclusioni IR, punti 77-78.

<sup>37</sup> Conclusioni IR, punti 79-80.

<sup>38</sup> *Ivi*, punto 84. Più nel dettaglio, anche per il tramite della sentenza *Egenberger* (punti 75-79), vengono richiamate la sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold* (punti 76 e 77), la sentenza della Corte di giustizia del 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Seda Küçükdeveci* (punti 50 e 51), la sentenza della Corte di giustizia del 15 gennaio 2014, causa C-176/12, *Association de médiation sociale (“AMS”)* (punto 47) e la sentenza della Corte di giustizia del 19 aprile 2016, causa C-441/14, *DI* (punto 36).

<sup>39</sup> Conclusioni IR, punto 85.

<sup>40</sup> *Ivi*, punto 86 (similmente v., in relazione al divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, le conclusioni dell'Avvocato generale Jääskinen del 15 luglio 2010, causa C-147/08, *Römer*, punto 129).

<sup>41</sup> Come emerge dalla formulazione della disposizione che contiene l'inciso “in particolare” e come confermato dalla Spiegazione relativa all'articolo 21 (ove, nel delineare le differenze tra l'art. 21, par. 1, della Carta e l'art. 19 TFUE, precisa che quest'ultimo “riporta un elenco completo”). In questo senso v., *ex multis*, C. KILPATRICK, *Article 21*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, 2014, p. 579 ss., spec. p. 581; F. GUARRIELLO, *Articolo 21 – II. Il principio di non discriminazione nel lavoro*, in S. ALLEGREZZA, R. MASTROIANNI, F. PAPPALARDO, O. POLLICINO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, p. 425 ss., spec. p. 431 ss.

<sup>42</sup> Sentenza IR, punti 43-45.

sdizionale effettivo<sup>43</sup> trova la propria ragion d'essere nella giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca qui sopra descritta che, tuttavia, non viene richiamata nella sentenza. Nonostante, a differenza della sentenza *Egenberger*, il giudice nazionale non avesse sollevato alcuna domanda in relazione al profilo in discorso, il diritto fondamentale a un controllo giurisdizionale effettivo – principio generale del diritto dell'Unione oggi sancito dall'art. 47 della Carta<sup>44</sup> – rappresenta la “chiave di volta” del sistema di bilanciamento tra autonomia delle Chiese<sup>45</sup> e altri diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento dell'Unione, tra cui il principio di parità di trattamento e di non discriminazione sulla base della religione o delle convinzioni personali<sup>46</sup>.

Per quanto riguarda l'interpretazione dei requisiti previsti dall'art. 4, par. 2, co. 1, della direttiva, la Corte precisa, in primo luogo, che la liceità di una differenza di trattamento sulla base della religione o delle convinzioni personali è subordinata all'esistenza di un nesso diretto e oggettivamente verificabile tra il “requisito (...) per lo svolgimento dell'attività lavorativa” (c.d. requisito professionale) – che può consistere sia nella “appartenenza alla religione” sia nella “adesione alle convinzioni personali su cui si fonda l'etica della chiesa o dell'organizzazione interessata”<sup>47</sup> – e l'attività in questione<sup>48</sup>. Quanto ai tre criteri previsti dalla disposizione in esame – espressi con gli aggettivi “essenziale”, “legittimo” e “giustificato” –, secondo la Corte il requisito professionale è “essenziale” quando appare necessario per l'affermazione dell'etica della Chiesa o dell'organizzazione interessata o per l'esercizio da parte di queste del loro diritto all'autonomia, come sancito all'art. 17 TFUE e all'art. 10 della Carta<sup>49</sup>. Il requisito è “legittimo” quando viene imposto per conseguire tali fini, e non già diverse finalità<sup>50</sup>. Il termine “giustificato”, infine, implica che il rispetto dei requisiti in esame possa essere oggetto di controllo da parte del giudice nazionale. In tale sede, da un lato, la parte datoriale sarà gravata dell'onere della prova circa la probabilità e serietà del presunto rischio di lesione alla propria etica o al proprio diritto all'autonomia e, dall'altro lato, il giudice nazionale dovrà verificare la conformità al principio di proporzionalità del requisito professionale<sup>51</sup>.

---

<sup>43</sup> Motivato, come nella sentenza *Egenberger* (punti 47-49), sulla base dell'obiettivo della direttiva 2000/78, del contesto in cui si inserisce l'art. 4, par. 2, delle garanzie richieste agli Stati membri dagli articoli 9 e 10 – ai fini del rispetto degli obblighi derivanti dalla direttiva e della protezione delle persone che si ritengono vittime di una discriminazione – e del diritto a una protezione giurisdizionale effettiva ai sensi dell'art. 47 della Carta (v. sentenza *IR*, punto 45). Si noti che il riferimento all'art. 47 della Carta, operato al punto 49 della sentenza *Egenberger* poggia, per espressa precisazione della Corte, sulla applicabilità della Carta in tal caso; elemento che non ricorre nel caso in esame.

<sup>44</sup> V. *ex multis* le sentenze della Corte del 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet*, punto 37; del 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, punto 35; del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*, punto 49.

<sup>45</sup> Nonché delle altre associazioni o comunità religiose e delle organizzazioni filosofiche e non confessionali ad esse assimilate.

<sup>46</sup> Non dissimilmente da quanto è riscontrabile, pur con le dovute differenze, nel sistema della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (“CEDU”). V. sul punto Corte di giustizia dell'Unione europea, *Note de recherche - Contrôle juridictionnel en matière de relations de travail impliquant des églises ou des entreprises de tendance religieuse*, 10 luglio 2017, reperibile online, p. 8 s. e p. 115 ss.

<sup>47</sup> Sentenza *IR*, punto 51.

<sup>48</sup> *Ivi*, punto 50.

<sup>49</sup> *Ivi*, punto 51, che rinvia alla sentenza *Egenberger*, punti 50 e 65.

<sup>50</sup> *Ivi*, punto 52, che rinvia alla sentenza *Egenberger*, punto 66.

<sup>51</sup> *Ivi*, punti 67 e 68, che rinviano alla sentenza *Egenberger*, punti 67 e 68.

In relazione alla prima parte della seconda domanda pregiudiziale, la Grande Sezione dichiara che il giudice nazionale è tenuto ad assicurare, nell'ambito delle sue competenze, "la tutela giuridica spettante ai soggetti dell'ordinamento derivante dai principi generali del diritto dell'Unione, come il principio di non discriminazione sulla base della religione o delle convinzioni personali, ora sancito dall'art. 21 della [Carta], e a garantire la piena efficacia dei diritti che ne derivano, disapplicando all'occorrenza qualsiasi disposizione nazionale contraria"<sup>52</sup>. Ciò, tuttavia, soltanto "qualora non gli sia possibile interpretare il diritto nazionale vigente in modo conforme all'art. 4, par. 2, della direttiva 2000/78"<sup>53</sup>. La tutela giuridica garantita dal principio generale del diritto dell'Unione in discorso, consistente nel predetto obbligo di disapplicazione o non applicazione<sup>54</sup>, rappresenta una manifestazione del principio del primato<sup>55</sup>, che coniuga la formulazione adoperata nella sentenza *Simmenthal* – per precisare il modo in cui gli Stati membri sono tenuti ad assicurarne l'operatività –<sup>56</sup> con quella della "diretta invocabilità" persino in controversie tra privati, che sembra trovare invece il proprio fondamento nella giurisprudenza della Corte *post* Lisbona<sup>57</sup>. Può anche notarsi, secondariamente, come la Corte abbia adottato alcuni accorgimenti lessicali al fine di calibrare i principi sanciti nella sentenza *Egenberger* a controversie, come quella in esame, che ricadono al di fuori della sfera di applicazione *ratione temporis* della Carta. In particolare, il giudice nazionale è tenuto ad assicurare la tutela giuridica derivante dai principi generali del diritto dell'Unione – e non "dagli articoli 21 e 47 della Carta"<sup>58</sup> – e a garantire la piena efficacia dei diritti che ne derivano – in luogo della piena efficacia degli articoli della Carta<sup>59</sup> –. La disapplicazione, anche in una controversia c.d. orizzontale, si basa sul riconoscimento al divieto di discriminazione sulla base della religione o delle convinzioni personali della natura di principio generale del diritto dell'Unione anche in relazione al periodo temporale antecedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. A questo riguardo, la Grande Sezione non si limita a richiamare la statuizione sul punto operata nella sentenza *Egenberger*<sup>60</sup> ma ripropone la formula – adottata dalla sentenza *Mangold*<sup>61</sup> in avanti – in merito alla fonte

<sup>52</sup> *Ivi*, punto 71.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> Obbligo che, si badi, a differenza di quanto indicato nella domanda pregiudiziale – relativa alla disapplicazione dell'art. 9, par. 2, dell'AGG –, concerne "qualsiasi disposizione nazionale in contrasto con il diritto dell'Unione".

<sup>55</sup> G. DI FEDERICO, *La sentenza Küçükdeveci e la vexata quaestio degli effetti diretti (orizzontali) delle direttive*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2010, p. 1001 ss., spec. 1007. Sulla disapplicazione della norma nazionale come conseguenza del primato v. da ultimo le argomentazioni della Grande Sezione nella sentenza della Corte di giustizia del 24 giugno 2019, causa C-573/17, *Poptawski*, spec. punto 68.

<sup>56</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, punto 21 (richiamato nel punto 77 della sentenza *Mangold*).

<sup>57</sup> Difatti, la precisazione "persino in controversie tra privati" in relazione alla invocabilità di un diritto soggettivo conferito da un principio generale del diritto dell'Unione è un portato della rilettura della sentenza *Küçükdeveci* operata al punto 36 della sentenza *DI* (in relazione al principio generale di non discriminazione sulla base dell'età).

<sup>58</sup> Sentenza *Egenberger*, punto 82.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> Sentenza *Egenberger*, punti 75 e 76.

<sup>61</sup> Sentenza *Mangold*, punto 74, ove la Grande Sezione attribuisce valore determinante – al fine della scoperta del principio generale del diritto dell'Unione di non discriminazione sulla base dell'età – al 1° e 4° 'considerando' della direttiva 2000/78 e, argomentato *a contrario*, all'articolo 1 ("Obiettivo").

del principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, da rinvenirsi non già nella direttiva 2000/78 ma “in diversi atti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”<sup>62</sup>. L’estensione temporale del “carattere imperativo” del divieto in discorso è basata su una valorizzazione, da parte della Corte, delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, dalle quali il principio generale in discorso deriverebbe<sup>63</sup>.

Per quanto riguarda gli effetti ricollegati alla natura di principio generale del diritto dell’Unione riconosciuta al divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, la Corte rinverdisce il proprio insegnamento secondo cui tale principio generale riveste “carattere imperativo (...) ed è di per sé sufficiente a conferire agli individui un diritto invocabile come tale nell’ambito di una controversia che li veda opposti in un settore disciplinato dal diritto dell’Unione”<sup>64</sup>. In particolare, per “carattere imperativo” di una norma di diritto primario dell’Unione deve intendersi, secondo autorevole dottrina<sup>65</sup>, l’idoneità di tale norma a vincolare – anche – l’autonomia privata<sup>66</sup>. La perifrasi “di per sé sufficien[za] a conferire agli individui un diritto invocabile come tale”<sup>67</sup>, coniata nella sentenza *AMS*<sup>68</sup>, sembra in realtà evocare la formulazione utilizzata e i principi

---

Mentre il 1° ‘considerando’ ripropone la formula elaborata dalla giurisprudenza della Corte – oggi prevista dall’art. 6, par. 3, TUE –, il 4° ‘considerando’ sancisce la natura “universale” del “diritto di tutti all’uguaglianza dinanzi alla legge e alla protezione contro le discriminazioni”, operando un riferimento a diverse fonti universali, internazionali e regionali, tra cui la CEDU e la Convenzione n. 111 dell’Organizzazione Internazionale del Lavoro (“OIL”) sulla discriminazione in materia di impegno e nelle professioni del 1958. Dall’analisi di questi plessi normativi richiamati dal 4° ‘considerando’, appare evidente che, una volta riconosciuta la natura di principio generale del diritto al divieto di discriminazione sulla base dell’età, la Corte avrebbe difficilmente potuto astenersi dall’attribuire pari dignità – sul piano della sistematica delle fonti – al divieto di discriminazione sulla base della religione e delle convinzioni personali nel caso *Egenberger*. Quest’ultimo, difatti, a differenza del primo, è esplicitamente sancito nelle fonti internazionali e regionali sopra richiamate e, in particolare, dall’art. 1 della Convenzione n. 111 dell’OIL, dall’art. 14 della CEDU e dalle disposizioni del Protocollo n. 12 della CEDU.

<sup>62</sup> Sentenza *IR*, punto 67, ove la Corte rinvia alla sentenza *Egenberger*, punto 75 (a sua volta, basato sul punto 74 della sentenza *Mangold*).

<sup>63</sup> Sentenza *IR*, punto 69. Ci si potrebbe chiedere se, nel caso in esame, le tradizioni costituzionali comuni abbiano assunto valenza sul piano normativo in senso formale nel significato – opposto a quello di mero strumento retorico – indicato da O. POLLICINO, *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2016, p. 253 ss., spec. p. 262 ss. In relazione al punto 69 della sentenza in commento, v. anche O. POLLICINO, *L’efficacia orizzontale*, cit., p. 138 ss., spec. p. 150 s.

<sup>64</sup> Sentenza *IR*, punto 69; ove viene citata la sentenza *Egenberger*, punto 76, che, a sua volta, opera un rinvio alla sentenza *AMS*, punto 47.

<sup>65</sup> K. LENAERTS, J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU law*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1648, nota 104, ove gli Autori ricollegano il predetto carattere ai “principi del diritto” (eventuali sottesi a una norma scritta) e definiscono lo stesso, utilizzando una metonimia, descrivendo gli effetti che esso esplica.

<sup>66</sup> Sul punto la Corte ha recentemente rilevato che, per quanto concerne “l’effetto imperativo che [il principio generale del diritto dell’Unione] esplica, l’art. 21 della Carta non si distingue, in linea di principio, dalle diverse disposizioni dei Trattati istitutivi che vietano le discriminazioni fondate su vari motivi, anche quando tali discriminazioni derivino da contratti conclusi tra privati” (sentenza *Egenberger*, punto 76).

<sup>67</sup> Sentenza *IR*, punto 69, che rinvia al punto 76 della sentenza *Egenberger*.

<sup>68</sup> Sentenza *AMS*, punto 47, ove il ragionamento operato nella sentenza *Küçükdeveci* – in relazione al principio generale del diritto dell’Unione consistente nel divieto di discriminazione in base all’età – viene ritenuto non replicabile in tale caso – relativo all’art. 27 della Carta. Sull’operazione di *distinguish-*

sanciti in alcune risalenti pronunce in tema di effetti diretti di norme dei Trattati<sup>69</sup>. Infine, la Corte precisa che il diritto derivante dal predetto principio generale del diritto dell'Unione può essere invocato nell'ambito di una controversia che veda opposti due individui “in un settore disciplinato dal diritto dell'Unione”<sup>70</sup>. Viene in rilievo il problema del campo di applicazione dei principi generali del diritto dell'Unione e della possibilità per il diritto derivato – e in particolare per la direttiva 2000/78 – di fungere quale elemento di collegamento di una situazione giuridica soggettiva con i principi generali del diritto dell'Unione<sup>71</sup> e, per quanto qui interessa, con quelli oggi sanciti dall'art. 21, par. 1, della Carta. La sentenza in commento conferma il tradizionale insegnamento<sup>72</sup>, che seppur sembrava emergere implicitamente dalla sentenza *Mangold*<sup>73</sup> è stato oggetto di oscillazioni nella giurisprudenza della Corte<sup>74</sup>, secondo il quale quando la normativa di uno Stato membro ricade

---

ing in discorso v. C.C. MURPHY, *Using the EU Charter of Fundamental Rights Against Private Parties after Association de Médiation Sociale*, in *European Human Rights Law Review*, 2014, p. 170 ss.

<sup>69</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 21 giugno 1974, causa 2/74, *Reyners*, punti 24-27, spec. punto 25 (in relazione alla principio del trattamento nazionale nell'ambito della libertà di stabilimento), secondo cui “tale norma è, per eccellenza, atta ad essere fatta valere direttamente dai cittadini di tutti gli altri Stati membri” (la versione in lingua francese rappresenta meglio l'elemento della “di per sé sufficienza” attraverso l'utilizzo dell'espressione “*par essence*” traducibile con “per natura”: “*cette règle est, par essence, susceptible d'être invoquée directement par les ressortissants*”). La dimensione soggettiva dell'invocabilità era peraltro già presente nella sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *van Gend & Loos*, p. 24.

<sup>70</sup> Sentenza *IR*, punto 69. Si tratta della medesima formulazione utilizzata nella sentenza *Egenberger*, punto 76, e, successivamente, nella sentenza *Cresco Investigation*, punto 76, in relazione a controversie alla quali era applicabile la Carta.

<sup>71</sup> Sul tema v. *amplius* EDITORIAL COMMENT, *The Scope of Application of the General Principles of Union Law: An Ever Expanding Union?*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1590; M. DOUGAN, *In Defence of Mangold*, in A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *A Constitutional Order of States: Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Oxford, 2011, p. 228 s.

<sup>72</sup> V. in questo senso H.G. SCHERMERS, D.F. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, Den Haag, 2001, VI ed., p. 35 ss.; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2007, II ed., p. 39; K. LENAERTS, J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *The Constitutional Allocation of Powers*, cit., p. 1639; K. LENAERTS, *The EU Charter of Fundamental Rights: Scope of Application and Methods of Interpretation*, in M.T. ALESSIO, V. KRONENBERGER, V. PLACCO (dirs.), *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union à la croisée des chemins, Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, 2013, p. 107 ss., spec. p. 117; K. LENAERTS, J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice in The EU Charter of Fundamental Rights*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, 2014, p. 1559 ss., spec. p. 1568. V. anche le conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 22 maggio 2008, causa C-427/06, *Bartsch*, punti 69 e 91-92.

<sup>73</sup> V. EDITORIAL COMMENTS, *op. cit.*, p. 1589 ss. e M. DOUGAN, *op. cit.*, p. 219 ss. (in relazione alla sentenza *Küçükdeveci*).

<sup>74</sup> Per quanto riguarda l'ampiezza del sindacato sull'ordinamento degli Stati membri – anche anteriore al recepimento della direttiva –, che rientra nel campo di applicazione *ratione materiae* della direttiva medesima, si oppongono due orientamenti. Da un lato, l'ampio scrutinio operato, ad esempio, nella sentenza *Prigge e. a.*, punto 48, e nella sentenza della Corte di giustizia del 7 giugno 2012, causa C-132/11, *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt*, punto 22, che sembra essere una conseguenza dell'obbligo gravante in capo agli Stati membri di recepimento della direttiva; obbligo che non si esaurisce, come noto, nella mera adozione di un atto di recepimento della stessa entro il termine previsto, ma richiede l'adeguamento dell'ordinamento nazionale alla direttiva mediante l'eliminazione delle disposizioni del diritto nazionale incompatibili con gli obiettivi della stessa. Quanto precede emerge chiaramente dall'analisi delle sentenze *Mangold* (punti 57-59), *Küçükdeveci* (punti 23-36), *DI* (punti 23-35), *Egenberger* (punto 49, ove l'implicito riferimento all'art. 3, par. 1, lett. a), della direttiva 2000/78), e *Cresco Investigation*

nel campo di applicazione di una norma sostanziale del diritto dell'Unione trovano applicazione i principi generali del diritto dell'Unione<sup>75</sup>.

6. La sentenza in commento rappresenta la prima pronuncia della Corte relativa all'art. 4, par. 2, co. 2, della direttiva 2000/78. Particolare attenzione è dedicata ai presupposti applicativi della disposizione, alla profondità dello scrutinio operato dalla Corte di giustizia e alla cooperazione con il giudice nazionale a tale riguardo<sup>76</sup>, nonché allo schema di giudizio sotteso al secondo comma del par. 2 alla luce del giudizio di eguaglianza o di non discriminazione affermatosi nella giurisprudenza della Corte.

Presupposto per l'applicazione della disposizione in esame è la possibilità di ricomprendere la parte datoriale, IR, nel campo di applicazione *ratione personae* individuato dall'inciso "chiese o (...) altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali". Si tratta, in sostanza, di delimitare la nozione di (*rectius*, definire i criteri in conformità ai quali una parte datoriale può essere considerata) "organizzazione di tendenza" ai sensi della direttiva 2000/78<sup>77</sup>. Sul punto, che riveste una importanza non secondaria<sup>78</sup>, la Corte individua

(punti 29-34 e 38-51, ove la Corte – pronunciandosi innanzitutto sulla eccezione di incompetenza sollevata dal governo polacco, poi respinta, ed avendo accertato che la normativa nazionale ha l'effetto di trattare in maniera diversa i lavoratori in ragione della loro confessione – sembra operare una sorta di inversione di prospettiva, non preoccupandosi di affermare che il diritto nazionale rientra nel campo di applicazione della direttiva 2000/78 e/o della Carta, ma che non ricade nella eccezione sollevata), ed è stato affermato espressamente nella sentenza della Corte di giustizia del 19 gennaio 1982, causa 8/81, *Becker*, spec. punti 25 e 47-48. In dottrina esplicitamente sul punto: J. CAVALLINI, *Droit social européen – L'invocabilité des principes de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *La Semaine Juridique Sociale*, 2014, p. 1232 ss., spec. par. 18; C. BLUMANN, L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, 2016, VI ed., p. 622; e F. MARTUCCI, *Droit de l'Union européenne*, Paris, 2017, I ed., p. 453. Dall'altro lato, in alcuni casi si è registrato un contrario indirizzo giurisprudenziale, v. ad esempio la sentenza della Corte di giustizia del 23 settembre 2008, causa C-427/06, *Bartsch*, punti 16 e 17 (ove, nonostante l'oggetto della controversia rientrasse nel campo di applicazione della direttiva, la Corte sostiene – tra l'altro – che "(...) la direttiva 2000/78 (...) [non] consent[ia] di ricollegare all'ambito di applicazione del diritto comunitario una situazione in fatto e in diritto come quella di cui trattasi nella causa principale [in quanto] le linee direttrici non costituiscono un provvedimento di attuazione della [predetta] direttiva". V. difatti la successiva sentenza della Corte di giustizia del 21 gennaio 2015, causa C-529/13, *Felber*, punti 19-23, ove le prestazioni pensionistiche erogate dal datore di lavoro sono sussunte nell'ambito di applicazione *ratione materiae* dell'art. 3, par. 1, lett. c) della direttiva 2000/78).

<sup>75</sup> In questo modo la Corte ha di fatto finito per sovrapporre il campo di applicazione del principio generale del diritto dell'Unione consistente nel divieto di discriminazione, di volta in volta in causa, quale espressione del principio della parità di trattamento nell'ambito lavorativo, con quello della direttiva 2000/78. Ciò sembra confermato dall'ampiezza dello scrutinio dell'ordinamento tedesco operato nella sentenza in esame, che involge, come precisato nel dispositivo, non già e soltanto le disposizioni di trasposizione della direttiva ma anche il GrO, consentito dall'ordinamento nazionale e, in ultima analisi, il bilanciamento operato dall'ordinamento costituzionale tedesco tra, da un lato, la tutela contro il licenziamento illegittimo e la libertà di fede e coscienza e, dall'altro lato, il diritto all'autodeterminazione ecclesiastica (v. sentenza IR, punto 71, ove la Corte precisa che l'obbligo di disapplicazione in capo al giudice nazionale riguarda "qualsiasi disposizione nazionale contraria" al diritto dell'Unione).

<sup>76</sup> Sulla base di questi due profili, considerati congiuntamente, può delinearci il sistema di applicazione della disposizione in esame.

<sup>77</sup> V. X. DELGRANGE, *L'entreprise de tendance, c'est tendance!*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2019, p. 655 ss., ove l'A. individua quattro categorie di organizzazioni di tendenza, che si presentano come quattro centri concentrici (v. spec. p. 672 ss.).

<sup>78</sup> L'Avvocato generale Tanchev nelle conclusioni *Egenberger* (punto 4) rileva che "le istituzioni collegate alla Chiesa sono indicate come il secondo più grande datore di lavoro in Germania e occupano una posizione quasi monopolistica in alcune regioni e in taluni settori di attività".

tre elementi che devono necessariamente sussistere. Primo, essere una “chies[a] o (...) altr[a] organizzazione pubblic[a] o privat[a]”, requisito che ritiene sussistere in relazione a IR “alla luce dei termini generali usati all’articolo [sopracitato]”<sup>79</sup>. Secondo, avere la propria etica “fondata sulla religione o [sul]le convinzioni personali”<sup>80</sup>. Terzo, la sussistenza di un rapporto lavorativo in essere tra detti soggetti e il lavoratore in capo al quale è imposto l’obbligo di buona fede e di lealtà<sup>81</sup>. La suddivisione operata dalla Corte tra il primo e il secondo elemento, da un lato sembrerebbe presupporre la sussistenza di Chiese non fondate sulla religione o sulle convinzioni personali e, dall’altro lato e soprattutto, suggerisce una interpretazione ampia di una disposizione, quale quella in esame, avente natura di eccezione rispetto all’obiettivo perseguito dalla direttiva. La disposizione, pertanto, dovrebbe invero essere oggetto di una interpretazione restrittiva<sup>82</sup>; in questa direzione sembra porsi la posizione, già illustrata, dell’Avvocato generale<sup>83</sup>. La distanza tra queste due prospettive non può essere sottovalutata alla luce della rilevanza quantitativa delle Chiese e delle organizzazioni ad esse collegate in qualità di parti datoriali in relazione ad alcuni settori geografici e di attività<sup>84</sup>.

Come anticipato, in secondo luogo, la Corte ritiene che, in ragione dell’*incipit* del secondo comma<sup>85</sup>, tale disposizione debba essere letta congiuntamente al primo comma dell’art. 4, par. 2, della direttiva<sup>86</sup>, rappresentando l’obbligo di lealtà una delle forme di manifestazione della differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali e dovendo pertanto rispettare i tre criteri indicati nel primo comma. Deve rilevarsi, al riguardo, come il significato da attribuire a detto *incipit* rappresentasse un punto non chiaro nella riflessione dottrinale<sup>87</sup> che, differentemente, avanzava l’ipotesi secondo la quale la funzione dello stesso fosse quella di vietare che il requisito professionale imposto comportasse una discriminazione sulla base di un diverso motivo previsto dalla direttiva 2000/78<sup>88</sup>. Questo sarebbe coerente con l’ultimo periodo del primo comma, immediatamente precedente alla formulazione in discorso, ai sensi del quale una differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali imposta ai sensi di tale comma “non può giustificare una discriminazione basata su altri motivi”<sup>89</sup>.

<sup>79</sup> Sentenza IR, punto 40.

<sup>80</sup> *Ivi*, punto 41.

<sup>81</sup> *Ivi*, punto 42.

<sup>82</sup> Conclusioni Egenberger, punto 79. V., ad esempio, la sentenza Prigge, punto 72, in relazione all’art. 4, par. 1, della direttiva 2000/78.

<sup>83</sup> V. conclusioni IR, punti 44-48, ove l’Avvocato generale riconosce la competenza del giudice nazionale in relazione all’accertamento di una questione che considera una *quaestio factis* proponendo uno scrutinio sull’etica di IR in relazione alle attività prestate e i servizi forniti. V. *supra* par. 4.

<sup>84</sup> V. ancora le conclusioni Egenberger, punto 4.

<sup>85</sup> “A condizione che le sue disposizioni siano d’altra parte rispettate, la presente direttiva non pregiudica pertanto (...)”.

<sup>86</sup> Sentenza IR, punti 46 e 47.

<sup>87</sup> E. ELLIS, P. WATSON, *op. cit.*, p. 396, ove le Autrici definiscono l’*incipit* del secondo comma e la congiunzione “pertanto” quali “*mysterious features*” della previsione in discorso.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

<sup>89</sup> Come già illustrato, v. *supra* par. 2. In altri termini, le Chiese e le altre organizzazioni di tendenza che agiscono in conformità delle disposizioni costituzionali e legislative nazionali hanno il diritto di esigere dalle persone che sono alle loro dipendenze un atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti dell’etica dell’organizzazione a condizione che l’imposizione di un tale obbligo di lealtà non determini una discriminazione, diretta o indiretta, vietata dalla direttiva. In tal senso v. E. ELLIS, P. WATSON, *op. cit.*, p. 396, ove viene sostenuto che la previsione *de qua* non potrebbe servire a giustificare una discrimina-

Per quanto riguarda la profondità dello scrutinio operato nel rispondere all'interrogativo formulato con il secondo capo della seconda questione, si osserva quanto segue. Nel caso in esame la Corte opera un proprio apprezzamento del requisito professionale imposto in capo a JQ dall'art. 5 del GrO – ovvero sia l'adesione a un elemento specifico dell'etica della Chiesa cattolica consistente nel carattere sacro e indissolubile del matrimonio religioso –, pur riconoscendo la competenza del giudice nazionale e pronunciandosi al solo fine di fornire indicazioni per risolvere la controversia di cui è investito<sup>90</sup>. Detto requisito non sarebbe né “essenziale” né “giustificato”<sup>91</sup>. Nulla viene precisato relativamente al secondo criterio<sup>92</sup>. In relazione al carattere “essenziale”, invece, la Corte ritiene assente il nesso diretto tra la concezione del matrimonio imposta a JQ e l'attività professionale di questi<sup>93</sup>. Si tratta di una valutazione circa la necessarietà dell'obbligo di lealtà che soppesa il contenuto dello stesso<sup>94</sup> e la tipologia di attività professionali svolte<sup>95</sup>. In questo modo la Grande Sezione adotta una posizione mediana<sup>96</sup> tra, da un lato, la mera interpretazione dei

---

zione – nell'ambito di attività professionali di Chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali – basata, ad esempio, sul genere o sull'orientamento sessuale, a meno che – secondo le Autrici, che valorizzano l'obbligo di tener conto di tale elemento – la persona agisca in modo da pregiudicare l'etica dell'organizzazione. V. anche F. CASOLARI, *L'azione dell'Unione Europea contro le discriminazioni sulla base della religione: l'impatto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 475 ss., spec. p. 487. Secondo l'A., la formulazione in discorso – di non facile applicazione – sembrerebbe vietare la possibilità di ricorrere a tale deroga “per operare discriminazioni non riconducibili al fattore religioso”, come ad esempio discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale. I rilievi che precedono involgono la delicata questione della gestione di differenti motivi di uguaglianza in conflitto tra loro (“*conflicting equalities*”). Sul punto v. S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, 2011, II ed., p. 84 s., ove viene presentato l'approccio adottato dalla legislazione britannica al problema della composizione tra autonomia delle confessioni religiose e discriminazioni sulla base del genere e dell'orientamento sessuale.

<sup>90</sup> Sentenza IR, punto 56. Seguendo il percorso tracciato dall'Avvocato generale, v. conclusioni IR, punti 66-73.

<sup>91</sup> Sentenza IR, punti 58-60.

<sup>92</sup> *Ivi*, punto 60.

<sup>93</sup> *Ivi*, punto 58. Si osservi come questo elemento sia tra quelli presi in considerazione dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (“Corte EDU”) in relazione al controllo da parte delle giurisdizioni nazionali sul bilanciamento tra interessi confliggenti che vengono in rilievo nell'impiego presso Chiese ed altre organizzazioni di tendenza, v. sul punto Corte di giustizia dell'Unione europea, *Note de recherche*, cit., p. 8 s.

<sup>94</sup> Il requisito professionale, a ben vedere, ha ad oggetto la vita privata e familiare di JQ, come espressamente riconosciuto dall'Avvocato generale nelle conclusioni IR (punto 67) e come emerge dalla giurisprudenza della Corte EDU in materia, v. ad es. le sentenze del 23 settembre 2010, *Schiith c. Germania* e *Obst c. Germania*. In esse, la Corte EDU è chiamata a valutare la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare previsto dall'art. 8 della CEDU prospettata da parte di due lavoratori dell'organizzazione di tendenza licenziati, rispettivamente dalla Chiesa cattolica e dalla Chiesa mormone, a causa di una relazione extraconiugale (nel primo caso, la relazione extraconiugale è intervenuta a seguito di separazione dalla precedente consorte e ha portato alla nascita di un figlio); giungendo – sempre all'unanimità – a conclusioni contrapposte. Nonostante, come è noto, i diritti sanciti dall'art. 7 della Carta corrispondano a quelli garantiti dall'art. 8 della CEDU, la Corte di giustizia, diversamente, non opera alcun riferimento alla dimensione della vita privata e familiare di JQ, né sembravano esservi suggerimenti in questo senso nell'ordinanza di rinvio. Su questi profili v. A. BETTETINI, *Identità religiosa del datore di lavoro e licenziamento ideologico nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 329 ss.

<sup>95</sup> V. *infra* in questo paragrafo.

<sup>96</sup> Per un approccio simile si vedano la sentenza della Corte di giustizia del 18 ottobre 2017, causa C-409/16, *Kalliri*, punti 33-44 (relativa alla compatibilità con il diritto europeo della normativa greca

requisiti previsti dall'art. 4, par. 2, della direttiva 2000/78<sup>97</sup> e, dall'altro lato, il diretto scrutinio della compatibilità con il diritto dell'Unione dell'atto implicante la disparità di trattamento<sup>98</sup>. La cautela dimostrata rispetto a quest'ultima casistica giurisprudenziale può essere in parte dovuta allo stretto nesso tra gli elementi investiti dalla valutazione della Corte in sede di applicazione dell'art. 4, par. 2, della direttiva<sup>99</sup> e il diritto fondamentale all'autonomia delle Chiese e delle altre organizzazioni di tendenza. Alla luce del disposto dell'art. 17 TFUE e della dichiarazione n. 11<sup>100</sup> – che sanciscono la posizione di neutralità dell'Unione nei confronti delle confessioni religiose e filosofiche – l'ultima parola in relazione a una valutazione siffatta non sembra poter spettare alla Corte<sup>101</sup>. D'altra parte, la decisione di operare un proprio apprezzamento del requisito professionale imposto a JQ può essere connessa all'esigenza di assicurare al giudice nazionale la possibilità di svolgere un controllo giurisdizionale effettivo sull'applicazione dell'art. 4, par. 2, co. 2, a fronte del sistema di controllo giurisdizionale bifasico sui licenziamenti motivati da una violazione dell'obbligo di lealtà sviluppato dalla Corte costituzionale federale<sup>102</sup>.

Il giudizio sotteso alla disposizione in esame<sup>103</sup> è strutturalmente differente dallo schema del giudizio di eguaglianza o di non discriminazione affermatosi nella giurisprudenza della Corte<sup>104</sup> (in relazione, tra l'altro, alla direttiva

---

che subordina l'ammissione dei candidati al concorso per l'arruolamento alla scuola di polizia greca a un requisito di statura minima identico per uomini e donne) e la sentenza della Corte di giustizia del 13 aprile 2010, causa C-73/08, *Bressol e a.*, punti 64-82, spec. 64-65 (relativa alla compatibilità della normativa belga in tema di accesso all'istruzione superiore con il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità previsto dall'attuale art. 18 TFUE).

<sup>97</sup> Come ad esempio nella sentenza *Egenberger*, punto 69; nella sentenza *G4S Secure Solutions*, punti 40-43 (in relazione alla seconda parte della questione pregiudiziale relativa alla sussistenza di una discriminazione indiretta ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. b), della direttiva 2000/78 e, più in particolare, in relazione al carattere "appropriato" e "necessario" della norma interna).

<sup>98</sup> Per quanto riguarda la direttiva 2000/78, si vedano la sentenza *Boungaoui* (in relazione all'art. 4, par. 1, della direttiva); la sentenza *DI*, punto 27; la sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2011, cause riunite C-297 e 298/10, *Hennigs*; la sentenza *Kücükdeveci*, punto 43; e, già prima, la sentenza *Mangold*, punto 65 visto che, nonostante il termine di recepimento della direttiva per la Germania non fosse ancora decorso, l'analisi della compatibilità della misura nazionale con il diritto dell'Unione è svolta sulla base dell'art. 6, par. 1, direttiva 2000/78.

<sup>99</sup> Come detto, la concessione del matrimonio imposta a JQ e l'attività professionale di questi.

<sup>100</sup> Dichiarazione n. 11 sullo *status* delle chiese e delle organizzazioni non confessionali, allegata all'atto finale del Trattato di Amsterdam.

<sup>101</sup> Sull'ampio margine di apprezzamento che la Corte EDU riconosce alle giurisdizioni nazionali nel bilanciamento tra interessi confliggenti che vengono in rilievo nell'impiego presso Chiese ed altre organizzazioni di tendenza, v. Corte di giustizia dell'Unione europea, *Note de recherche*, cit., p. 118 ss. e p. 130.

<sup>102</sup> V. *supra* par. 2.

<sup>103</sup> Ai sensi del quale, si ricorda, le Chiese e le altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali hanno il "diritto [...] di esigere dalle persone che sono alle loro dipendenze un atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti dell'etica dell'organizzazione".

<sup>104</sup> Secondo la costante giurisprudenza della Corte in tema di principio di eguaglianza e di parità di trattamento, quest'ultimo consisterebbe nel divieto di "trattare situazioni analoghe in maniera differenziata e situazioni diverse in maniera uguale, a meno che un tale trattamento non sia obiettivamente giustificato dal perseguimento di una finalità legittima" (v. conclusioni *Mangold*, punto 83; sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 2001, causa C-189/01, *Jippes e a.*, punto 129; sentenza della Corte di giustizia del 21 febbraio 1990, cause riunite da C-267 a 285/88, *Wuidart*, punto 13) nel rispetto del principio di proporzionalità (v. *ex multis* sentenza della Corte di giustizia del 13 aprile 2000, causa C-292/97, *Karlsson e a.*, punti 39 e 45, e sentenza della Corte di giustizia del 12 settembre 2006, causa

2000/78<sup>105</sup>) tradizionalmente suddiviso in tre fasi<sup>106</sup>. In relazione alla disposizione in esame, diversamente, la disparità di trattamento – diretta o indiretta – tra lavoratori sembra rappresentare un presupposto per l'applicabilità della direttiva 2000/78, esterno alla struttura del giudizio sulla "necessarietà" dell'obbligo di lealtà imposto al lavoratore. La sentenza *IR*, sul punto, sembra difatti sottendere un controllo sul rispetto del principio di non discriminazione<sup>107</sup> avente carattere binario<sup>108</sup>: come anticipato, il requisito professionale in questione nel procedimento principale viene sottoposto ad un giudizio di ragionevolezza incentrato sulla rispondenza e necessità dello stesso rispetto alla natura dell'attività lavorativa e al contesto in cui essa è svolta<sup>109</sup>. Il carattere non "essenziale" del requisito

---

C-300/04, *Eman e Sevinger*). In relazione al giudizio di eguaglianza v. M.V. BENEDETTELLI, *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità europee*, Padova, 1989.

<sup>105</sup> Nel sistema della direttiva 2000/78 – e delle altre direttive adottate sulla base dell'art. 19 TFUE – una siffatta disparità di trattamento, ove non giustificata, è qualificabile come "discriminazione diretta". V. art. 2, par. 2, lett. a), secondo cui "sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga". Diversamente, sussiste una "discriminazione indiretta" – ai sensi della lett. b) dello stesso paragrafo e salvo le eccezioni ivi previste – "quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone".

<sup>106</sup> Esse consistono nella individuazione della disparità di trattamento, nella valutazione circa la comparabilità delle situazioni, e nella valutazione in ordine alla sussistenza di giustificazioni legittime e proporzionate. Tali fasi appaiono di sovente difficilmente distinguibili nell'opera giurisprudenziale e sono ricostruite in ordine differente dalla riflessione dottrinale. V. ad esempio C. FAVILLI, *Articolo 21 Non discriminazione, I. Quadro generale*, in S. ALLEGREZZA, R. MASTROIANNI, F. PAPPALARDO, O. POLLICINO, O. RAZZOLINI (a cura di), *op. cit.*, p. 412 ss. (spec. p. 420), ove l'A. individua quale prima fase l'accertamento della comparabilità delle situazioni e come seconda fase la verifica circa "l'effettivo svantaggio subito da una persona rispetto ad un'altra". La seconda e la terza fase, inoltre, sono strettamente interconnesse al punto che, in molti casi, l'individuazione del termine di comparazione (c.d. *tertium comparationis*) determina la possibilità di qualificare il trattamento differenziato come obiettivamente giustificato. L'operazione in discorso, difatti, poggia su di una valutazione, a seconda dei casi, della *ratio legis* della normativa applicabile ovvero del contesto fattuale dell'individuo destinatario del trattamento differenziato. La difficoltà nell'individuazione del termine di comparazione (c.d. "*comparator*") è annoverata tra gli aspetti problematici della concezione di eguaglianza come parità di trattamento da S. FREDMAN, *op. cit.*, p. 8 ss., spec. p. 10 ss. Nonostante questa centralità, nella giurisprudenza della Corte di giustizia il giudizio di comparabilità delle situazioni non sembra aver assunto un rilievo primario essendo in larga parte basato sulla rappresentazione del giudice nazionale e sulle prospettazioni delle parti intervenute. Innanzi al giudice nazionale, inoltre, esso sembra influenzato dal *favor laboratoris* sotteso al sistema di protezione previsto dalla direttiva 2000/78 e, più in particolare, alla ripartizione dell'*onus probandi* imposta dall'art. 10 della stessa. Se non è in discussione la centralità e utilità di previsioni siffatte in tale sede, ci si potrebbe domandare se vi sia sufficiente attenzione sulle possibili ricadute sistemiche di tali previsioni processuali in occasione di un rinvio pregiudiziale ove la Corte si pronunci, senza riesaminare il profilo del termine di comparazione, sulla compatibilità della legislazione nazionale con il diritto dell'Unione e fornisca indicazioni al giudice nazionale per la risoluzione della controversia.

<sup>107</sup> Come già ricordato, l'Avvocato generale rileva che il secondo comma dell'art. 4, par. 2, non riguarda la questione delle differenze di trattamento sulla base della religione (v. conclusioni *IR*, punti 77 e 79).

<sup>108</sup> Su questa tipologia di controllo circa il rispetto del principio di eguaglianza da parte della Corte costituzionale italiana, v. F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2007, e C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Capitolo X. Diritti e libertà*, in F. MODUGNO (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino, 2010, II ed., p. 555 ss., spec. p. 566.

<sup>109</sup> A questo riguardo, è possibile rilevare come la Corte non faccia riferimento alle attività concretamente svolte (tenendo conto delle questioni etiche nel settore della sanità che rivestono particolare importanza per la Chiesa cattolica, come proposto – in relazione all'individuazione dell'ambito di applicazione *ra-*

professionale sarebbe corroborato, secondo la Grande Sezione, dalla circostanza che “posti di responsabilità medica che comportano funzioni direttive, analoghi a quello occupato da JQ, sono stati affidati a dipendenti dell’IR che non sono di confessione cattolica e, pertanto, non sono vincolati dallo stesso requisito di atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti dell’etica dell’IR”<sup>110</sup>. Stante l’assenza di un approfondito apparato argomentativo in punto di “necessarietà”<sup>111</sup>, la presenza di altri dipendenti in una situazione paragonabile a quella di JQ, pur introdotta al fine di corroborare la conclusione su quanto precede, sembra assumere una posizione di primario rilievo. Questa sovrapposizione tra la dimensione della disparità di trattamento e l’imposizione dell’obbligo di buona fede e lealtà è diretta conseguenza della lettura congiunta del primo e del secondo comma dell’art. 4, par. 2, operata dalla Corte. Essa potrebbe indurre il giudice nazionale a valorizzare eccessivamente la presenza di altri dipendenti in una situazione paragonabile a quella di JQ a discapito di una approfondita disamina delle mansioni di questi e dell’etica di IR, richiesta dalla differente struttura del giudizio sottesa all’art. 4, par. 2, co. 2, della direttiva e alla sua normativa di trasposizione<sup>112</sup>.

7. Per quanto riguarda l’annosa questione degli effetti delle direttive che danno concreta espressione a diritti fondamentali sanciti dal diritto primario – e in particolare da principi generali del diritto dell’Unione – nei confronti degli individui<sup>113</sup>, dall’esame della sentenza emerge come la Grande Sezione, nonostante la natura c.d. orizzontale della controversia, operi uno scrutinio del diritto nazionale alla luce della sola direttiva 2000/78. Il principio generale del diritto dell’Unione assume rilevanza

---

*tionae personae* – nelle conclusioni IR, punto 47) ma a quella che può essere definita come la “tipologia di attività” (*i.e.*, consulenza e cure mediche; gestione del reparto di medicina interna) di fatto risolvendo il riferimento all’etica di IR *ex art.* 4, par. 2, a un richiamo meramente formale (*v.* sentenza IR, punto 58).

<sup>110</sup> Sentenza IR, punto 59.

<sup>111</sup> Argomentazioni invece presenti nelle conclusioni IR, punti 67-69, ove l’Avvocato generale evidenzia l’estraneità dell’oggetto del requisito imposto – concernente la vita privata e familiare di JQ – rispetto alla attività professionale prestata presso l’ospedale, dove sia i pazienti sia i colleghi dello stesso saranno ragionevolmente interessati alle qualifiche e competenze mediche di JQ e alle sue qualità di buon amministratore.

<sup>112</sup> In questa direzione sembrano indirizzarsi le osservazioni formulate da IR e dal governo polacco, intervenuti davanti alla Corte, secondo cui una tale interpretazione dell’art. 4, par. 2, obbligherebbe le organizzazioni quali IR ad assumere soltanto personale cattolico (conclusioni IR, punto 70) ovvero a esigere che tutto il personale dipendente rispetti il livello più elevato di lealtà richiesto ai dipendenti cattolici (conclusioni IR, punto 72). Mentre la prima ipotesi ricadrebbe senza dubbio all’interno dell’ambito di applicazione della direttiva 2000/78 *ex art.* 3, par. 1, lett. a) – integrando una discriminazione diretta sulla base dell’appartenenza a un credo religioso nell’accesso all’occupazione – si ritiene che, nel secondo caso, l’imposizione di specifici obblighi di lealtà ispirati dal credo o dall’etica dell’organizzazione di tendenza-parte datoriale non necessariamente rilevarebbe per il diritto dell’Unione europea. Se l’imposizione di un obbligo di lealtà quale il divieto di concludere un matrimonio invalido secondo l’interpretazione del credo e l’ordinamento della Chiesa cattolica – previsto dall’art. 5, par. 2, GrO – potrebbe rilevare ai fini della direttiva e configurare una discriminazione indiretta ai sensi dell’art. 2, par. 2, lett. b) della stessa, requisiti professionali formulati differenzialmente – ad esempio un più generale obbligo di non instaurare relazioni extraconiugali – potrebbero non ricadere nell’ambito di applicazione della direttiva 2000/78 ove non integrino una discriminazione indiretta.

<sup>113</sup> Il presente lavoro è limitato all’analisi della sentenza in commento nel contesto delle precedenti pronunce della Corte aventi ad oggetto l’interpretazione della direttiva 2000/78 in controversie c.d. orizzontali.

esclusivamente nel momento in cui – e a condizione che<sup>114</sup> – il giudice nazionale, competente per tale apprezzamento, rilevi l'impossibilità di procedere a un'interpretazione del diritto nazionale conforme alla direttiva 2000/78<sup>115</sup>. In questo modo, le direttive producono, anche in controversie c.d. orizzontali, determinati effetti giuridici distinti dall'effetto diretto<sup>116</sup>. In altre parole, il ragionamento della Corte sottende una struttura bifasica<sup>117</sup> nell'ambito della quale il parametro normativo<sup>118</sup> sulla base del quale il giudice nazionale dovrà valutare la compatibilità del diritto nazionale con il diritto dell'Unione è rappresentato dalla direttiva, come interpretata dalla Corte<sup>119</sup>, e non già dal principio generale del diritto dell'Unione in sé considerato o dall'art. 21 della Carta. In controversie aventi natura orizzontale, il principio generale del diritto dell'Unione – al quale la direttiva dà concreta espressione – viene in rilievo soltanto

<sup>114</sup> In relazione alla pronuncia della Corte nel caso *Egenberger* questo profilo è rilevato da E. FRANTZIOU, *Mangold Recast? The ECJ's Flirtation with Drittwirkung in Egenberger*, in *European Law Blog*. Quanto precede emergeva già chiaramente nella sentenza *DI*, punto 37.

<sup>115</sup> L'obbligo in capo al giudice nazionale di esperire preventivamente il tentativo di interpretazione conforme rappresenta una forma di manifestazione del principio del primato, del principio dell'effetto utile del diritto dell'Unione e del principio di leale collaborazione. In relazione al primo profilo v. sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397 a 403/01, *Pfeiffer*, punto 114, sentenza *Kücükdeveci*, punto 47, e sentenza della Corte giustizia del 10 aprile 1984, causa 14/83, *von Colson*, punto 26 e, in dottrina, A. ARENA, *The Twin Doctrine of Primacy and Pre-Emption*, in R. SCHÜTZE, T. TRIDIMAS (eds.), *Oxford Principles of European Union Law*, I, Oxford, 2018, p. 300 ss., spec. p. 306. Per quanto riguarda la finalità di assicurare la piena efficacia delle direttive non – correttamente o completamente – attuate negli ordinamenti degli Stati membri, v. *ex multis* sentenza *Pfeiffer*, punto 118; sentenza della Corte di giustizia del 14 ottobre 2010, causa C-243/09, *Fuß*, punto 51; sentenza *Kücükdeveci*, punti 45 e 48. Deve inoltre rammentarsi come l'obbligo in discorso vincoli tutte le autorità degli Stati membri, comprese, nell'ambito delle loro competenze, quelle giurisdizionali (sentenza *DI*, punto 31). Più nel dettaglio, questi ultimi, nei limiti del divieto di interpretazione *contra legem*, "nell'applicare il diritto interno (...) sono tenuti a prendere in considerazione l'insieme delle norme di tale diritto e ad applicare i criteri ermeneutici riconosciuti dallo stesso al fine di interpretarlo per quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva di cui trattasi, onde conseguire il risultato fissato da quest'ultima e conformarsi pertanto all'articolo 288, terzo comma, TFUE" (sentenza *DI*, punto 32; sentenza della Corte di giustizia del 12 febbraio 2004, causa C-218/01, *Henkel*, punto 60). Quanto precede comprende, se del caso, l'obbligo di modificare una giurisprudenza nazionale consolidata basata su una interpretazione incompatibile con gli scopi della direttiva (sentenza *IR*, punti 63-65, che rimandano alla sentenza *Egenberger*, punti 71-73, che, a loro volta, rinviano alle più ampie considerazioni della Corte svolte nella sentenza *DI*, punti 24-39).

<sup>116</sup> La distinzione tra "effetto giuridico" ed "effetto diretto" è sinteticamente ma compiutamente delineata da F. MARTUCCI, *op. cit.*, p. 493 ss., spec. p. 494 ss. In relazione all'obbligo di interpretazione conforme si è parlato di "effetto orizzontale indiretto delle direttive" (G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, VII ed., p. 184) e di "efficacia indiretta (...) capace di ovviare a situazioni di apparente (ma non inevitabile) conflitto tra norme interne e norme dell'Unione" e manifestante il valore cogente – del diritto dell'Unione, anche non direttamente efficace – rispetto alle norme interne (C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Unione Europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015, p. 249).

<sup>117</sup> La Corte segue il medesimo *modus operandi* in controversie nelle quali è applicabile la Carta, ove emerge chiaramente come siano le disposizioni della direttiva 2000/78 a "ostare" a una differenza di trattamento quale quella prevista dalla normativa nazionale. V. in tal senso sentenza *Egenberger*, punto 70 e sentenza *Cresco Investigation*, punto 71.

<sup>118</sup> V. K. LENAERTS, J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *The Constitutional Allocation of Powers*, cit., p. 1629 ss., spec. p. 1647 (ove gli Autori utilizzano l'espressione in lingua inglese "*normative yardstick*"), in relazione alla posizione sostenuta nelle conclusioni dell'Avvocato generale Bot in *Kücükdeveci*, punto 34.

<sup>119</sup> Nella sentenza *IR*, punti 58-60, difatti, la Grande Sezione esamina – con il fine di fornire informazioni utili al giudice nazionale – il requisito professionale imposto in capo a JQ esclusivamente sulla base dei tre requisiti previsti dall'art. 4, par. 2, co. 1, della direttiva.

in un secondo momento, ossia nel momento in cui la Corte è chiamata a valutare le conseguenze – in termini di effetti giuridici – della inconciliabilità tra la normativa nazionale e il diritto dell’Unione<sup>120</sup>. Adottata nelle recenti pronunce alle quali risulta applicabile *ratione temporis* l’art. 21 della Carta<sup>121</sup>, a ben vedere, la struttura bifasica in discorso caratterizza l’esame svolto dalla Corte sin dalla sentenza *Mangold*<sup>122</sup>. Senza pregiudicare il costante insegnamento della Corte in punto di assenza di effetti diretti nei rapporti orizzontali delle disposizioni delle direttive non recepite o trasposte in maniera tardiva, inadeguata o erronea<sup>123</sup>, né il “rango costituzionale”<sup>124</sup> dei principi generali del diritto dell’Unione e la competenza interpretativa della Corte in ordine alla determinazione degli effetti – diretti ed autonomi – esplicitati da tali principi nei confronti dei soggetti dell’ordinamento dell’UE<sup>125</sup>, l’utilizzo di questa struttura bifasica sembra aver contribuito ad arginare<sup>126</sup> una pericolosa commistione tra diritto primario e secondario dell’Unione<sup>127</sup>.

<sup>120</sup> Ciò sembra confermato, da ultimo, dalla recente sentenza *Cresco Investigation*; ove risulta chiaramente come derivi dalla natura di principio generale (del divieto di discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali) l’onere imposto alla parte datoriale consistente nella “concessione [– finché non siano adottate misure volte a ripristinare la parità di trattamento –] alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della categoria privilegiata” (sentenza *Cresco Investigation*, punto 72 ss., spec. punto 79).

<sup>121</sup> V. sentenza *DI*, punto 26, e sentenza *Egenberger*, punti 60-69.

<sup>122</sup> Sentenza *Mangold*, punti 55-65. Nonostante il termine di trasposizione della direttiva 2000/78 per la Germania non fosse ancora scaduto, la misura nazionale viene scrutinata sulla base dell’art. 6, par. 1, della predetta direttiva. Quanto precede non sembra contraddetto dalla statuizione contenuta al punto 27 della sentenza *Küçükdeveci* dato che, nonostante la formula delfica quivi utilizzata, è chiaro che, anche in tale caso, sia la direttiva 2000/78 a giocare il ruolo da protagonista nell’analisi della conformità della normativa nazionale al diritto dell’Unione (v. sentenza *Küçükdeveci*, punti 24-43). In questo senso v. conclusioni *Cresco Investigation*, punti 117-130, e conclusioni dell’Avvocato generale Trstenjak del 8 settembre 2011, causa C-282/10, *Dominguez*, punto 158.

<sup>123</sup> Secondo il quale “una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e (...) una disposizione d’una direttiva non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei confronti dello stesso”, v. *ex multis* sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall*, punto 48; sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, punto 20; e, ancora, sentenze *Pfeiffer*, punto 108, e *Küçükdeveci*, punto 46. È stato recentemente sottolineato come questo “crampo mentale” abbia spinto la Corte a riconoscere efficacia diretta “a portati normativi, quali i principi generali, che geneticamente sono caratterizzati da maglie assai più larghe di quelle che contraddistinguono la portata semantica significative delle disposizioni delle direttive” (così O. POLLICINO, *L’efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta – La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in *MediaLaws - Rivista di diritto dei media*, 2018, p. 138 ss., spec. p. 147).

<sup>124</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 15 ottobre 2009, causa C-101/08, *Audiolux e a.*, punto 63.

<sup>125</sup> Espressione, questa, dell’autonomia dell’ordinamento giuridico dell’Unione, v. in questo senso K. LENAERTS, *The Autonomy of European Union Law*, in *ASDUE Post*, I, 2019, p. 7 e C. VAJDA, *Achmea and the Autonomy of the EU Legal Order*, in *LAWTTIP Working Papers*, 2019, n. 1, p. 10 (che definisce questo aspetto “*jurisdictional autonomy*”).

<sup>126</sup> Posizione sostenuta da K. LENAERTS, J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *The Constitutional Allocation of Powers*, cit., p. 1649, secondo cui – rispondendo alle preoccupazioni riportate nella nota seguente – il *modus operandi* descritto avrebbe permesso di salvaguardare le prerogative del legislatore dell’Unione e la ripartizione di poteri tra l’Unione e gli Stati membri. Peraltro, l’utilizzo delle disposizioni della direttiva quale parametro normativo ai fini della valutazione della compatibilità tra il diritto nazionale e il diritto dell’Unione era già stato prospettato anche dall’Avvocato generale Bot nelle conclusioni *Küçükdeveci*, punto 34.

<sup>127</sup> Una siffatta commistione tra diritti fondamentali tutelati – allora – in quanto principi generali del diritto dell’Unione e direttive è stata rilevata e criticata in quanto idonea a privare del proprio effetto

8. I principali elementi di interesse della sentenza *IR*, qui sopra analizzati, sono due. In primo luogo, il rilievo espressamente attribuito alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ai fini del riconoscimento al divieto di discriminazione sulla base della religione o delle opinioni personali della natura di principio generale del diritto dell'Unione anche in relazione al periodo temporale antecedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. In secondo luogo, le peculiarità caratterizzanti l'art. 4, par. 2, co. 2, della direttiva, ossia il suo ambito di applicazione *ratione personae* e la tipologia del giudizio di eguaglianza a carattere binario ad esso sotteso. In relazione al secondo profilo, la prima pronuncia della Corte sull'interpretazione dell'art. 4, par. 2, co. 2, sembra, da un lato, adottare uno schema interpretativo idoneo ad ampliare considerevolmente l'ambito di applicazione soggettivo della disposizione. Allo stesso tempo e dall'altro lato, è possibile riscontrare la – non sorprendente – preoccupazione della Corte di massimizzare l'effetto utile della direttiva e il perseguimento dell'obiettivo della stessa, mediante la precisazione circa l'obbligo di controllo giurisdizionale effettivo<sup>128</sup> e la lettura congiunta fornita dei due commi dell'art. 4, par. 2, della direttiva 2000/78. La sentenza in commento lascia tuttavia aperti alcuni interrogativi di non secondaria importanza, con i quali sarà tenuto a confrontarsi il giudice nazionale. Tra questi è possibile menzionare la individuazione degli elementi da prendere in considerazione al fine di poter presumere un soggetto di diritto privato nella disposizione derogatoria di cui all'art. 4, par. 2, co. 2; il rilievo da attribuire all'etica dell'organizzazione, di cui il primo comma impone di tenere conto nella valutazione circa il carattere “essenziale” del requisito professionale; e, infine, il ruolo – ridimensionato nella sentenza *IR* – giocato dalle disposizioni e dai principi costituzionali degli Stati membri, di cui risulta altresì necessario tenere conto nella valutazione sulla conformità della differenza di trattamento con i requisiti previsti dall'art. 4, par. 2, co. 1.

Per quanto riguarda la interazione, in controversie aventi natura c.d. orizzontale, tra direttive che danno espressione concreta a principi generali del diritto dell'Unione e questi ultimi – ed in particolare tra direttiva 2000/78 e principio di parità di trattamento come espresso dai divieti di discriminazione, sanciti nel diritto primario, di volta in volta in questione<sup>129</sup> –, la sentenza in commento, adottando la struttura bifasica sopra descritta, si pone su di una linea di continuità rispetto alle precedenti pronunce della Corte. In relazione alle modalità e alle criticità di questa interazione tra fonte di diritto derivato e diritto primario i profili di attenzione sono numerosi e meritano una più approfondita disamina – che si pone al di là del presente commento

---

utile le disposizioni dei trattati in merito alla distinzione tra atti giuridici dell'Unione e a pregiudicare il principio di certezza del diritto e la ripartizione di competenze tra Stati membri e Unione. V. in questo senso le conclusioni *Palacios de la Villa*, punti 137-138, le conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer del 24 gennaio 2008, cause riunite C-55 e 56/07, *Michaeler e Subito*, punti 14-25, e le conclusioni *Dominguez*, punti 154-168, nonché, in dottrina, S. PRECHAL, *Competence Creep and General Principles of Law*, in *Review of European Administrative Law*, 2010, p. 5 ss., spec. p. 16.

<sup>128</sup> Che, come anticipato, pur non esplicitamente in rilievo nelle domande pregiudiziali formulate dal giudice nazionale nel caso in esame, può essere considerato la “chiave di volta” del sistema di bilanciamento tra autonomia delle Chiese e altri diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento dell'Unione. Sul controllo giurisdizionale da parte delle giurisdizioni nazionali sul bilanciamento tra interessi confliggenti che vengono in rilievo nell'impiego presso Chiese ed altre organizzazioni di tendenza, v. ancora Corte di giustizia dell'Unione europea, *Note de recherche*, cit.

<sup>129</sup> Sul rapporto tra i due v. la sentenza della Corte di giustizia del 22 maggio 2014, causa C-356/12, *Glatzel*, punto 43 ss.

– che tenga conto delle recenti pronunce della Corte in relazione all’art. 31, par. 2, della Carta<sup>130</sup>. A tale riguardo, possono essere qui menzionate, per la loro attualità, in primo luogo, la questione dell’ambito di interazione tra le due fonti nonché tra queste e l’ordinamento nazionale e/o la condotta della parte datoriale<sup>131</sup> e, in secondo luogo, quella circa le condizioni in conformità alle quali un diritto fondamentale, sancito nel diritto primario e concretizzato nel diritto derivato (e in particolare in una direttiva), può influire sulle situazioni giuridiche soggettive degli individui<sup>132</sup>.

## Abstract

### The Principle of Non-discrimination on the Basis of Religion or Belief in Horizontal Disputes: The *IR* Case

The essay examines the first ECJ’s ruling on Article 4 (2) (2) of Directive 2000/78, which implements, *inter alia*, the general principle of EU law relating to the prohibition of discrimination on the basis of religion and personal beliefs, with specific regard to the interplay between primary and secondary law, as well as their effects in horizontal disputes. The comment focuses on two major issues. First, the personal scope of application of Article 4 (2) (2) and its specific features *vis-à-vis* the judicial review developed by the ECJ in equal treatment cases. Second, the normative yardstick used by the ECJ in evaluating the compatibility of national provisions with EU law and the interplay between the latter and the general principle of EU prohibiting discrimination on the basis of religion or belief. The most significant open legal issues are briefly mentioned in the concluding remarks.

<sup>130</sup> Mi riferisco alle sentenze della Corte di giustizia del 6 novembre 2018, cause riunite C-569 e 570/16, *Bauer*; del 6 novembre 2018, causa C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*; del 13 dicembre 2018, causa C-385/17, *Hein*; del 14 maggio 2019, causa C-55/18, *CCOO*; del 19 novembre 2019, cause riunite C-609 e 610/17, *TSN*.

<sup>131</sup> Questione che, oltre a venire in rilievo nelle sentenze richiamate nella nota precedente, risulta di primaria importanza, tra l’altro, nelle conclusioni dell’Avvocato generale Bot del 4 giugno 2019 nella causa *TSN* e nella causa, ad oggi pendente, avente ad oggetto l’impugnazione proposta il 14 febbraio 2019 dalla Commissione europea avverso la sentenza del Tribunale, *Carreras Sequeros e a. c. Commissione*, causa C-119/19 P. In dottrina v. sul punto L.S. Rossi, *The Relationship between the EU Charter of Fundamental Rights and Directives in Horizontal Situations*, in *EU Law Analysis*, 25 febbraio 2019, reperibile online.

<sup>132</sup> In relazione a questo profilo, strettamente connesso alla perimetrazione dei principi strutturali del primato del diritto dell’Unione e degli effetti diretti, v. le considerazioni svolte nelle conclusioni *Cresco Investigation* (spec. punti 114-197) e nella sentenza *Popławski* (spec. punti 63-68).

Francesco Lucianò\*

# Riflessioni sull'efficacia delle sentenze interpretative della CGUE, a margine della sentenza sull'imponibilità IVA delle lezioni di guida

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La sentenza della Corte di giustizia sull'imponibilità ai fini IVA delle lezioni di guida. – 3. Il “seguito” italiano alla sentenza della Corte. – 4. Gli effetti delle sentenze interpretative della Corte di giustizia: un inquadramento generale. – 5. La mancata limitazione degli effetti temporali della sentenza e l'efficacia di quest'ultima nell'ordinamento italiano. – 6. L'intervento del legislatore italiano e gli sviluppi più recenti sulla vicenda.

1. Il 14 marzo 2019, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha reso una sentenza (causa C-449/17) in materia di imponibilità ai fini IVA delle lezioni teoriche e pratiche per il conseguimento delle patenti di guida. In tale sentenza, la Corte ha stabilito che le lezioni teoriche e pratiche per il conseguimento delle patenti di guida non rientrano nella nozione di “insegnamento scolastico o universitario”, e pertanto non possono considerarsi esenti ai fini IVA ai sensi dell'art. 132, par. 1, lettere i) e j), della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto (IVA).

In Italia le lezioni impartite dalle scuole guida sono state sempre considerate esenti ai fini IVA. Tuttavia, nel settembre 2019, l'Agenzia delle entrate italiana ha dato seguito alla citata sentenza con una risoluzione, nella quale ha stabilito sia l'imponibilità ai fini IVA (all'aliquota ordinaria del 22%) delle lezioni, sia la pretesa ad esigere l'IVA sulle operazioni effettuate e registrate in annualità ancora accertabili. Questa seconda affermazione discende dall'efficacia *ex tunc* riconosciuta dall'Agenzia alla sentenza della Corte medesima, in assenza di diversa statuizione nel medesimo dispositivo.

Orbene: la sentenza richiamata riporta all'attenzione il tema degli effetti temporali delle sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia. Ciò pone alcuni problemi nel rapporto con gli ordinamenti interni, specie quando l'eventuale esecuzione della sentenza da parte di uno Stato membro si pone astrattamente in

\* Dottorando in Diritto pubblico, internazionale ed europeo dell'Università degli studi di Milano.

contrasto con specifici principi sanciti nell'ordinamento del medesimo Stato. Il caso di specie, come si avrà modo di vedere, rientra proprio in questa ipotesi, ed è interessante per analizzare la questione dell'efficacia – nel tempo e nello spazio – delle sentenze interpretative della Corte di giustizia, nel caso di (potenziale) conflitto con l'ordinamento interno di uno Stato membro.

2. Vale la pena di ricostruire brevemente la vicenda, che nasce da una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta – ex art. 267 TFUE – dalla Corte tributaria federale tedesca (*Bundesfinanzhof*) nel marzo del 2017, nell'ambito di una controversia sorta tra una società (A & G) che gestisce una scuola guida e l'ufficio delle imposte (*Finanzamt*) di Wolfenbüttel, Germania.

Nell'esercizio fiscale 2010, la scuola guida in questione aveva assoggettato all'IVA le operazioni svolte nell'ambito della sua attività e, nel dicembre 2014, aveva richiesto al predetto ufficio delle imposte l'esenzione dall'imposta sul valore aggiunto di talune prestazioni attinenti a lezioni di guida automobilistica impartite per il conseguimento delle patenti di guida per i veicoli delle categorie B e C<sup>1</sup>. Dinanzi al rifiuto opposto dall'ufficio delle imposte di Wolfenbüttel a tale richiesta, la scuola guida ha proposto ricorso al Tribunale tributario tedesco (*Finanzgericht*), invocando il beneficio dell'esenzione di cui all'art. 132, par. 1, lettere i) e j), della direttiva 2006/112/CE (d'ora in poi, per comodità, "direttiva IVA").

La citata disposizione della direttiva IVA<sup>2</sup> prevede che gli Stati membri esentino dall'imposta sul valore aggiunto le operazioni rientranti nella nozione di "insegnamento scolastico o universitario"<sup>3</sup>: secondo la lettura della scuola guida (A & G), invero, in tale nozione rientrerebbero le lezioni pratiche di guida da essa impartite per il conseguimento della patente. Tale interpretazione, tuttavia, non ha incontrato il favore del Tribunale tributario (*Finanzgericht*), che ha rigettato le pretese della scuola guida, sostenendo che "l'insegnamento pratico della guida non rappresenta-

<sup>1</sup> Trattasi, rispettivamente, della patente "ordinaria" per la guida degli autoveicoli e di quella per la guida degli autoveicoli con massa compresa tra le 3,5 e le 7,5 tonnellate, in entrambi i casi destinati al trasporto di persone, nel numero massimo di 8 passeggeri, oltre al conducente: così ai sensi dell'art. 4, par. 4, della direttiva 2006/126/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, concernente la patente di guida. Nel nostro ordinamento la disposizione è riprodotta all'art. 116, co. 3, del codice della strada di cui al d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285.

<sup>2</sup> Recepita, nell'ordinamento tedesco, dall'art. 4, p. 21, della legge tedesca relativa all'imposta sul fatturato (*Umsatzsteuergesetz*). Ai sensi di quest'ultima, sono esenti ai fini IVA: "a) le prestazioni aventi direttamente scopi didattici e educativi, fornite da scuole private e da altri enti di formazione generale o professionale", qualora essi siano riconosciuti come parificati dalla Costituzione o siano autorizzati dalla legislazione del Land, oppure qualora l'autorità competente del Land attesti che essi preparano regolarmente ad una professione o ad un esame da sostenere dinanzi a una persona giuridica di diritto pubblico; "b) le lezioni di insegnanti privati aventi direttamente scopi didattici e educativi", presso istituti universitari e in scuole pubbliche di formazione generale o professionale, o presso scuole private e altri istituti di formazione generale o professionale.

<sup>3</sup> In particolare, l'art. 132, par. 1, lett. i), della direttiva 2006/112/CE, fa riferimento a: "l'educazione dell'infanzia o della gioventù, l'insegnamento scolastico o universitario, la formazione o la riqualificazione professionale, nonché le prestazioni di servizi e le cessioni di beni con essi strettamente connesse, effettuate da enti di diritto pubblico aventi lo stesso scopo o da altri organismi riconosciuti dallo Stato membro interessato come aventi finalità simili"; mentre la lett. j) del medesimo paragrafo dell'art. 132, fa riferimento a: "lezioni impartite da insegnanti a titolo personale e relative all'insegnamento scolastico o universitario".

rebbe una componente necessaria né auspicata<sup>4</sup> dell'educazione stradale. Avverso tale pronuncia, la scuola guida ha proposto ricorso alla Corte tributaria federale (*Bundesfinanzhof*), richiamando la *ratio* della legislazione tedesca in materia di apprendimento della guida automobilistica nell'ambito di una scuola guida, che asseritamente consisterebbe nel “formare utenti della strada responsabili”<sup>5</sup>.

La Corte tributaria federale (*Bundesfinanzhof*) non ha ritenuto rientranti nel regime di esenzione le prestazioni proposte dalla scuola guida ricorrente, perché non soddisfacenti le condizioni stabilite dalla legge tedesca relativa all'imposta sul fatturato. Quest'ultima, infatti, riconosce l'esenzione alle “prestazioni aventi direttamente scopi didattici e educativi, fornite da scuole private e da altri enti di formazione generale o professionale” e alle “lezioni di insegnanti privati aventi direttamente scopi didattici e educativi”<sup>6</sup>. Per converso, la Corte tributaria federale non ha escluso la possibilità che la A & G potesse invocare il beneficio di cui alla direttiva IVA, essendo – da un lato – “propens[a] a ritenere che l'attività della ricorrente rientri nella nozione di ‘insegnamento scolastico o universitario’”<sup>7</sup>, – dall'altro – incerta circa la possibilità che la stessa scuola guida potesse essere considerata “organismo riconosciuto come avente finalità simili” agli enti di diritto pubblico e che le sue attività potessero essere considerate come lezioni impartite da insegnanti a titolo personale e relative all'insegnamento scolastico o universitario, come prescritto rispettivamente dalle lettere i) e j) dell'art. 132, par. 1, della direttiva IVA<sup>8</sup>.

Dalle predette incertezze è nata la (principale)<sup>9</sup> questione pregiudiziale relativa all'interpretazione da dare alla nozione di “insegnamento scolastico o universitario” di cui all'art. 132, par. 1, lettere i) e j), della direttiva IVA, nel senso se in seno ad essa possano ricomprendersi le lezioni di scuola guida per l'ottenimento della patente di guida per le categorie B e C1. A parere della Corte di Lussemburgo, le lezioni di scuola guida di cui in oggetto non rientrerebbero nella nozione di “insegnamento scolastico o universitario”, e questo per il ragionamento che segue.

Le esenzioni previste dalla direttiva IVA sono dirette a favorire alcune attività di interesse pubblico, “elencate e descritte in modo molto particolareggiato”, e pertanto – per il loro carattere derogatorio – devono essere interpretate restrittivamente, senza che ciò implichi un loro depotenziamento<sup>10</sup>. Atteso che la direttiva IVA nulla dice sulla definizione della nozione di “insegnamento scolastico o universitario”, quest'ultima implica “la trasmissione di conoscenze e di competenze tra un docente

<sup>4</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 14 marzo 2019, causa C-449/2017, *A & G Fahrschul-Akademie*, punto 9.

<sup>5</sup> *Ivi*, punto 10. Il riferimento è al regolamento tedesco sull'ammissione delle persone alla circolazione stradale (*Verordnung über die Zulassung von Personen zum Straßenverkehr*).

<sup>6</sup> Art. 4, p. 21, della legge tedesca relativa all'imposta sul fatturato (*Umsatzsteuergesetz*).

<sup>7</sup> Sentenza *A & G Fahrschul-Akademie*, punti 12-13.

<sup>8</sup> *Ivi*, punto 14.

<sup>9</sup> Subordinatamente, invero, il rimettente ha sottoposto alla Corte di giustizia altre tre questioni pregiudiziali: una relativa alla possibilità che la scuola guida ricorrente possa essere riconosciuta come “organismo avente finalità simili” in forza di specifiche disposizioni della legislazione tedesca in materia di lezioni di guida; un'altra relativa al fatto se la nozione di “insegnante a titolo personale” presupponga o meno che il soggetto passivo sia un imprenditore individuale; un'altra ancora relativa all'eventuale necessità che la citata nozione di “insegnante a titolo personale” implichi ulteriori requisiti (*ivi*, punto 15).

<sup>10</sup> *Ivi*, punti 17 e 19, ove è richiamato quanto statuito nella sentenza della Corte di giustizia del 25 febbraio 2016, causa C-22/15, *Commissione c. Paesi Bassi*, punti 22-23, e poi ribadito nella sentenza della Corte di giustizia del 4 maggio 2017, causa C-699/15, *Brockenhurst College*, punti 19 e 23.

e gli studenti”, quale suo elemento caratterizzante. Ciò non implica, tuttavia, che tale nozione vada interpretata in modo rigido o dogmatico, dal momento che essa può comprendere anche “altre attività in cui l’istruzione viene fornita (...) per sviluppare le conoscenze e le attitudini degli allievi o degli studenti”<sup>11</sup>, ivi comprese attività a carattere puramente ricreativo, “a condizione che l’istruzione sia impartita nell’ambito delle scuole o delle università”<sup>12</sup>. L’elasticità di tale nozione, secondo la Corte, trova il suo fondamento nell’intenzione del legislatore europeo di riferirsi “ad un determinato tipo di sistema di insegnamento, che è comune a tutti gli Stati membri, indipendentemente dalle caratteristiche specifiche di ogni sistema nazionale”<sup>13</sup>.

Secondo la Corte, dunque, per stabilire se l’insegnamento della guida automobilistica impartito da una scuola guida non rientra nella nozione di “insegnamento scolastico o universitario”, occorre verificare se esso costituisca un “sistema integrato di trasmissione di conoscenze e di competenze aventi ad oggetto un insieme ampio e diversificato di materie”<sup>14</sup>. L’esito della verifica condotta dai giudici europei, utilizzando quanto dianzi richiamato come criterio discrezionale, è negativo, dal momento che l’insegnamento della guida automobilistica impartito da una scuola guida è “un insegnamento specialistico che non equivale, di per se stesso, alla trasmissione di conoscenze e di competenze aventi ad oggetto un insieme ampio e diversificato di materie, nonché al loro approfondimento e al loro sviluppo, caratterizzanti l’insegnamento scolastico o universitario”<sup>15</sup>. Da qui la conclusione che le lezioni di guida non possono fruire del regime di esenzione ai fini IVA, dovendosi considerare come prestazioni imponibili con l’applicazione dell’aliquota ordinaria.

**3.** All’indomani della sentenza di cui si è detto fin qui, diversi contribuenti italiani hanno presentato numerose istanze di interpello<sup>16</sup> all’Agenzia delle entrate per ottenere maggiori delucidazioni circa il regime IVA da applicarsi alle prestazioni didattiche finalizzate al conseguimento delle patenti di guida. Le richieste di chiarimento nascevano dal fatto che, fino alla nuova indicazione fornita dalla medesima Agenzia delle entrate di cui si dirà di seguito, tali prestazioni erano ritenute esenti da imposta sul valore aggiunto, per effetto di quanto disposto dall’art. 10, n. 20, del d.P.R. 26 gennaio 1972, n. 633<sup>17</sup>, e dei chiarimenti resi nel corso del tempo dalla

<sup>11</sup> Così la Corte richiamando la sua sentenza del 28 gennaio 2010, C-473/08, *Eulitz*, punto 29.

<sup>12</sup> Sentenza *A & G Fahrschul-Akademie*, punti 21-23. Non a caso la Corte – richiamando la sua sentenza del 14 giugno 2007, causa C-434/05, *Horizon College*, punto 20 – specifica in astratto che tali attività “si distinguono tanto per la loro specifica natura, quanto per il contesto in cui sono esercitate”.

<sup>13</sup> Sentenza *A & G Fahrschul-Akademie*, punto 25.

<sup>14</sup> *Ivi*, punto 26.

<sup>15</sup> *Ivi*, punto 29.

<sup>16</sup> Ovverosia “il diritto di interpellare l’Agenzia delle entrate per ottenere un parere, in relazione ad una fattispecie concreta e personale”, espressamente previsto e disciplinato dall’art. 11 della l. 27 luglio 2000, n. 212 (c.d. statuto del contribuente): sul punto v. F. TESAURO, *Compendio di diritto tributario*, I, Torino, 2017, XIII ed., p. 174 ss.

<sup>17</sup> Ai sensi del quale sono esenti da imposta “le prestazioni educative dell’infanzia e della gioventù e quelle didattiche di ogni genere, anche per la formazione, l’aggiornamento, la riqualificazione e riconversione professionale, rese da istituti o scuole riconosciuti da pubbliche amministrazioni e da enti del Terzo settore di natura non commerciale, comprese le prestazioni relative all’alloggio, al vitto e alla fornitura di libri e materiali didattici, ancorché fornite da istituzioni, collegi o pensioni annessi, dipendenti o funzionalmente collegati, nonché le lezioni relative a materie scolastiche e universitarie impartite da insegnanti a titolo personale”.

stessa Agenzia<sup>18</sup>, su cui – vale la pena di segnalarlo – i contribuenti hanno fatto legittimo affidamento.

Per rispondere alle istanze avanzate dai contribuenti, nel settembre 2019, l'Agenzia delle entrate – dopo aver ripreso i punti salienti delle argomentazioni addotte dalla Corte di giustizia dell'Unione – con propria risoluzione<sup>19</sup> ha modificato integralmente il suo consolidato orientamento, ritenendo le prestazioni didattiche rese dalle scuola guida per il conseguimento delle patenti come imponibili ai fini dell'IVA. Ma non è tutto, e qui viene in parola il punto nodale di tutta la vicenda. L'Agenzia, rilevando la “valenza interpretativa della sentenza in commento”<sup>20</sup>, ha riconosciuto efficacia *ex tunc* alla stessa, e pertanto ha stabilito che il regime di imponibilità debba valere tanto sulle prestazioni rese dopo la pubblicazione della risoluzione stessa, quanto su quelle antecedenti, purché effettuate e registrate in annualità ancora accertabili ai fini IVA. Detto altrimenti, seguendo l'indicazione dell'Agenzia delle entrate, le scuole guida dovrebbero versare all'Erario l'IVA dovuta sulle prestazioni rese successivamente all'adozione della risoluzione da parte dell'Agenzia, e su quelle rese nei cinque anni precedenti<sup>21</sup>, emettendo apposita nota di variazione in aumento<sup>22</sup>. A rendere ancor più restrittiva e penalizzante per il contribuente (italiano) l'interpretazione adottata dalla Agenzia delle entrate nella risoluzione vi è il riferimento, in forma generica, alla “attività esercitata dall'Istante, avente ad oggetto lo svolgimento di corsi teorici e pratici necessari al rilascio delle patenti di guida”, laddove il dispositivo della Corte di Lussemburgo fa esplicito riferimento alle lezioni di scuola guida impartite per l'ottenimento delle patenti di guida per i (soli) veicoli delle categorie B e C1.

Le implicazioni pratiche derivanti dall'adozione, da parte dell'Agenzia delle entrate, della risoluzione di cui si è detto sono pressoché evidenti. Basti pensare ad una qualunque scuola guida italiana, che da un momento all'altro si vede richiesta l'imposta sul valore aggiunto, ad aliquota ordinaria, su tutte le lezioni di scuola guida erogate negli ultimi cinque anni, vendute e fatturate ad un dato prezzo al netto d'IVA perché non dovuta, legittimamente affidandosi all'esenzione prevista dalla legge e confermata dall'amministrazione fiscale: l'aggravio economico per una qualunque scuola guida è lampante e, ragionando in un'ottica di giustizia ed equità, appare quanto meno sproporzionato.

Tali implicazioni pratiche fanno emergere i due profili di interesse della vicenda fin qui descritta. Il primo di essi riguarda l'efficacia retroattiva delle statuizioni della Corte di giustizia; il secondo riguarda, invece, l'efficacia *ut sic* delle medesime nell'ordinamento italiano. Come si avrà modo di vedere questi due profili sono tra loro inevitabilmente interrelati, e scaturiscono da scelte operate – rispettivamente e nel caso di specie – a livello europeo (Corte di giustizia) e a livello italiano (Agenzia delle entrate).

<sup>18</sup> Risoluzioni n. 83/E-III-7-65258 del 1998 e n. 134/E del 2005.

<sup>19</sup> Risoluzione n. 79/E del 2 settembre 2019 dell'Agenzia delle entrate – Divisione Contribuenti – Direzione Centrale Piccole e Medie Imprese.

<sup>20</sup> *Ivi*, p. 4.

<sup>21</sup> Ai sensi dell'art. 57, co. 1, del d.P.R. 633/1972, “gli avvisi relativi alle rettifiche e agli accertamenti (...) devono essere notificati, a pena di decadenza, entro il 31 dicembre del *quinto anno successivo* a quello in cui è stata presentata la dichiarazione” (corsivo aggiunto).

<sup>22</sup> Ai sensi dell'art. 26, co. 1, del d.P.R. 633/1972.

4. L'analisi dei due profili di interesse testé menzionati presuppone, in via preliminare, una trattazione di ordine generale circa gli effetti, ampiamente intesi, delle sentenze interpretative rese dalla Corte di giustizia ad esito di un rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*.

Nell'attribuire efficacia retroattiva a quanto sancito dalla Corte di giustizia, l'Agenzia delle entrate italiana, come si è già detto, ha richiamato la "valenza interpretativa della sentenza in commento"<sup>23</sup>. Nei Trattati, invero, non vi è alcuna esplicita disposizione che deponga in tal senso. In relazione alla propria competenza pregiudiziale di validità, la Corte è invero parsa applicare in via analogica l'art. 264 TFUE<sup>24</sup>, per affermare tanto l'efficacia *ex tunc* delle sentenze rese in tale contesto<sup>25</sup>, quanto la propria capacità di limitarne gli effetti nel tempo<sup>26</sup>. Ma la stessa Corte, come si vedrà in dettaglio fra poco, è stata molto più timida nel procedere ad una identica applicazione analogica dell'art. 264 TFUE nel contesto della propria competenza pregiudiziale interpretativa.

Quanto all'ampiezza degli effetti<sup>27</sup> delle sentenze pronunciate dalla Corte, sussistono delle differenze tra questioni di validità e questioni interpretative. Nell'ipotesi in cui la Corte si sia pronunciata sulla validità di un atto dell'Unione, occorre distinguere l'ipotesi in cui la Corte abbia concluso per la validità dell'atto, e allora "l'ef-

<sup>23</sup> Risoluzione n. 79/E del 2 settembre 2019 dell'Agenzia delle entrate, p. 4.

<sup>24</sup> Ai sensi del quale "se il ricorso è fondato, la Corte di giustizia dell'Unione europea dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato" (1° comma); ma "la Corte, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi" (2° comma). Vale la pena di ricordare come prima del Trattato di Lisbona, la possibilità per la Corte di precisare gli effetti della sentenza di annullamento si riferiva ai soli regolamenti; ma la stessa Corte – con copiosa e variegata giurisprudenza – si è attribuita, sempre in via analogica, tale facoltà anche con riguardo alle direttive e alle decisioni. Sul punto, v. *amplius*: D.P. DOMENICUCCI, I. TACCANI, *Commento all'art. 264 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, p. 1906, e giurisprudenza ivi citata.

<sup>25</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 1985, causa 112/83, *Société des produits de mais*, punto 17, in cui si legge che "la possibilità che la Corte limiti nel tempo gli effetti della dichiarazione d'invalidità di un regolamento, in occasione del ricorso pregiudiziale contemplato dall'art. 177 [ora art. 267 TFUE], 1° comma, lett. B), trova fondamento nell'interpretazione dell'art. 174 del Trattato [ora art. 264] alla luce della necessaria coerenza fra il rinvio pregiudiziale e il ricorso d'annullamento, disciplinato dagli artt. 173 [ora art. 263 TFUE], 174 [ora art. 264 TFUE] e 176 [ora art. 266 TFUE] del Trattato, i quali costituiscono due aspetti del sindacato di legittimità voluto dal Trattato" (corsivo aggiunto). In dottrina tale analogia è richiamata da J. KOKOTT, T. HENZE, *Die Beschränkung der zeitlichen Wirkung von EuGH-Urteilen in Steuersachen*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2006, p. 177 ss., secondo i quali nel rinvio pregiudiziale e nel ricorso per annullamento la Corte si trova ad affrontare la "stessa questione" (*derselben Frage*). Analogamente: C. STIX-HACKL, W. HAKENBERG, *Handbuch zum Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof*, Vienna, 2005, III ed., p. 78; C. NAÔMÉ, *Le renvoi préjudiciel en droit européen*, Bruxelles, 2007, p. 209. *Contra*, più recentemente: V. NUCERA, *Sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia e ordinamento tributario interno*, Padova, 2010, p. 237 ss.

<sup>26</sup> Sentenza della Corte di giustizia del del 15 ottobre 1980, causa 4/79, *Providence agricole de la Champagne*, punto 45, in cui si legge che "l'applicazione analogica dell'art. 174, 2° comma, del Trattato [ora art. 264, 2° comma, TFUE], a norma del quale la Corte può indicare quali effetti di un regolamento dichiarato nullo vanno considerati definitivi, è necessaria per gli stessi motivi di certezza del diritto che sono alla base di tale disposizione" (corsivo aggiunto). Negli stessi termini v. le sentenze della Corte di giustizia del: 15 ottobre 1980, causa 145/79, *Roquette Frères*, punto 52; 29 giugno 1988, causa 300/86, *Van Landschoot*, punto 24; 10 marzo 1992, cause riunite C-38 e 151/90, *Lomas*, punto 23.

<sup>27</sup> *A contrario*, se si preferisce, si può parlare di "limiti 'soggettivi' di efficacia" secondo la definizione di E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla corte di giustizia*, Torino, 2012, p. 319 ss.

ficacia della sentenza sarà limitata alla controversia dedotta nel giudizio *a quo*<sup>28</sup>, dall'ipotesi in cui la Corte abbia dichiarato l'invalidità dell'atto medesimo, e allora la sentenza produce sostanzialmente effetti *erga omnes*, giacché essa “costituisce per qualsiasi altro giudice un motivo sufficiente per considerare tale atto non valido ai fini di una decisione che esso debba emettere”<sup>29</sup>.

Quanto alle sentenze interpretative, esse producono senz'altro effetti per il giudice *a quo*, “che dunque è tenuto a fare applicazione della norma dell'Unione così come interpretata dalla Corte, all'occorrenza lasciando inapplicata la norma nazionale contrastante”<sup>30</sup>, ma anche nei confronti dei giudici nazionali degli Stati membri, nel senso che la disposizione oggetto di interpretazione “deve essere da *chiunque* interpretata ed applicata così come indicato dalla Corte, almeno fino a quando questa, eventualmente chiamata di nuovo in causa, non ne fornisca una diversa interpretazione”<sup>31</sup>. Superando una risalente dottrina<sup>32</sup> più propensa a ritenere le sentenze interpretative come efficaci solo *inter partes*, la Corte costituzionale italiana ha confermato il riconoscimento di tale efficacia alle sentenze interpretative, le quali entrano e permangono in vigore nell'ordinamento interno, al pari delle norme di diritto derivato di immediata applicabilità, travalicando il contesto processuale da cui scaturiscono<sup>33</sup>. Tuttavia, questo assioma dell'efficacia *erga omnes* delle sentenze interpretative vale “quando la questione interpretativa sorta in un processo nazionale sia *identica* o *analoga* ad altra già decisa dalla Corte, o possa risolversi alla luce di una giurisprudenza costante della Corte”<sup>34</sup>. Come si vedrà a breve, questo è un punto centrale nella vicenda in esame.

<sup>28</sup> R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 354.

<sup>29</sup> Così nella sentenza della Corte di giustizia del 13 maggio 1981, causa 66/80, *International Chemical Corporation*, punto 13, e nell'ordinanza della Corte di giustizia dell'8 novembre 2007, causa C-421/06, *Fratelli Martini e Cargill*, punto 54.

<sup>30</sup> G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, VI ed., p. 347. Tale assunto è stato cristallizzato nella sentenza della Corte di giustizia del 3 febbraio 1977, causa 52/76, *Benedetti*.

<sup>31</sup> R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 354.

<sup>32</sup> È il caso di L. FERRARI BRAVO, *Problemi interpretativi dell'art. 177 del Trattato CEE*, in *Comunicazioni e studi*, XII, 1966, p. 467 ss., o di F. SAJA, *Rapporti tra Corte di giustizia europea e autorità giudiziaria italiana in ordine alla vincolatività dei principi di diritto stabiliti dalla Corte di giustizia*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, III, Milano, 1978, p. 1270. Per un'approfondita ricostruzione delle diverse tesi dottrinarie cfr. V. NUCERA, *op. cit.*, p. 145 ss.

<sup>33</sup> Corte costituzionale, sentenze 19 aprile 1985, n. 113, par. 5 delle considerazioni in diritto; 18 aprile 1991, n. 168, par. 4 delle considerazioni in diritto; 13 luglio 2007, n. 284, par. 3 delle considerazioni in diritto. A tal proposito, A. RUGGERI, L. MEZZETTI, P. COSTANZO, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2014, IV ed., p. 365, richiamano la dizione di “privilegio ermeneutico”. La lettura della Corte costituzionale è stata espressamente ribadita anche dalla Corte di Cassazione, ad es. nella sentenza del 28 marzo 1997, n. 2787, o nella sentenza del 30 dicembre 2003, n. 19842.

<sup>34</sup> U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, V ed., p. 425, corsivo aggiunto. Quelle citate (identità o analogia dei casi; giurisprudenza costante) sono due possibili eccezioni – ammesse dalla Corte – al generale *obbligo* (ex art. 267, co. 3, TFUE) di rinvio alla competenza interpretativa della Corte di giustizia sussistente in capo ai giudici nazionali di ultima istanza (laddove, come noto, sugli altri giudici grava una mera *facoltà* di rinvio). Vi è una terza eccezione, e cioè quella del caso in cui la disposizione europea sia talmente chiara da non porre un problema interpretativo (*in claris non fit interpretatio*, su cui cfr. sentenza della Corte di giustizia del 28 luglio 2016, causa C-379/15, *Association France Nature Environnement*). Invero – secondo P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2015, V ed., p. 434 – non si può “parlare di efficacia *erga omnes* in senso stretto”. A contrario, U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale. Ordinamento e struttura dell'unione europea*, Milano, 2009, pp. 312-313, ritiene che riconoscere solo efficacia *inter*

Come sancito dalla Corte a partire dalla (nota) sentenza *Denkavit italiana*, rispetto agli effetti nel tempo di una sentenza interpretativa, essa “chiarisce e precisa, quando ve ne sia il bisogno, il significato e la portata della norma, quale deve, o avrebbe dovuto, essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore”; pertanto, “la norma così interpretata può, e deve essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza interpretativa, se, per il resto, sono soddisfatte le condizioni che consentono di portare alla cognizione dei giudici competenti una controversia relativa all’applicazione di detta norma”<sup>35</sup>. La regola generale della retroattività della sentenza interpretativa discende, invero, dal suo valore puramente dichiarativo, nel senso che in essa la Corte *dit pour droit*, e – in forza di ciò – la pronuncia interpretativa è in grado di investire anche i rapporti sorti in epoca precedente alla sentenza stessa, purché non esauriti<sup>36</sup>, e ciò riguarda anche gli organi amministrativi<sup>37</sup>. Di tal guisa, le decisioni ermeneutiche della Corte di giustizia evocano – secondo alcuni<sup>38</sup> – l’istituto dell’interpretazione autentica.

La retroattività delle sentenze pregiudiziali appare mitigata dalla possibilità, per la Corte, di precisare gli effetti nel tempo delle sue pronunce. La Corte si è riservata tale facoltà con costante giurisprudenza, allo scopo di tutelare il legittimo affidamento e la certezza del diritto, con riguardo tanto alle pronunce di invalidità<sup>39</sup>, quanto a quelle interpretative. Nel caso di pronunce interpretative, soltanto “in via eccezionale la Corte, applicando il principio generale della certezza del diritto intrinseco all’ordinamento giuridico dell’Unione, può essere indotta a limitare la possibilità per gli interessati di far valere una disposizione da essa interpretata onde rimettere in discussione rapporti giuridici costituiti in buona fede”<sup>40</sup>. Sempre secondo la Corte, “affinché una tale limitazione possa essere disposta, è necessario che siano soddisfatti due criteri essenziali, cioè la buona fede degli ambienti interessati e il rischio di gravi inconvenienti”<sup>41</sup>. Ne consegue che la limitazione degli

---

*partes* alle sentenze interpretative della Corte è teoricamente esatto ma, in pratica, riduttivo “rispetto all’effetto che tali sentenze in concreto dispiegano e che le ha fatte avvicinare a degli *arrêts régulateurs*, aventi, cioè, un valore generale”.

<sup>35</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 marzo 1980, causa 61/79, *Denkavit italiana Srl*, punto 16. Tale orientamento è stato confermato nelle sentenze del 6 luglio 1995, causa C-62/93, *BP Soupergaz*, e – più recentemente – del 19 aprile 2016, causa C-441/14, *Dansk Industri*, e del 10 novembre 2016, causa C-452/16 PPU, *Poltorak*.

<sup>36</sup> Principio sancito a partire dalla sentenza della Corte di giustizia del 27 marzo 1980, cause riunite 66, 127 e 128/79, *Salumi*, e successivamente ribadito, *ex plurimis*, nelle sentenze del 13 febbraio 1996, cause riunite C-197 e 252/94, *Bautiaa*; del 2 dicembre 1997, causa C-188/95, *Fantask*; e ancora del 15 settembre 1998, causa C-231/96, *Edis c. Ministero Finanze*.

<sup>37</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz*, punto 22.

<sup>38</sup> A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996, p. 378; G. MELIS, *Motivazione e argomentazione nelle sentenze interpretative della Corte di giustizia in materia tributaria: alcuni spunti di riflessione*, in *Rassegna tributaria*, 2005, I, p. 401 ss.

<sup>39</sup> Sentenze del 15 ottobre 1980, causa 145/79, *Roquette Frères*; dell’8 novembre 2001, causa C-228/99, *Silos*; del 22 dicembre 2008, causa C-333/07, *Régie Networks*; e del 9 novembre 2010, cause riunite C-92 e 93/09, *Volker und Merkus Schecke e Eifert*.

<sup>40</sup> Tale principio è stato affermato, per la prima volta, nella sentenza dell’8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne*, punto 28. Peraltro, esso confermerebbe “a posteriori la portata *erga omnes* [delle pronunce interpretative] e spinge[rebbe] verso una considerazione delle stesse come statuizioni di portata generale” (in questi termini V. NUCERA, *op. cit.*, p. 241).

<sup>41</sup> Come più recentemente affermato nella sentenza del 10 novembre 2016, causa C-477/16 PPU, *Openbaar Ministerie*, punto 56.

effetti nel tempo di una sentenza interpretativa può essere disposta dalla Corte nel caso in cui, diversamente, vi sarebbe il rischio di gravi ripercussioni economiche per gli Stati membri. Ma non è tutto: il criterio delle “gravi ripercussioni economiche” dev’essere necessariamente integrato, in modo sinallagmatico<sup>42</sup>, dalla situazione di obiettiva incertezza relativa alla norma europea oggetto di interpretazione. Così – secondo la Corte – è altresì necessario che “i singoli e le autorità nazionali [siano] stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa comunitaria in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni comunitarie, incertezza alla quale [hanno] eventualmente contribuito gli stessi comportamenti tenuti da altri Stati membri o dalla Commissione”<sup>43</sup>. Nondimeno, come stabilito dalla Corte<sup>44</sup>, “la limitazione degli effetti deve far salvi i diritti dei soggetti che abbiano già proposto un’azione giudiziaria o un reclamo equivalente prima della sentenza”<sup>45</sup>; diversamente, invero, “verrebbe indebitamente compromessa la tutela giurisdizionale dei diritti riconosciuti ai singoli dal diritto comunitario”<sup>46</sup>.

5. Come si è accennato *supra*, le conseguenze pratiche – con riguardo, perlomeno, al caso italiano – prodotte dalla sentenza della Corte di giustizia sull’imponibilità ai fini IVA delle lezioni di guida discendono da scelte compiute dalla medesima Corte e dall’Agenzia delle entrate, delle quali si opinerà di seguito.

La prima di tali “scelte” è quella della Corte di giustizia dell’Unione europea di non limitare gli effetti temporali della sua pronuncia. In ossequio a quanto si è detto nel paragrafo precedente, la Corte di Lussemburgo avrebbe potuto specificare il raggio temporale di azione della sentenza, derogando alla regola generale della retroazione dell’interpretazione di una disposizione di diritto dell’Unione, fino al momento della sua entrata in vigore.

Una lettura attenta delle conclusioni dell’Avvocato generale della Corte conferma che ciò non sarebbe stato possibile, non ricorrendo le circostanze necessarie affinché la Corte operasse una limitazione temporale. Come detto più volte, le circostanze necessarie sono due e tra loro “coessenziali”<sup>47</sup>: le gravi ripercussioni economiche per lo Stato membro e la situazione di obiettiva incertezza relativa alla norma europea oggetto di interpretazione. Orbene, quanto alla prima circostanza, essa non ricorre laddove – è evidente – la retroazione dell’interpretazione elaborata

<sup>42</sup> Al contrario, secondo G. D’ANGELO, *Sentenze interpretative della Corte di giustizia ad efficacia limitata nel tempo e restituzione del tributo incompatibile*, in *Rassegna tributaria*, 2005, I, p. 1907 ss., il criterio delle “gravi ripercussioni economiche” sarebbe “recessivo” rispetto a quello della situazione di incertezza giuridica.

<sup>43</sup> Sentenza dell’11 agosto 1995, cause riunite da C-367 a 377/93, *Rodgers*, punto 43. Negli stessi termini, *ex plurimis*: sentenze del 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*, punto 53; del 15 marzo 2005, causa C-209/03, *Bidar*, punto 69; del 27 aprile 2006, causa C-423/04, *Richards*, punto 42; del 18 gennaio 2007, causa C-313/05, *Brzezi ski*, punto 57. Una disamina approfondita dei parametri elaborati dalla Corte di giustizia per giustificare una limitazione degli effetti nel tempo delle sue pronunce si ha in M. LANG, *Limitation of the Temporal Effects of Judgements of ECJ*, in *Intertax*, 2007, n. 4, pp. 230-245. Con specifico riguardo alle conseguenze di tale limitazione, si veda D. MURASKAS, *Temporal Limitation by the Court of Justice of the EU: Dealing with the Consequences*, in *European Journal of Legal Studies*, 2014, n. 2, pp. 78-95.

<sup>44</sup> Ad esempio nella sentenza *Defrenne*.

<sup>45</sup> R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 355.

<sup>46</sup> Sentenza del 4 maggio 1999, causa C-262/96, *Sürül*, punto 112.

<sup>47</sup> V. NUCERA, *op. cit.*, p. 241.

dalla Corte non è foriera di ripercussioni economiche negative né gravi, semmai può essere fonte di maggiore gettito per lo Stato stesso (nel caso di specie, la Germania), che in forza di tale interpretazione diviene titolare di un'obbligazione attiva ad esigere l'imposta sul valore aggiunto eventualmente non riscossa in precedenza.

Allorquando la Corte decidesse di ampliare l'ambito soggettivo delle "gravi ripercussioni economiche", queste ultime potrebbero piuttosto interessare quei soggetti che abbiano ritenuto le prestazioni rese come esenti ai sensi della direttiva IVA. Tuttavia, il caso di specie origina dalla richiesta – avanzata, nel 2014, dalla scuola guida A & G all'ufficio delle imposte di Wolfenbüttel – di rettificare l'imposizione fiscale, attraverso la sua riduzione a zero, sulle operazioni svolte nell'esercizio fiscale 2010, *illo tempore* assoggettate all'IVA<sup>48</sup>. E ciò sulla base dell'esenzione prevista dall'art. 132, par. 1, lettere i) e j), della direttiva 2006/112, che secondo la scuola guida era da ritenersi valida anche per le lezioni di guida. Non è chiaro, in verità, se – nei periodi successivi al 2010 – la scuola guida abbia ritenuto le prestazioni rese come esenti ai fini IVA, o se di fatto questa abbia, nel dubbio, continuato ad assoggettarle all'IVA, invocando il beneficio di esenzione in un momento successivo (2014), seppur con riguardo ad un esercizio fiscale precedente (2010). A rigore sembrerebbe senz'altro più verosimile la prima ipotesi, fermo restando che non vi è il rischio di "gravi ripercussioni economiche", anche perché trattasi di un comportamento circoscritto al caso descritto. È altresì evidente come non possa evocarsi l'altro criterio giustificativo di un'eventuale limitazione temporale della sentenza, e cioè la situazione di obiettiva incertezza, dal momento che il tenore della disposizione di diritto interno che recepisce quella di diritto europeo non sembra consentire, financo con forzature ermeneutiche, l'applicazione dell'esenzione a favore delle scuole guida<sup>49</sup>.

Quest'ultimo punto assume rilievo con riguardo all'altro profilo di interesse, ovverosia l'efficacia della sentenza della Corte di giustizia nell'ordinamento italiano. Si è detto sopra delle modalità con cui quest'ultima ha fatto il suo "ingresso" nell'ordinamento italiano, e cioè per mezzo della risoluzione n. 79/E dell'Agenzia delle entrate. Ed è proprio l'"automatismo" con cui l'Agenzia ha dato seguito alle statuizioni della Corte che desta non poche perplessità.

Per comprendere tali perplessità occorre prendere in considerazione la disciplina italiana in materia. Nel recepire le disposizioni contenute nella direttiva 2006/112/CE, il legislatore italiano ha optato per riconoscere l'esenzione alle prestazioni rese dalle scuole guida. Tale riconoscimento discende – da un lato – dalla già richiamata disposizione di diritto interno in tema di esenzioni IVA, e – dall'altro – dal peculiare *status* riconosciuto *ex lege* alle scuole guida. L'art. 10, n. 20, del d.P.R. 633/1972, invero, riconosce come esenti ai fini IVA le prestazioni "didattiche di ogni genere (...) rese da istituti o scuole riconosciuti da pubbliche amministrazioni". Quanto alle autoscuole, l'art. 123 del codice della strada di cui al d.lgs. 285/1992 le definisce "scuole per l'educazione stradale, l'istruzione e la formazione dei conducenti", chiamate a svolgere "attività di formazione dei conducenti per il conseguimento di patenti di qualsiasi categoria", e "soggette a vigilanza amministrativa e tecnica da parte delle province". La lettura della disposizione del codice della strada testé

<sup>48</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar del 3 ottobre 2018, causa C-449/2017, *A & G Fahr-schul-Akademie*, punto 5.

<sup>49</sup> *Ivi*, punto 3.

richiamata sembra soddisfare tanto il presupposto oggettivo (l'erogazione di "attività didattica di ogni genere"), quanto quello soggettivo (il riconoscimento da parte della pubblica amministrazione)<sup>50</sup>, prescritti dall'art. 10, n. 20, del d.P.R. 633/1972 ai fini dell'esenzione ai fini IVA. Non a caso, tale lettura è stata avallata, in passato, dalla stessa Agenzia delle entrate con proprio provvedimento<sup>51</sup>. E – come visto *supra* – non sembrano riscontrarsi disposizioni del medesimo tenore nel diritto tedesco, tanto con riguardo alla disciplina delle esenzioni ai fini IVA, quanto alla disciplina delle autoscuole.

Suscita dunque qualche perplessità l'operazione di "esecuzione" automatica della sentenza della Corte, compiuta dalla Agenzia delle entrate. Se da una parte, infatti, essa trova il suo fondamento nell'obbligo di interpretazione conforme delle norme di diritto nazionale a quelle di diritto europeo, *a fortiori* in presenza di una specifica interpretazione delle norme europee elaborata dalla Corte di giustizia all'esito di un rinvio pregiudiziale, dall'altra, essa – come peraltro sancito dagli stessi giudici europei – incontra il limite "nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività", così escludendo "un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale"<sup>52</sup>. Tale principio è stato per di più ribadito dalla Corte di Lussemburgo con specifico riguardo per le norme di diritto interno che attuano l'art. 132, par. 1, della direttiva IVA, l'interpretazione delle quali "deve rispettare i principi generali del diritto dell'Unione, in particolare il principio della certezza del diritto"<sup>53</sup>.

Tali perplessità si consolidano alla luce di un'ulteriore considerazione. Si è già detto sopra che una sentenza interpretativa travalica i confini del giudizio da cui scaturisce e può ritenersi efficace *erga omnes* "quando la questione interpretativa sorta in un processo nazionale sia *identica* o *analoga* ad altra già decisa dalla Corte, o possa risolversi alla luce di una giurisprudenza costante della Corte"<sup>54</sup>. Ne consegue che, affinché l'interpretazione resa possa ritenersi vincolante in un ordinamento diverso da quello in cui sorge la questione pregiudiziale, occorre che il giudice valuti preliminarmente se la questione che sorge nella controversia di cui è investito sia "identica o analoga" ad un'altra su cui la Corte si sia già espressa. Qualora sia soddisfatta questo requisito di "identità" o "analogia", allora il giudice è vincolato a far valere l'interpretazione resa dalla Corte; oppure – se incerto circa la piena

<sup>50</sup> Vale la pena di segnalare che tale presupposto soggettivo è stato peraltro confermato dalla Corte di Cassazione: cfr. ordinanza 1° giugno 2018, n. 14124.

<sup>51</sup> Nella risoluzione n. 134/E del 26 settembre 2005, l'Agenzia ha chiarito che "il controllo e la vigilanza esercitati dalla Pubblica amministrazione conferiscono alle autoscuole il requisito del riconoscimento richiesto dal citato articolo 10, n. 20, del D.P.R. n. 633 del 1972 ai fini dell'esenzione IVA".

<sup>52</sup> In questi termini la Corte di giustizia nella famosa sentenza del 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*, punto 100. In essa, la Corte rinvia alla sua giurisprudenza, quale in particolare: le sentenze dell'8 ottobre 1987, causa 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, punto 13, e del 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler e a.*, punto 110.

<sup>53</sup> Sentenza del 21 settembre 2017, causa C-605/15, *Aviva*. Sul principio della certezza del diritto la letteratura è sterminata. Per un inquadramento generale: M. CORSALE, *Certezza del diritto - I) Profili teorici*, in *Enciclopedia giuridica*, VI; L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, II; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006; per un'analisi di tale principio nell'ambito del diritto dell'Unione europea, si rimanda a U. VILLANI, *op. cit.*, p. 274 ss.

<sup>54</sup> *Supra*, nota 28.

sovrapponibilità delle questioni – può investire la Corte di giustizia, la quale deciderà di conseguenza, confermando o smentendo la sua interpretazione.

Orbene: l'immediata efficacia alla statuizione ermeneutica della Corte è stata attribuita, nell'ordinamento italiano, dall'Agenzia delle entrate, che non è un organo giurisdizionale, nell'ambito di un procedimento – l'interpello – avente carattere amministrativo. Al netto di ciò, c'è da dire che l'Agenzia non avrebbe potuto fare diversamente, soggiacendo essa stessa al generale obbligo di applicazione del diritto dell'Unione europea in forza del principio del primato di quest'ultimo<sup>55</sup>. Tuttavia, una maggiore cautela da parte dell'Agenzia delle entrate sarebbe stata quanto meno auspicabile, viste le evidenti differenze esistenti tra la disciplina tedesca e quella italiana in tema di esenzioni ai fini IVA. D'altro canto, l'IVA è uno di quei tributi c.d. armonizzati<sup>56</sup>, perché regolata da disposizioni di diritto europeo dotate di efficacia diretta negli ordinamenti interni, giacché contenute in direttive sufficientemente chiare, precise e incondizionate, e pertanto ritenute *self-executing* da pacifica giurisprudenza della Corte di giustizia.

C'è un ulteriore profilo di perplessità con riguardo al comportamento dell'Agenzia delle entrate. Aderendo all'interpretazione della Corte, per di più con efficacia retroattiva, l'Agenzia ha posto in secondo piano due fondamentali principi in materia tributaria, quali quello del legittimo affidamento e dell'irretroattività delle disposizioni tributarie, espressamente previsti dallo Statuto del contribuente (l. 27 luglio 2000, n. 212), rispettivamente agli articoli 3 e 10. È sì vero che le disposizioni dello Statuto del contribuente sono contenute in una legge ordinaria, e per questo non sono – quanto meno da un punto di vista strettamente formale<sup>57</sup> – dotate di maggiore resistenza rispetto ad altre fonti di pari rango; tuttavia, tali principi informano i rapporti tra fisco e contribuente<sup>58</sup>. Ma vi è di più. Al legittimo affidamento del contribuente, tanto la dottrina<sup>59</sup> quanto la giurisprudenza<sup>60</sup> hanno riconosciuto una capacità espansiva, in virtù della quale – *a fortiori* in sede di interpello ordinario – sarebbe da escludersi un *revirement in peius* da parte dell'amministrazione finanziaria<sup>61</sup>.

Alla luce di quanto dianzi detto, l'operato dell'Agenzia delle entrate sarebbe da censurare. In soccorso dell'Agenzia, però, c'è un importante precedente, seppur risalente, e cioè quello relativo ad un caso analogo sempre in materia di esenzioni ai fini IVA. Ci si riferisce, in particolare, all'esenzione ai fini IVA – allora riconosciuta dall'art. 13, parte a), n. 1, lett. c), della sesta direttiva n. 77/388/CEE, ora non più

<sup>55</sup> *Ex plurimis*: sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 1999, causa C-224/97, *Ciola*, punto 30.

<sup>56</sup> Sull'armonizzazione fiscale cfr. P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2010, p. 197 ss.

<sup>57</sup> La forza di resistenza di cui tali principi sono dotati nell'ordinamento italiano è stata ampiamente dibattuta. Con particolare riguardo per la forza del principio di irretroattività, v. V. MASTROIACOVO, *L'efficacia della norma tributaria nel tempo*, in A. FANTOZZI, A. FEDELE (a cura di), *Statuto dei diritti del contribuente*, Milano, 2005, p. 93 ss.

<sup>58</sup> F. AMATUCCI, *Principi e nozioni del diritto tributario*, Torino, 2016, II ed., p. 46 ss.

<sup>59</sup> G. MARONGIU, *Lo Statuto e la tutela dell'affidamento e della buona fede*, in *Rivista di diritto tributario*, 2008, p. 194; L. DEL FEDERICO, *Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea*, Milano, 2010, p. 281.

<sup>60</sup> Su tutte cfr. sentenza della Corte di Cassazione, sezione tributaria, del 10 dicembre 2002, n. 17576, confermata dalla medesima sezione nelle sentenze del 14 aprile 2004, n. 7080, e del 6 ottobre 2006, n. 21513.

<sup>61</sup> Così D. PERUZZA, *Affidamento legittimo ed esigibilità del tributo*, in *Rassegna tributaria*, 2014, p. 273.

vigente – “alle prestazioni mediche effettuate nell’esercizio delle professioni mediche e paramediche”. Rispetto a tale esenzione, la Corte di giustizia – nell’ambito di controversie concernenti la legislazione britannica – ha fornito un’interpretazione restrittiva<sup>62</sup>, risultante incompatibile con la disposizione di recepimento presente nell’ordinamento italiano. Di tal guisa, l’Agenzia delle entrate, modificando il suo precedente orientamento, – da un lato – ha chiarito la non irrogabilità di sanzioni e l’inesigibilità degli interessi moratori nei confronti dei professionisti<sup>63</sup>, e – dall’altro – si è attribuita il diritto di procedere al recupero dell’imposta non versata<sup>64</sup>. Anche in questo caso ci si è posti la questione della compatibilità delle determinazioni dell’Agenzia delle entrate, assunte in seguito all’interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, con la tutela del legittimo affidamento.

Sul tema si è espressa la Corte di Lussemburgo nella sentenza *Elmeka*. In essa, la Corte si è limitata ad affermare che “nell’ambito del sistema comune dell’imposta sul valore aggiunto, le autorità tributarie nazionali sono tenute a rispettare il principio della tutela del legittimo affidamento”, spettando al giudice nazionale ogni valutazione circa la possibilità che “il soggetto passivo potesse ragionevolmente presumere che la decisione controversa fosse stata adottata da un’autorità competente” in materia di esenzioni IVA<sup>65</sup>.

C’è, infine, un ulteriore profilo assai problematico relativamente all’operazione compiuta dall’Agenzia delle entrate. Esso scaturisce dall’applicazione (automatica) che l’Agenzia medesima ha fatto della disposizione della direttiva IVA, parametro del giudizio, all’interno dell’ordinamento italiano. Un ordinamento nel quale la norma interna di recepimento (e cioè l’art. 10, n. 20, del d.P.R. 633/1972) appare evidentemente non allineata a quella europea recepita, per come da ultimo interpretata dalla Corte di giustizia nella sentenza esaminata. L’operazione compiuta dall’Agenzia desta perplessità perché pone un inevitabile problema di effetti diretti verticali. Come noto, benché le disposizioni contenute nelle direttive non siano formalmente provviste di efficacia diretta, la giurisprudenza della Corte le ha attribuito tale qualità. Così, “qualora una direttiva abbia un contenuto sufficientemente chiaro e preciso, preveda per gli Stati destinatari un obbligo incondizionato e sia diretta a conferire ai singoli un diritto, essa ha una diretta efficacia, cioè è suscettibile di creare in capo ai singoli diritti da essi esercitabili ed eventualmente invocabili in giudizio dinanzi ai giudici nazionali”<sup>66</sup>.

Ne consegue che talune disposizioni contenute nelle direttive, al ricorrere delle circostanze citate, possono produrre effetti diretti *verticali*<sup>67</sup>, nel senso che le mede-

<sup>62</sup> Sentenza del 20 novembre 2003, causa C-307/01, *Ambrumenil e Dispute Resolution Services*.

<sup>63</sup> Risoluzione n. 174/E del 22 dicembre 2005.

<sup>64</sup> Risoluzione n. 7/E del 9 gennaio 2006.

<sup>65</sup> Sentenza del 14 settembre 2006, cause riunite da C-181 a 183/04, *Elmeka*, punto 36.

<sup>66</sup> Così U. VILLANI, *op. cit.*, p. 306.

<sup>67</sup> Riconosciuti a partire dalla sentenza della Corte di giustizia del 4 dicembre 1974, causa 41/74, *van Duyn*, nella quale il riconoscimento degli effetti diretti *verticali* delle direttive è fondato sulla portata obbligatoria attribuita alle direttive dai trattati istitutivi, portata che sarebbe altresì “ristretta se i singoli non potessero far valere in giudizio la sua efficacia e se i giudici nazionali non potessero prenderlo in considerazione come norma di diritto comunitario” (punto 12). Un secondo fondamento è stato rintracciato nell’idea dell’efficacia diretta come “sanzione” dello Stato inadempiente: infatti, “lo Stato membro che non abbia adottato, entro i termini, i provvedimenti d’attuazione imposti dalla direttiva non può opporre ai singoli l’inadempimento, da parte sua, degli obblighi derivanti dalla direttiva stessa” (sentenza della Corte di giustizia del 19 gennaio 1982, causa 8/81, *Becker*, punto 24).

sime disposizioni possono essere fatte valere dal singolo solo nei confronti dello Stato, e non anche effetti diretti *orizzontali*<sup>68</sup>, per essi intendendosi la possibilità per il singolo di far valere la norma anche nei confronti di soggetti privati, siano essi persone fisiche o giuridiche. Secondo la Corte, tali effetti diretti *verticali* delle direttive sono da intendersi ad esclusivo beneficio dei singoli, e non anche dello Stato, ed in tal senso sono “unilaterali”: ne discende un vero e proprio divieto di effetti diretti verticali *inversi*, in forza del quale lo Stato non può vantare alcuna pretesa nei confronti del cittadino sulla base della direttiva che esso stesso non ha recepito<sup>69</sup>. A fronte delle disposizioni della direttiva IVA che – come visto sopra – sono *self-executing*, indi produttive di effetti diretti verticali, l’Agenzia delle entrate, nella misura in cui vanta, nei confronti delle scuole guida, una pretesa ad esigere l’imposta non riscossa nei cinque anni precedenti, sembra senz’altro operare in spregio al richiamato divieto di effetti diretti verticali inversi. E questo perché fonda la sua pretesa su una disposizione direttamente efficace nei riguardi dei singoli, per come interpretata *in peius* dalla Corte di giustizia. Ecco, dunque, mostrato l’ultimo profilo problematico della vicenda esaminata, a risolvere il quale – come si vedrà fra poco – sarà l’intervento del legislatore.

6. La risoluzione adottata dall’Agenzia delle entrate ha suscitato molte polemiche nel dibattito pubblico italiano, viste le importanti conseguenze pratiche per le scuole guida da essa comportante. Tutti i gruppi parlamentari, ed in particolare quelli di opposizione, hanno fatto sentire la loro voce nella sede parlamentare con tutti gli strumenti disponibili<sup>70</sup>, auspicando un sollecito intervento del Governo atto – da una parte – a scongiurare l’esigibilità retroattiva dell’imposta non versata per le prestazioni rese nei cinque anni precedenti e – dall’altra – a prevedere espressamente per le scuole guida un regime agevolato o di totale esenzione ai fini IVA.

Della questione è stata altresì investita la Commissione europea, mediante un’interrogazione a risposta scritta formulata da un’eurodeputata italiana<sup>71</sup>. Nella risposta, la Commissione ha chiarito – non senza sorpresa – che, al momento, è all’esame del Consiglio una proposta della Commissione di riforma delle norme UE in materia di IVA<sup>72</sup>, la quale “non include le lezioni di scuola guida nel progetto di

<sup>68</sup> Gli effetti diretti *orizzontali* per le direttive sono stati esclusi a partire dalla sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall*, nella quale i giudici europei hanno stabilito che la direttiva vincola solo lo Stato cui è diretta e dunque non può di per sé imporre obblighi a carico dei singoli in assenza di misure di attuazione: pertanto non può essere invocata dinanzi al giudice nazionale da soggetti privati contro altri soggetti privati.

<sup>69</sup> Nella medesima sentenza *Marshall*, la Corte ha infatti stabilito che “la direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo”, né una disposizione di una direttiva “può quindi essere fatta valere in quanto tale nei confronti dello stesso” (punto 48). Questo assunto è stato più volte ripreso successivamente: ad es. nelle sentenze del 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, punto 20; del 7 gennaio 2004, causa C-201/02, *Wells*, punto 56; del 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397 a 403/01, *Pfeiffer e a.*, punto 108; del 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Kücükdeveci*, punto 46. Il divieto di effetti diretti verticali inversi vale *a fortiori* nell’ambito di procedimenti penali, come sancito nella sentenza del 3 maggio 2005, cause C-387, 391 e 403/02, *Berlusconi e a.*, punto 78.

<sup>70</sup> Da settembre a dicembre 2019 sono stati presentati, tra Camera e Senato, ben 15 atti di sindacato ispettivo (5 interrogazioni, 6 ordini del giorno, una mozione, 5 risoluzioni).

<sup>71</sup> Interrogazione con richiesta di risposta scritta E-002543-19, presentata dall’on. Mara Bizzotto alla Commissione, ai sensi dell’art. 138 del regolamento del Parlamento europeo.

<sup>72</sup> Proposta di direttiva del Consiglio, del 18 gennaio 2018, recante modifica della direttiva 2006/112/CE per quanto riguarda le aliquote dell’imposta sul valore aggiunto, COM(2018)20 final.

elenco di beni e servizi che devono essere soggetti ad aliquota IVA normale”. Da qui la possibilità per gli Stati membri di “applicare un’aliquota IVA ridotta, o un’esenzione con diritto a detrazione dell’IVA versata nella fase precedente (comunemente denominata ‘aliquota zero’), alle prestazioni di quei servizi”, purché a beneficio del consumatore e dell’interesse generale.

Nelle more di una modifica della direttiva europea nel senso appena detto, a livello nazionale, si è intervenuti con il d.l. 26 ottobre 2019, n. 124<sup>73</sup>, recante disposizioni urgenti in materia fiscale. Con l’art. 32 del citato decreto, conformandosi alle statuizioni della Corte, espressamente richiamate nella predetta disposizione<sup>74</sup>, sono state escluse dall’ambito applicativo dell’esenzione IVA le lezioni di guida erogate dalle scuole guida, ai fini dell’ottenimento delle patenti di guida per i veicoli delle categorie B e C1, a far data dal 1° gennaio 2020, così rinunciando<sup>75</sup> a qualunque pretesa tributaria in ordine ai comportamenti difformi adottati dai contribuenti anteriormente alla data di entrata in vigore della disposizione in parola. In verità, la disposizione, nella sua formulazione originaria, si limitava a modificare la normativa vigente in materia di esenzioni IVA<sup>76</sup>, sostituendo il riferimento alle “prestazioni didattiche di ogni genere” con quello alle “prestazioni d’insegnamento scolastico o universitario”, in linea con quanto stabilito dalla Corte di giustizia. In sede di conversione del richiamato d.l. 124/2019, la novella è stata modificata<sup>77</sup> in modo da escludere esplicitamente dal novero delle prestazioni esenti il solo insegnamento della guida automobilistica ai fini dell’ottenimento delle patenti di guida per i veicoli delle categorie B e C1<sup>78</sup>. L’intervento del legislatore, volto a rinunciare a qualunque pretesa impositiva antecedente all’entrata in vigore della disposizione stessa, ha risolto in concreto il problema degli effetti diretti verticali inversi, che – come visto *supra* – si era venuto a creare all’esito dell’operazione, sul punto quanto meno improvvida, compiuta dall’Agenzia delle entrate.

All’indomani dell’entrata in vigore del regime di imponibilità di cui si è detto dianzi, l’Agenzia delle entrate non ha mancato di dire la sua, chiarendo che riterrà tale regime valido anche per i corsi finalizzati all’ottenimento delle patenti A, A1 e A2<sup>79</sup>, cioè le patenti abilitanti alla guida dei motoveicoli di varia potenza o cilindrata. Secondo l’Agenzia, invero, tali corsi rappresentano un “insegnamento specialistico” e “non sono riconducibili nell’ambito della ‘formazione professionale’, intesa come attività volta all’acquisizione di conoscenze e competenze utilizzate esclusivamente o principalmente ai fini dell’attività professionale”. Il chiarimento

<sup>73</sup> Convertito con modificazioni dalla l. 19 dicembre 2019, n. 157.

<sup>74</sup> La rubrica dell’art. 32 del d.l. 124/2019, recita “Adeguamento a sentenza della Corte di Giustizia UE del 14 marzo 2019, C-449/17”.

<sup>75</sup> Tale scelta si pone astrattamente in contrasto con l’interpretazione, avente efficacia *ex tunc*, resa dalla Corte di giustizia nella sentenza esaminata. È plausibile che il legislatore si sia sentito “abilitato” e – in un certo senso “confortato” – a fare questa scelta dalla risposta fornita dalla Commissione europea al quesito parlamentare di cui si è detto.

<sup>76</sup> Ovverosia l’art. 10, n. 20, del d.P.R. 633/1972.

<sup>77</sup> Per effetto dell’approvazione dell’emendamento 32.1000 dei Relatori (cfr. Camera dei Deputati, XVIII leg., Bollettino delle giunte e delle commissioni parlamentari, VI Commissione, seduta del 1° dicembre 2019, p. 84).

<sup>78</sup> A tal fine è stata altresì introdotta una norma di copertura finanziaria, finalizzata a colmare il differenziale di maggior gettito atteso, rispetto a quello derivante dalla formulazione originaria del decreto.

<sup>79</sup> In questi termini si è espressa l’Agenzia delle entrate rispondendo ad un quesito in occasione di Telefisco 2020.

fornito dall'amministrazione può essere condiviso su un profilo analogico<sup>80</sup>, ma ingenera ulteriori perplessità su un piano strettamente normativo: il disposto di riferimento, e cioè il su richiamato art. 32 del d.l. 124/2019, si riferisce esplicitamente alle patenti delle categorie B e C1, conformemente al caso oggetto di sindacato da parte della Corte di giustizia europea, nonché per precisa volontà del legislatore. L'estensione del regime di imponibilità alle altre categorie di patenti, per quanto pacifica e formalmente condivisibile, assume i contorni di una nuova e ulteriore forzatura da parte dell'amministrazione finanziaria, alla luce del recente e puntuale intervento del legislatore.

## Abstract

### Reflections on the Effects of the Interpretative Rulings of the ECJ, after the Judgement on the Taxability of Vehicle Driving Tuition for VAT Purposes

In case C-449/17, the ECJ ruled that the concept of “school or university education”, within the meaning of Article 132(1)(i) and (j) of Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax, must be interpreted as not covering motor vehicle driving tuition provided by a driving school. Therefore, vehicle driving tuition is to be considered taxable for VAT purposes. The Italian Revenue Agency recognized *ex tunc* effects to the aforementioned interpretative ruling of the ECJ, pursuant to Article 264 TFEU, demanding VAT not collected theretofore.

The case taken into account brings to the attention the question of the effects of the interpretative judgments of the Court of Justice, in the case of (potential) conflict with the internal law of a Member State.

---

<sup>80</sup> E si ricollega al riferimento generico, impiegato dall'Agenzia delle entrate nella risoluzione n. 79/E del 2 settembre 2019, all'“attività esercitata dall'Istante, avente ad oggetto lo svolgimento di corsi teorici e pratici necessari al rilascio delle patenti di guida”, su cui vedi *supra*, par. 3.



# Recensioni



Ugo Villani

## *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*

Bari, Cacucci, 2020, VI ed., pp. XXII-552



Sono trascorsi oltre dodici anni dalla prima edizione del manuale di Ugo Villani. Era il gennaio 2008 quando veniva dato alle stampe *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Cacucci editore. Nel febbraio 2020 viene pubblicata la “sesta edizione rivodata e aggiornata”, che è giunta a chi scrive ancora fresca di stampa, pochi giorni prima del c.d. *lockdown* causato dalla nota emergenza sanitaria. Il periodo di riflessione (non certo di inattività mentale), che ne è seguito, ha permesso una lettura più attenta del manuale, peraltro già conosciuto e assai apprezzato. Perché una nuova edizione? La risposta è non solo nelle prefazioni opportunamente riprodotte nelle prime pagine, ma negli eventi che si sono susseguiti: il più recente è il recesso del Regno Unito dall'Unione ovvero la *Brexit*, con le implicazioni che ne sono seguite e che tuttora si manifestano durante un periodo transitorio che dovrebbe (il condizionale è più che mai d'obbligo in questo contesto storico emergenziale) avere termine a fine anno.

L'A. e gli studiosi di diritto dell'Unione europea, in generale, ben conoscono quanto sia necessario un costante aggiornamento, così come è necessario disporre di ogni elemento utile per orientarsi nel sempre più vasto contesto di temi, argomenti, pronunce della Corte di giustizia. La “marea”, l’“incoming tide” della nota espressione di Lord A.T. Denning (1974, *H.P. Bulmer Ltd v. J. Bollinger SA*, opportunamente ricordata nelle prime pagine di tutte le edizioni) sale e ci invade: il diritto dell'Unione europea è materia non solo ampia e trasversale a tanti settori del diritto, ma anche “invasiva”. Per alcuni, forse, anche in modo eccessivo, e quindi meritevole, per così dire, di limiti o contro-limiti. La possibilità per il lettore, lo studioso, il pratico, di disporre di due indici, ben redatti e compilati, uno analitico, l'altro della giurisprudenza (della Corte di giustizia *in primis*, ma anche di altri giudici internazionali e nazionali) rappresenta uno strumento di grande utilità. Soprattutto quando, nel corso del tempo e della pubblicazione delle nuove edizioni, la materia oggetto di esame aumenta, e con essa il numero delle pagine.

Il pregio dell'opera, che si segnala fra i manuali dedicati alla materia, non si riduce, certo, a questa pur apprezzabile “utilità”. Essa si distingue per il metodo espositivo e didattico, chiaro e lineare, ove la spiegazione si accompagna all'esempio, la riflessione si accompagna al preciso riferimento alla giurisprudenza, al caso pratico oggetto di esame da parte della Corte di giustizia.

Il diritto dell'Unione europea viene esaminato, in nove capitoli, “nella sua realtà vivente”, come afferma l'A. nella prefazione della prima edizione (2008). Non si tratta, semplicemente, di dare conto dell'evoluzione istituzionale o dei procedimenti interistituzionali (cui sono dedicati i capitoli V e VI), ma di fare comprendere, anche a chi non è giurista, la storia dell'Unione (capitolo I), dai primi movimenti europeisti alla più recente modifica dei Trattati, rappresentata dal Trattato di Lisbona,

dalla cui entrata in vigore sono trascorsi ormai oltre dieci anni. E anche degli eventi di quest'ultimo decennio bisognava dare conto, a livello europeo: non solo della *Brexit*, ma dell'orientamento emerso in alcuni Paesi (Polonia e Ungheria in particolare), che rimette in discussione uno dei principi e valori fondanti del diritto UE, lo Stato di diritto (ai valori, principi e obiettivi dell'Unione è dedicato il capitolo II). La discussione riguarda, più in generale, il tema delle competenze di attribuzione (capitolo III) e sussidiarie, di principi quali la leale cooperazione, ma anche la solidarietà, spesso (e inutilmente) invocata per risolvere i problemi posti dalle crisi economiche, dal fenomeno migratorio (protezione internazionale e diritto d'asilo compreso) ed oggi dalla situazione di emergenza sanitaria che, all'epoca della pubblicazione del volume, non si era ancora affacciata all'Europa. Situazione che, drammaticamente, ripropone la domanda sulle competenze e i doveri, dell'Unione e degli Stati membri, sul processo di integrazione, sul suo successo e sui suoi limiti, se il metodo intergovernativo anziché quello "comunitario" prevale e se (come afferma l'A. nella prefazione dell'ultima edizione) non vi è un "cambio di passo" che consenta di affrontare le tante "sfide" che si presentano in un processo che non può arrestarsi o regredire ("It cannot be held back", nel pensiero di Lord Denning, già ricordato).

Il manuale dedica attenzione ad un tema particolare, la cittadinanza europea (capitolo IV) e a temi generali che, in un'opera sul diritto istituzionale, non possono mancare: fonti dell'ordinamento, competenze giudiziarie, rapporti fra gli ordinamenti, dell'Unione e italiano (capitoli VII, VIII, IX).

Lo *status* di cittadino europeo merita attenzione perché esprime una novità nel diritto delle organizzazioni internazionali e rappresenta il "cuore" di quella fondamentale libertà che caratterizza il diritto dell'Unione, la libera circolazione delle persone. Affrontare questo tema comporta, anche, l'esame dello *status* di chi non è cittadino dell'Unione, ma di Paese terzo, e che gode comunque di alcuni diritti, di quelli fondamentali in primo luogo. Diritti fondamentali tutelati, specificamente, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, in trattati internazionali quale la CEDU, nelle Costituzioni degli Stati membri. Vi sono fonti di diritto UE, di diritto internazionale, di diritto nazionale che apprestano vari strumenti di tutela.

Il rapporto fra fonti e fra ordinamenti è approfondito dall'A. anche segnalando i dubbi e le perplessità scaturite dal confronto fra i diversi orientamenti dei giudici, dell'Unione e nazionali, il nostro (Corte costituzionale) in specie. Il dialogo fra giudici, la cooperazione che si realizza attraverso il fondamentale istituto del rinvio pregiudiziale, dovrebbe essere sempre costruttivo e il ricorso ai "contro-limiti" nazionali dovrebbe essere eccezionale. Anche in tal caso è più che mai opportuna la ricostruzione storica dei rapporti fra la giurisprudenza della Corte di giustizia e quella della Corte costituzionale italiana, per meglio comprendere il significato di possibili *revirements* (sentenza della Corte cost. n. 269/2017) e di più recenti ripensamenti, e per non rimettere in discussione lo stesso primato del diritto dell'Unione e la funzione del rinvio pregiudiziale ovvero la "pregiudiziale comunitaria" e il suo rapporto con la "pregiudiziale costituzionale".

Il manuale, scientificamente rigoroso, rappresenta un moderno strumento di studio, approfondimento e aggiornamento: per gli studenti, per chi si prepara ad esami pubblici o professionali, per chi pratica (per attività o professione) il diritto dell'Unione, per il giurista che vuole conoscere e, soprattutto, apprendere.

Bruno Nascimbene

Ramses A. Wessel, Jet Odermatt (eds.)

# *Research Handbook on the European Union and International Organizations*



Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. XII-702

Il poderoso volume qui recensito, curato da Wessel (attualmente ordinario di diritto internazionale e diritto UE nell'Università di Groningen, dopo esserlo stato per lungo tempo in quella di Twente) e da Odermatt (*lecturer* di diritto nella City University di Londra), è inserito nella collana che da alcuni anni l'editore Edward Elgar ha destinato ai *research handbooks in international law*. Il tema cui questo "manuale di ricerca" è dedicato risulta particolarmente interessante, poiché si colloca al confine tra più discipline, affrontando i numerosi (e problematici) profili di analisi emersi – e che con ogni probabilità continueranno a emergere – nel rapporto tra l'Unione e altre organizzazioni internazionali (intese, come vedremo, in senso ampio).

Nello spazio di una recensione non è possibile rendere la ricchezza di contenuti di un volume che raccoglie 34 capitoli scritti da 49 autori, cui si accompagna un dettagliato Indice analitico. Di seguito mi limiterò, quindi, a tratteggiare il quadro generale dell'opera e a segnalare i profili che hanno maggiormente attirato la mia attenzione, augurandomi di suscitare la curiosità e l'interesse di altri lettori. Tra i contributori, oltre a numerosi professori e ricercatori di diritto UE, diritto internazionale, tutela dei diritti umani, diritto dell'economia, relazioni internazionali e scienza della politica, appartenenti a varie università (non solo europee), vi sono anche avvocati, consulenti legali di alcune organizzazioni internazionali e funzionari di ministeri degli esteri.

La struttura del volume include sei parti. La prima è dedicata all'evoluzione del rapporto tra l'UE e altre organizzazioni internazionali e include tre capitoli: dopo quello introduttivo, scritto dai due curatori, segnalo l'interessante contributo di Jan Klabbers dedicato all'ancora irrisolto quesito "The European Union in the law of international organizations. *Misfit or model?*", in cui l'autorevole A. afferma, tra l'altro, che "the EU has had a serious impact also on the way we think about international organizations" e riconosce "the pioneering role it has played in reconceptualizing international law" (p. 41).

La seconda parte include dieci capitoli e indaga il rapporto tra UE e sistema dell'ONU, inclusivo sia di alcuni rilevanti organi e programmi dell'organizzazione mondiale (Assemblea generale, Consiglio di sicurezza, Consiglio dei diritti umani, UNDP, UNEP e UNHCR), sia di alcune tra le sue istituzioni specializzate (come FAO, OIL, OMS, UNESCO, ICAO e AIEA).

L'analisi condotta in questi capitoli, ma anche in altre parti del volume, si articola a partire da un pre-requisito: la *membership* (o l'assenza di *membership*) piena dell'UE in altre organizzazioni internazionali. Come noto, gli Statuti delle organizzazioni universali includono tale possibilità solo di rado, considerato che, di regola, essi risalgono a un'epoca in cui l'idea stessa di un'organizzazione di integrazione a carattere regionale non era all'ordine del giorno e che, salvo talune eccezioni (come la FAO), questi non sono stati emendati al fine di introdurre una clausola che consentisse a un'organizzazione siffatta di esservi ammessa. Ci si trova allora dinanzi a un problema di ardua soluzione *de iure condito*: l'UE esercita delle competenze in materie (attribuitele dagli Stati membri attraverso i Trattati europei) in cui esistono a livello internazionale delle organizzazioni cui essa non può chiedere di aderire, ma che includono i suoi Stati membri. La normativa di diritto derivato approvata da queste organizzazioni, in quanto tale, non produce effetti per l'UE, ma solo per i suoi Stati membri, i quali però non sempre sono competenti a dar seguito a quegli atti in modo autonomo, poiché hanno attribuito all'Unione la competenza in quella determinata materia. In molti capitoli del volume ci si sofferma sul modo in cui, nella prassi delle varie organizzazioni, si è cercato, in maniera più o meno efficace, di ovviare a questo problema, stante l'attuale difficoltà di superarlo (a tal fine, si potrebbe agire in due direzioni, entrambe assai improbabili, pur se per motivi diversi: la trasformazione dell'UE in uno Stato; l'adozione di emendamenti ai trattati istitutivi di queste organizzazioni, a partire dall'ONU, al fine di permettere a un'organizzazione di integrazione come l'UE di divenirne membro di pieno diritto, smettendo l'attuale *status* affievolito di membro consultivo, associato, invitato, aggiunto, ecc.).

Come accennato, il problema poc'anzi menzionato torna anche nelle parti terza e quarta del volume, dedicate al rapporto tra l'UE e, rispettivamente, le istituzioni internazionali a carattere economico-finanziario e quelle a carattere non economico-finanziario. La parte terza comprende sette capitoli, relativi, tra l'altro, a OMC, OMPI, BM-FMI-BERS, OCSE (in merito alla quale si parla di *membership de facto* dell'Unione), G-7/8/20, BRI, Conferenza di diritto internazionale privato, mentre la quarta raggruppa cinque capitoli, dedicati a tematiche come la collaborazione in ambito militare (a partire da quella con la NATO), nel settore dell'agricoltura (con un *focus* particolare sull'OIVV e sulle altre organizzazioni internazionali sui prodotti di base), in quello della pesca e delle altre questioni marittime e alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, avuto riguardo sia al profilo normativo, sia a quello istituzionale.

La parte quinta attiene, invece, a quelle che possono definirsi modalità di collaborazione "orizzontale" messe in atto dall'Unione. Nei sei capitoli che la compongono, infatti, gli autori analizzano, da una parte, il rapporto tra l'UE e altre organizzazioni europee come il Consiglio d'Europa e l'EFTA, e, dall'altra, il suo approccio nei riguardi di altre aree geografiche, a essa contigue (come quella che include, oltre al c.d. vicinato, l'ambito territoriale che va dal Mediterraneo all'Artico), o da essa più distanti (Asia-Pacifico, Africa, America latina). È questa, a mio avviso, la parte meno ambiziosa del volume, sia in termini di individuazione dei soggetti con i quali l'UE ha instaurato una collaborazione, sia con riferimento agli ambiti nei quali la stessa si svolge.

La sesta e ultima parte dell'opera è dedicata alla valutazione della interazione dell'Unione con altre organizzazioni internazionali, nozione questa che, come accennato e come è agevole scorgere da quanto finora detto, in questo volume è utilizzata in senso notevolmente ampio. Questa parte include tre capitoli, l'ultimo dei quali, scritto dai due curatori, è di notevole interesse perché, nell'esaminare l'approccio dell'Unione europea nei confronti di altre organizzazioni internazionali, accanto a un prevalente approccio favorevole al multilateralismo, di cui le organizzazioni internazionali sono una evidente manifestazione, si scorgono anche delle resistenze (p. 658 ss.), che ricordano l'atteggiamento diffidente di alcuni Stati membri nei confronti della stessa Unione (e di altre organizzazioni internazionali).

In definitiva, l'insieme dei contributi passati brevemente in rassegna conferma che il tema del rapporto tra UE e altre organizzazioni internazionali, sia per l'ampiezza di numero e tipologia di queste, sia per l'eterogeneità degli ambiti rispetto ai quali tale rapporto può manifestarsi, è destinato nel prossimo futuro a continuare a suscitare interesse. Nonostante le difficoltà che l'Unione sta attraversando, infatti, essa continua a svolgere un ruolo di primaria importanza sulla scena internazionale. Sia che il futuro ci riservi un'evoluzione dell'UE, con un ulteriore aumento di questo suo ruolo, sia che si prosegua nell'attuale fase di incertezza, sia infine che alcuni riemergenti nazionalismi e un eccesso di compromessi al ribasso tra gli Stati membri portino a un'involuzione dell'Unione, a discapito del metodo sovranazionale, sarà comunque necessario proseguire nell'esame e nella riflessione sulla dimensione esterna della sua azione. Un tassello imprescindibile, in siffatto contesto, è (e continuerà a essere), a mio avviso, il rapporto con le organizzazioni internazionali, intese nel senso ampio che il volume curato da Wessel e Odermatt accoglie.

Ivan Ingravallo



# Libri ricevuti



Gabriele Asta, *La funzione consultiva delle corti regionali dei diritti umani*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 373.

Giulio Bartolini (ed.), *A History of International Law in Italy*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 512.

Francesco Battaglia, *Il Mediatore europeo*, Bari, Cacucci, 2020, pp. XI-378.

Michela Capozzolo, *Introduzione alla libera circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale nello spazio giudiziario europeo. Il regolamento (UE) n. 1215/2012 e gli altri regolamenti "settoriali"*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 403.

Laura Costantino, Ivan Ingravallo, Pamela Martino (a cura di), *Pace e sviluppo nell'epoca moderna. Il modello costaricense*, Taranto, EDJSGE, 2019, pp. 208.

Angela Di Stasi, Lucia Serena Rossi (a cura di), *Lo Spazio di libertà sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 556.

Caterina Fratea (a cura di), *Stato dell'arte e nuove sfide nel diritto europeo della concorrenza*, Bari, Cacucci, 2019, pp. VII-164.

Alberto Lo Presti (a cura di), *Costruire la democrazia. Prospettive educative e cristianesimo*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2019, pp. 177.

Susan Petrilli (a cura di), *Diritti umani e diritti altrui*, Milano-Udine, Mimesis Edizioni, 2020, pp. 380.

Natalino Ronzitti, *Diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2019, VI ed., pp. XX-538.

Ennio Triggiani (a cura di), *Il Trattato di Lisbona. Per l'integrazione europea*, Bari, Cacucci, 2020, pp. XVIII-375.

Ugo Villani, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 2020, VI ed., pp. XXII-552.

Ramses A. Wessel, Jet Odermatt (eds.), *Research Handbook on the European Union and International Organizations*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. XII-702.



# Indice degli autori



Giandonato CAGGIANO

ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma Tre

Bruno NASCIMBENE

emerito di Diritto dell'Unione europea dell'Università degli studi di Milano

Matteo ORTINO

associato di Diritto dell'economia nell'Università degli studi di Verona

Giovanni LUCHENA

associato di Diritto dell'economia nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Stefania CAVALIERE

assegnista di ricerca in Diritto dell'economia e valorizzazione dei beni culturali dell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Pieralberto MENGOZZI

associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Bologna

Angela Maria ROMITO

ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Federica FALCONI

ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Pavia

Micaela FALCONE

ricercatore di Diritto dell'Unione europea nel Politecnico di Bari

Emmanuel PAGANO

ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Napoli Parthenope

Luca LIONELLO

assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Anna PAU

dottoranda in Diritto internazionale e dell'Unione europea dell'Università di Pisa

Cinzia PERARO

assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea dell'Università degli studi di Verona

Lorenzo CECCHETTI

dottorando di ricerca in Diritto europeo dell'Università di Bologna e dell'Université Paris II Panthéon-Assas

Francesco LUCIANÒ

dottorando in Diritto pubblico, internazionale ed europeo dell'Università degli studi di Milano



## *Consiglio Regionale della Puglia*

### **Teca del Mediterraneo Biblioteca Multimediale & Centro di documentazione**

**L'accesso alle fonti documentarie presenti in Biblioteca costituisce un'opportunità per la stesura di tesi di laurea, per l'attività professionale e per gli adempimenti giuridici e fiscali dei cittadini.**

La Biblioteca è specializzata nei profili tematici della pubblica amministrazione, diritto, economia e finanza, organizzazione e management, politiche pubbliche e politologia, oltre le riviste e le monografie, sono consultabili diverse banche dati, sia autonomamente, presso la sala riviste della Biblioteca, sia in modalità assistita presso le postazioni di reference, sempre in sede.

**DE JURE** - un vasto repertorio di massime e sentenze per esteso di legittimità e di merito, normativa nazionale dal 1861, sia in testo vigente che in testo originale, la normativa comunitaria, quella regionale e la prassi in testo vigente, il panorama completo del pensiero giuridico italiano dal 1995 ad oggi.

**LEGGI D'ITALIA** - oltre 120.000 provvedimenti nel testo vigente e coordinato a partire dal 1751 e i sette Codici d'Italia nel testo vigente e coordinato, oltre 140.000 provvedimenti normativi delle 20 regioni italiane e 2 province autonome, tutti i provvedimenti legislativi che hanno subito modifiche e/o abrogazioni a partire dal 1989, prassi e circolari, normativa comunitaria classificata in 25 aree tematiche, raccolte di sentenze delle Corti di ogni ordine e grado.

**IL SOLE 24 ORE** - abbonamento all'edizione digitale del Sole 24 ore con gli speciali di "Norme e tributi" e la possibilità di accedere a: Archivio storico del Sole 24 ore, Quotidiano Enti locali, Banca dati 24.

**GIUSTAMM e IPSOA** – banche dati di dottrina giuridica.

**WEB tATOO** – sistema per la consultazione di banche dati e di riviste in formato elettronico.

Negli ultimi anni il catalogo è stato arricchito con pubblicazioni relative a Sezioni che valorizzano il territorio regionale: Cultura dell'Ambiente, Sezione di Genere, Identità pugliese, Ragazzi, Arte e spettacolo, Multiculturale.

Servizi gratuiti per il pubblico: assistenza alla ricerca bibliografica, bollettini tematici, consultazione e prestito, corsi sull'uso delle risorse bibliografiche, iniziative didattiche, internet e wifi, prestito interbibliotecario e fornitura di documenti, tirocini formativi, emeroteca e riviste, catalogo on line, banche dati, webzine.

Contatti: tel. 080.540.2770 e-mail: [biblioteca@consiglio.puglia.it](mailto:biblioteca@consiglio.puglia.it)  
via Gentile 52 – 70126 Bari

Sito web: [www.consiglio.puglia.it](http://www.consiglio.puglia.it) | <http://biblioteca.consiglio.puglia.it>

Facebook: Consiglio Reg Puglia | Biblioteca Consiglio Reg Puglia Teca del Mediterraneo



CACUCCI EDITORE  
BARI

VIA NICOLAI, 39 – 70122 BARI – TEL. 080/5214220  
[HTTP://WWW.CACUCCI.IT](http://www.cacucci.it) E-MAIL: [INFO@CACUCCI.IT](mailto:info@cacucci.it)



## DOVE SIAMO

### Europe Direct Puglia

Università degli Studi di Bari Aldo Moro  
Dipartimento di Scienze Politiche

Via Giuseppe Suppa, 9 - 70121 Bari  
Tel. +39 080 5717707

[info@europedirectpuglia.eu](mailto:info@europedirectpuglia.eu)

[twitter.com/EuropeDirectPuglia](https://twitter.com/EuropeDirectPuglia)

[facebook.com/europedirectpuglia](https://facebook.com/europedirectpuglia)

[www.europedirectpuglia.eu](http://www.europedirectpuglia.eu)

## ORARI

Europe Direct Puglia è aperto al pubblico  
dal lunedì al venerdì ore 9.00 - 15.00



Cofinanziato dall'UE



La Commissione europea sostiene la presente rivista mediante risorse attribuite a *Europe Direct* Puglia utilizzate per la sottoscrizione di abbonamenti a favore della rete *Europe Direct* italiana.

# Studi sull'integrazione europea

CACUCCI EDITORE  
Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	PIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.	FAX	E-MAIL	
INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2020	<input type="checkbox"/> abbonamento in formato PDF	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2020	<input type="checkbox"/> abbonamento in formato PDF
	€ 80,00	€ 45,00	€ 120,00	€ 45,00

Gli abbonamenti hanno durata annuale. Allo scadere l'abbonamento deve essere rinnovato mediante semplice lettera o e-mail.

La sottoscrizione dell'abbonamento, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.

Modalità unica di abbonamento tramite bonifico bancario sul c.c. n. IT30 Q054 2404 0100 0000 1041 861 (Banca Popolare di Bari) intestato a: Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'integrazione europea · anno 2020).

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari  
Tel. 080.5214220, Fax 080.5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del Regolamento UE 2016/679, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, per fini amministrativi, contabili commerciali e promozionali. Ai sensi degli art. 15-22 del citato Regolamento, Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i diritti previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

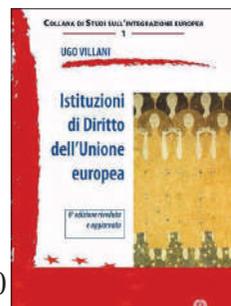
FIRMA

# Istituzioni di Diritto dell'Unione europea

6<sup>a</sup> edizione riveduta e aggiornata

Ugo Villani

ISBN 9788866118725 – Pagine XXII-552 – Prezzo € 40,00



Dopo avere ricordato le origini storiche e gli sviluppi dell'integrazione europea il volume esamina gli obiettivi, i valori e i principi dell'Unione europea, nonché i principi delimitati tra le competenze dell'Unione e quelle degli Stati membri. Un'attenzione particolare è dedicata alla cittadinanza europea. Sono poi trattate le istituzioni europee, la loro composizione, le regole di funzionamento e le loro competenze. Un successivo capitolo è dedicato ai procedimenti interistituzionali, quali l'approvazione del bilancio, l'adozione degli atti dell'Unione e la conclusione degli accordi internazionali. Le fonti del diritto dell'Unione sono oggetto di un'ampia considerazione, nella quale sono esaminati specialmente i Trattati istitutivi, i principi generali elaborati dalla Corte di giustizia, gli atti delle istituzioni; di questi sono descritti i caratteri generali e quelli specifici dei regolamenti, delle direttive e delle decisioni. Ampio spazio è riservato alle molteplici competenze della Corte di giustizia. Il capitolo conclusivo riguarda i rapporti tra il diritto dell'Unione e quello italiano, alla luce della giurisprudenza sia della Corte di giustizia che della Corte costituzionale italiana.

## Limiti all'accesso al mercato dei servizi

Prospettive interne ed europee

Davide Diverio

ISBN 9788866118404 – Pagine 188 – Prezzo € 22,00



Codificando la giurisprudenza della Corte di giustizia, la nozione di “mercato interno” appare per la prima volta nei Trattati istitutivi comunitari con la revisione degli stessi operata con l'Atto unico europeo. Riferendosi all'art. 2 del Trattato CEE e, in particolare, allo scopo che tale disposizione assegna alla Comunità di instaurare il mercato comune, i giudici di Lussemburgo avevano affermato che quest'ultimo dovesse mirare “ad eliminare ogni intralcio per gli scambi intracomunitari al fine di fondere i mercati nazionali in un mercato unico il più possibile simile ad un vero e proprio mercato interno”. Il volume esamina risultati e prospettive del mercato dei servizi nell'UE.

# Stato dell'arte e nuove sfide nel diritto europeo della concorrenza

Caterina Fratea (a cura di)

ISBN 9788866116895 – Pagine VII-164 – Prezzo € 18,00



Il presente volume raccoglie gli atti del convegno “Stato dell’arte e nuove sfide nel diritto europeo della concorrenza” tenutosi in data 30 novembre 2018 presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell’Università degli Studi di Verona. Il convegno ha rappresentato l’occasione per riflettere sugli aspetti più attuali e peculiari che caratterizzano il diritto della concorrenza, nonché sulle più significative prese di posizione della Commissione e della Corte di giustizia. Ne risulta un’opera variegata nella quale si analizzano i temi che, tanto in ambito antitrust quanto in quello degli aiuti di Stato, hanno più recentemente catturato l’interesse della dottrina, anche con approfondimenti legati a specifici settori di intervento.

# Il Mediatore europeo

Francesco Battaglia

ISBN 9788866118732 – Pagine XI-378 – Prezzo € 40,00



All’indomani dell’adozione del Trattato di Maastricht del 1992, in dottrina si è immediatamente aperto il dibattito sulle potenzialità del Mediatore europeo, la cui istituzione è stata prevista dall’art. 138 E del detto Trattato. Invero, numerose erano state le incognite rispetto all’utilità del nuovo organo.

In primo luogo, alcuni studiosi si erano chiesti se la sua istituzione fosse realmente necessaria, o se, in realtà, non si trattasse di un semplice espediente per rilanciare l’immagine della Comunità europea. Vale la pena, infatti, di ricordare che il Trattato di Maastricht è stato negoziato in un periodo di crisi del processo di integrazione europea, durante il quale i cittadini stavano mostrando un sentimento di forte disaffezione verso il progetto comunitario. Il volume esamina i caratteri e l’evoluzione della figura del Mediatore europeo, che ha svolto una importante funzione anche nella prospettiva di riconfigurare la posizione dell’individuo, opportunamente collocandolo al centro del processo di integrazione europea.

**Jacopo Robusti detto Tintoretto** (Venezia, 1518-1594)

*Giove ed Europa* - olio su tela, cm 126 x 121 Modena, Galleria, Museo e Medagliere Estense

La tavola, ottagonale ma in origine con lati obliqui inflessi, faceva parte di un complesso di sedici tavole (attualmente ne sopravvivono solo quattordici), tutte raffiguranti soggetti ispirati alle *Metamorfosi* di Ovidio, dipinte nel 1542 da Tintoretto su commissione di Vettor Pisani, per ornare il soffitto ligneo di una delle sale del palazzo del conte veneziano, all'epoca ventunenne, sito in Parrocchia San Paternian, in occasione del suo matrimonio con Paolina Foscari, avvenuto il 17 settembre di quell'anno (data che ne costituisce quindi il *terminus antequem*). Nel 1658 le tavole furono vendute da un erede di Vettor Pisani al duca Francesco I d'Este, che le acquistò tramite il suo rappresentante a Venezia, Geminiano Poggi, e inviate a Modena per l'arredo del Palazzo Ducale, all'epoca in via di completamento, donde sono passate, tra il 1880 e il 1884, nella Galleria modenese.

Sebbene l'ispirazione per le tavole, tutte impaginate con una prospettiva dal sotto in su, possa essere derivata a Tintoretto, nel 1542 ancora esordiente, dalle tele inserite nel soffitto della Sala dei Pregadi (1535-1538) nel Palazzo Ducale di Venezia, purtroppo andate distrutte ma descritte nel 1568 da Giorgio Vasari come caratterizzate da bellissime figure in scorcio, e dalla *Camera di Amore e Psiche* (1526-1528) di Giulio Romano nel Palazzo Tè a Mantova, con un'attenzione, quindi, al linguaggio manieristico di matrice toscano-romana, è davvero strabiliante e assolutamente originale il modo in cui l'artista veneziano imposta le sue scene, ridotte a poche figure che agiscono in posture spesso ardite e spericolate in uno spazio relativamente limitato.

Il noto episodio narrato da Ovidio che ha come protagonista Europa, giovane e leggiadra figlia di Agennore, che mentre gioca sulla spiaggia con le sue compagne è attirata dalla mansuetudine di un candido toro, sotto le cui spoglie si cela Giove, innamoratosi di lei e deciso a rapirla (cosa che farà balzando improvvisamente in mare e allontanandosi, tra la costernazione generale, con la fanciulla in groppa, non appena quest'ultima ha abbassato la guardia), è qui ridotto infatti ai soli personaggi principali, pressoché privi di ambientazione: Europa, a cavalcioni del toro bianco che è intenta ad accarezzare, lievemente sbilanciata in avanti, quasi presaga della sorte che l'aspetta, il toro-Giove, che volge lo sguardo verso l'ancella che mostra il serto di fiori che servirà a inghirlandarlo, e l'amorino sullo sfondo.

L'energia e l'irruenza con cui Tintoretto ha dipinto le scene del soffitto del Palazzo di Vettor Pisani hanno fatto parlare qualcuno di un'operazione di *action painting ante litteram*, controllata però da una sorprendente padronanza interiore. Illuminante il giudizio di Claudia Cieri Via (2003, 2008), a detta della quale in queste scene l'artista passerebbe dalla narrazione degli episodi mitologici alla loro allegorizzazione, con uno scatto in avanti rispetto al loro significato originario.

Clara Gelao

storica dell'arte, già Direttrice della Pinacoteca Metropolitana di Bari



### Condizioni di Abbonamento

La rivista ha cadenza quadrimestrale. Le condizioni per l'abbonamento, a partire dal n. 1/2020, sono le seguenti:

- Abbonamento Italia € 80,00
- Abbonamento per l'estero € 120,00
- Fascicolo € 28,00
- Abbonamento in formato pdf € 45,00

La sottoscrizione dell'abbonamento 2020, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.

Modalità unica di abbonamento tramite bonifico bancario sul c.c. n. IT30 Q054 2404 0100 0000 1041 861 (Banca Popolare di Bari) intestato a Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea - anno 2020).

## COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

diretta da

Ennio Triggiani Ugo Villani

Giandonato Caggiano

1. Ugo VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*<sup>6</sup>, 2020.
2. Piero PENNETTA (a cura di), *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influenze comunitarie*, 2010.
3. Ennio TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, 2011.
4. Elena FALLETTI, Valeria PICCONE (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, 2012.
5. Rossana PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, 2012.
6. Francesco CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al Diritto dell'Unione Europea*, 2012.
7. Marina CASTELLANETA, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, 2012.
8. Rosita DEL COCO, Emanuela PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, 2014.
9. Andrea CANNONE (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, 2014.
10. Angela Maria ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, 2015.
11. Giovanni CELLAMARE, *Le operazioni di peacekeeping delle organizzazioni regionali*, 2015.
12. Ennio TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull'Europa*<sup>2</sup>, 2019.
13. Iliaria OTTAVIANO, *Gli accordi di cooperazione territoriale nell'Unione Europea*, 2017.
14. Gianpaolo Maria RUOTOLO, *La tutela dei privati negli accordi commerciali*, 2017.
15. Sara PUGLIESE, *Il rischio nel diritto dell'Unione europea tra principi di precauzione, proporzionalità e standardizzazione*, 2017.
16. Ivan INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, 2017.
17. Luca PALADINI, *Il Servizio europeo per l'azione esterna – Aspetti giuridici e prospettive di sviluppo*, 2017.
18. Anna IERMANO, *La nozione di pena tra forma e sostanza nel sistema di tutela europeo*, 2018.
19. Andrea CANNONE, *Violazioni di carattere sistemico e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2018.
20. Teresa Maria MOSCHETTA, *Il ravvicinamento delle normative nazionali per il mercato interno*, 2018.
21. Ennio TRIGGIANI, Anna Maria NICO, Maria Grazia NACCI (a cura di), *Unione europea e governi territoriali: risorse, vincoli e controlli*, 2018.
22. Antonietta DAMATO, *La tutela degli interessi finanziari tra competenze dell'Unione e obblighi degli Stati membri*, 2018.
23. Giandonato CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, 2018.
24. Emanuela PISTOIA, *Limiti all'integrazione differenziata dell'Unione europea*, 2018.
25. Nicola RUCCIA, *Caratteri, limiti e prospettive dell'Unione bancaria*, 2018.
26. Francesco CHERUBINI, *Le decisioni nel sistema delle fonti dell'ordinamento europeo*, 2018.
27. Claudia MORINI, *La tutela dei diritti dei gruppi religiosi nel contesto regionale europeo*, 2018.
28. Giuseppe MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, 2018.
29. Valeria Di COMITE, *La dimensione europea dell'istruzione superiore*, 2018.
30. Lorenzo Federico PACE, *Il regime giuridico dell'euro*, 2018.
31. Maria Caterina BARUFFI, Matteo ORTINO (a cura di), *Dai Trattati di Roma a Brexit e oltre*, 2018.
32. Davide DIVERIO, *Limiti all'accesso al mercato dei servizi*, 2019.
33. Caterina FRATEA (a cura di), *Stato dell'arte e nuove sfide nel diritto europeo della concorrenza*, 2019.
34. Francesco BATTAGLIA, *Il mediatore europeo*, 2020.

ISBN 978-88-6611-896-1



9 788866 118961



€ 28,00